

DEL HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA Y SU APLICACIÓN FRENTE A LAS TRANSFORMACIONES DEL CONFLICTO ARMADO EN COLOMBIA

CRISTHIAN MIGUEL SALCEDO FRANCO¹

RESUMEN

El siguiente estudio tiene como propósito ilustrar los antecedentes y el desarrollo del derecho internacional que conllevaron a la configuración del delito de homicidio en persona protegida por el derecho internacional humanitario, así como su importancia e impacto en Colombia a través del bloque de constitucionalidad y el Código Penal colombiano. A su turno, se compaginará la figura del homicidio en persona protegida con las diferentes mutaciones que ha sufrido nuestro conflicto armado, razón por la cual se califica la consolidación de la persecución penal en Colombia de este delito, así como su aplicación y sus efectos con respecto a los falsos positivos, la limpieza social y las bandas criminales; escenarios recientes en el panorama nacional.

Palabras clave: derecho internacional humanitario, conflicto armado, homicidio en persona protegida, persecución penal, falso positivo, limpieza social, bandas criminales.

*Fecha de recepción: 8 de abril de 2014
Fecha de aceptación: 26 de septiembre de 2014*

1 Estudiante de octavo semestre de Derecho, Pontificia Universidad Javeriana. Integrante del grupo de Acciones Públicas de la misma universidad y miembro del comité editorial de la revista *Universitas Estudiantes*. crismi93@hotmail.com; Bogotá, Colombia.

THE HOMICIDE OF PROTECTED PERSON AND IT'S APPLICATION TO THE TRANSFORMATIONS OF THE ARMED CONFLICT IN COLOMBIA

ABSTRACT

The following study has the purpose of illustrating the history and development of international law that led to the configuration of the homicide crime against a person protected by the International Humanitarian Law, and its importance and impact in Colombia through the constitutionality block and the Colombian criminal code. At the same time, we will study the figure of homicide of protected person with the different mutations that have suffered the armed conflict, which is why we will qualify the prosecution consolidation of this crime, and its application and effects about what's called "falsos positivos", social cleansing and criminal bands according to the national recent sceneries.

Key words: *International Humanitarian Law, armed conflict, homicide of protected person by the international humanitarian law, criminal prosecution, "falsos positivos", social cleaning, criminal bands.*

INTRODUCCIÓN

A partir de la Constitución de 1991, Colombia confirió tal importancia a la normatividad internacional de derechos humanos, que dichos contenidos normativos hoy en día hacen parte de un derecho obligatorio suprallegal y al mismo tiempo constitucional; desarrollados jurisprudencialmente y propios del bloque de constitucionalidad.

De otra parte, en el marco del conflicto armado colombiano, considerado como un aspecto fáctico que ha perdurado por generaciones, el legislador en concordancia con las convenciones referentes al derecho internacional humanitario ratificadas por Colombia, ha configurado ciertos tipos penales autónomos más rígidos, dirigidos específicamente a la protección de ciertos actores denominados "*personas protegidas*" a la luz de un conflicto armado internacional o no internacional.

El presente artículo entonces, tiene como punto de partida estos dos elementos fundamentales –el derecho internacional humanitario y el conflicto armado en Colombia– que hacen parte de nuestro estudio primeramente, para luego analizar de fondo las implicaciones que han tenido las diferentes transformaciones del conflicto armado en el plano del derecho interno e internacional.

Dentro del primer elemento fundamental mencionado, se hará referencia en primer lugar a los Convenios de Ginebra ratificados por Colombia con el objeto de contextualizar al lector sobre el origen y el desarrollo del derecho internacional humanitario a lo largo del siglo XX. Seguido de ello se estudiará el principio de distinción, piedra angular del derecho internacional humanitario y plasmado en tratados vinculantes para Colombia.

El segundo de los elementos enunciados versa sobre el conflicto armado en Colombia desde un enfoque jurídico, no hay discusión alguna sobre la ocurrencia de actuaciones u omisiones con las cuales quienes participan directamente en el conflicto armado incumplen los deberes o infringen las prohibiciones consagradas en los Convenios de Ginebra junto con sus protocolos adicionales, es por ello que el legislador en coherencia con dichos convenios, incluyó un título especial en el Código Penal colombiano denominado “*Delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario*”, y dentro de este título identificamos el homicidio en persona protegida por el DIH, sujeto también a nuestro estudio y análisis.

Finalmente, para culminar con estas palabras introductorias e indicar al lector el objeto de este estudio, se compaginará la figura del homicidio en persona protegida a la actualidad nacional y a las diferentes mutaciones que ha sufrido nuestro conflicto armado. Con base en lo expuesto nos enfocaremos entonces en calificar la consolidación de la persecución penal en Colombia del homicidio en persona protegida, y a su turno, en el análisis de la relación que puede llegar a tener este delito con los mal llamados “*falsos positivos*” y la “*limpieza social*” para posteriormente afirmar como los actos delictivos perpetrados en ambos escenarios tienen un alcance internacional y por lo tanto su reproche por parte del Estado como titular del *jus puniendi* debe ser mayor.

Por último, haremos una especial detención en el papel que han tenido las bandas criminales en Colombia, llamadas BACRIM, ya que existe un debate muy interesante si estas, como germen del paramilitarismo, hacen parte del conflicto armado colombiano y por ende estarían propensas a cometer homicidio en persona protegida, pues su *modus operandi* es muy similar al del paramilitarismo. Se retomará de nuevo el concepto de conflicto armado

y los requisitos que con el transcurso del tiempo se han venido sentando en convenios internacionales y jurisprudencia nacional e internacional a fin de dar con una respuesta basada en argumentos jurídicos.

En suma, este trabajo tiene por objeto conjugar las implicaciones del derecho internacional humanitario en el conflicto armado colombiano y como estos dos elementos jurídicos y fácticos respectivamente han influido en la configuración del tipo penal del homicidio en persona protegida, su aplicación y efectividad en nuestro ordenamiento; y a su turno, las implicaciones que adquiere esta norma penal frente a las diferentes transformaciones que ha tenido nuestro conflicto armado en la última década así como su aplicación por parte del operador judicial frente a estos casos particulares, tal vez ello haga de este estudio algo tan difícil como apasionante.

1. ASPECTOS CONCEPTUALES DEL ÁMBITO INTERNACIONAL

Dentro de este capítulo introductorio se hará referencia al objeto del derecho internacional humanitario, a los Convenios de Ginebra ratificados por Colombia y al significado de *persona protegida*, con el fin de permitir contextualizar al lector acerca del origen y el desarrollo del derecho internacional humanitario a lo largo del siglo XX, su importancia y contenido desde un estadio internacional para Colombia.

1.1 El bien jurídico tutelado por la Ley penal y el Derecho Internacional

El concepto del derecho internacional humanitario no ha sido definido de manera unívoca por la doctrina. Varios autores han concebido diversas definiciones en las cuales, a pesar de no existir un acuerdo homogéneo, concuerdan en resaltar elementos fundamentales como la costumbre, el ser humano, la dignidad humana y la moderación de los conflictos.

Delio Jaramillo Arbeláez describe el concepto del derecho internacional humanitario como un conjunto de normas de carácter internacional que “prescriben la moderación de los conflictos armados entre los pueblos, garantizan el respeto a la persona humana y aseguran el desarrollo completo de la individualidad”². A su turno, el doctrinante Pedro Alonso Pabón señala

2 JARAMILLO ARBELÁEZ, DELIO (1975). Derecho Internacional Humanitario. Ed. Universidad Santo Tomas, pág. 7.

que este derecho “tiene por objeto la defensa del ser humano y de los bienes necesarios para su mínimo bienestar y supervivencia, así como de aquellos que se erigen como indispensables para la preservación cultural, en un ámbito específico –en y durante– un conflicto armado, sea de naturaleza interna o entre estados (o internacional)”³.

Con base en lo anterior, y advirtiendo de antemano la falta de homogeneidad en la definición, la Corte Constitucional colombiana ha definido este derecho de una manera más completa e ilustrativa así:

“El derecho internacional humanitario no es otra cosa que la codificación del núcleo inderogable de normas mínimas de humanidad que rigen en los conflictos armados y que como tales constituyen un valioso instrumento jurídico para lograr la efectividad plena del principio de la dignidad humana aún en las más difíciles y hostiles circunstancias, y sus disposiciones se aplican independientemente de si los países se han comprometido o no jurídicamente en la adopción de tales disposiciones, por tratarse de prácticas consuetudinarias de carácter imperativo que responden a presupuestos éticos mínimos y exigibles a todas las partes del conflicto, se trate de un conflicto nacional o internacional”⁴.

Teniendo en cuenta los primeros visos del concepto del derecho internacional humanitario, cabe concluir entonces que este derecho no prohíbe la guerra sino que la regula dentro de los límites de una convivencia civilizada para garantizar la dignidad humana. La regulación del DIH está clasificada en “*Derecho de La Haya*” y “*Derecho de Ginebra*”⁵; desde el Derecho de La Haya contiene toda la regulación internacional frente a los límites de los métodos y medios de combate, lo que podríamos llamar como una especie de protección internacional objetiva, mientras que el Derecho de Ginebra contiene la normativa internacional frente a la protección del ser humano, su dignidad y derechos en escenarios de conflicto armado, categorizado como una protección internacional subjetiva.

1.2 Del concepto de “persona protegida”

El concepto de persona protegida es una noción compleja de definir, pues ella está integrada por diferentes elementos jurídicos, fácticos, normativos y hasta

3 PABON, PEDRO ALFONSO (2002). *Manual de Derecho Penal*. Ed. Doctrina y Ley Ltda., pág. 611.

4 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-240 de 2009 (M.P. Mauricio Gonzales Cuervo: abril 1 de 2009).

5 GERARDO MONROY, MARCO (2011). *Derecho Internacional Público*, pág. 638. Ed. Temis.

políticos si se quiere. Traemos a colación una pequeña definición del doctrinante Alejandro Aponte en un protocolo de la vicepresidencia de la República para el reconocimiento de violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, con énfasis en homicidio en persona protegida que reza así:

El concepto de persona protegida “*Se trata de una connotación o consideración no sólo jurídica, sino ético-política. En el marco de situaciones particulares, fáctica y jurídicamente definidas como situaciones ligadas a conflictos armados, tanto de carácter externo como interno, se otorga un reconocimiento especial a diversos tipos de personas que se hallan en situación particular de vulnerabilidad: sus derechos se protegen de manera particular en función de la situación fáctica y específica de vulnerabilidad. Son personas protegidas aquellas a las que se aplica un tratado humanitario en particular, es decir, las personas a las que se aplican las normas de protección estipuladas en el derecho internacional humanitario*”⁶.

De conformidad con lo anterior y recurriendo a los convenios I, II, III y IV de Ginebra del año de 1949 junto con sus protocolos adicionales⁷, son personas protegidas *aquellas a las que se aplica un tratado humanitario particular*, es decir, aquellas que en tiempo de conflicto ya sea interno o internacional, se benefician de normas internacionales cuya fuente puede ser un tratado o el mismo derecho internacional consuetudinario, siempre en aras de salvaguardar la dignidad humana a pesar de encontrarse en tiempos de guerra.

Dichas normas hacen referencia en su mayoría, a los derechos que gozan quienes están bajo el poder del bando enemigo, aquellos que se encuentran en un estado de vulnerabilidad, en combate, y los terceros ajenos a los bandos de contienda, los cuales recaen en la población civil.

Desde un punto de vista estrictamente legal, el parágrafo del artículo 135 del Código Penal colombiano define el concepto de *persona protegida* de la siguiente manera:

“*ARTÍCULO 135. PARÁGRAFO. Para los efectos de este artículo y*

6 Vicepresidencia de la República de Colombia (2008). *Protocolo para el reconocimiento de violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, con énfasis en homicidio en persona protegida*. Bogotá, pág. 22.

7 Para profundizar en el análisis remitirse a los protocolos adicionales de Ginebra I y II del año de 1977.

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”⁸.*

Como se puede observar, esta disposición normativa introduce un párrafo que facilita al intérprete de la norma comprender el significado de persona protegida⁹, sin perjuicio que esta remite a su vez a tratados internacionales para facilitar su entendimiento. A manera de conclusión frente a este estudio preliminar, podemos decir que los numerales del párrafo del artículo 135 del Código Penal no son péticos y por ende taxativos, pues la misma disposición abre las puertas a la adición de nuevas categorizaciones de personas protegidas por el DIH mediante convenios ratificados eventualmente, y en

⁸ Código Penal Colombiano (CPC). Ley 599 de 2000. Artículo 135.

⁹ Deteniéndonos en la norma penal, el legislador insertó en el artículo 135 las categorías de personas protegidas por el derecho internacional humanitario cuya comisión es penalizada de manera más rígida como bien se sabe. Esta incorporación es la garantía que consiste en prevenir y sancionar el homicidio de personas que no están combatiendo y por ende se respeta el principio humanitario como norma de *ius cogens*, que tiene una naturaleza convencional y consuetudinaria a la luz del Derecho Internacional Humanitario. Es importante advertir que el sujeto de protección del código no solo incorpora a la integridad de las personas protegidas por el DIH sino que también incorpora la integridad de los bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, dentro de estos se encuentran bienes médicos, sanitarios, religiosos, bienes de las misiones de mantenimiento de la paz, bienes culturales, instalaciones que contienen fuerzas peligrosas, los bienes de socorro humanitario y otros. Así el DIH se encarga de enumerar diversas categorías de bienes que también entran dentro del ámbito de protección del código. (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-291 de 2007. (M.P. Manuel José Cepeda: abril 25 de 2007).

segundo lugar, las personas que allí se mencionan no solo hacen parte del tipo penal de homicidio en persona protegida, sino que se extienden a las demás normas que comprenden el título II de la parte especial del Código Penal, pues así lo dispone el parágrafo del 135 ya citado.

Culminadas estas aproximaciones al desarrollo del Derecho Internacional Humanitario en el contexto puramente internacional, aterrizamos nuestro estudio al segundo punto fundamental del mismo, el conflicto armado.

2. Conflicto armado y su padecimiento en Colombia

Desde un punto de vista teleológico, y como bien lo menciona Vargas Velázquez, el conflicto es una “manifestación natural de las comunidades humanas, ha de ser entendido como la expresión de la diversidad y la complejidad de una sociedad con múltiples intereses, expectativas y problemas de los grupos que la conforman”¹⁰. Desde otro lente, y como bien es sabido, el derecho internacional humanitario tiene dos columnas de desarrollo, la primera se refiere a los conflictos armados de carácter internacional ya estudiados brevemente en el acápite anterior, y cuyo derecho se caracteriza por ser estructurado, elaborado y antiguo, y la segunda columna, muy distinta por cierto, abarca lo tocante al conflicto armado de carácter no internacional o interno, en donde su regulación es mucho más reciente y local. En el ámbito jurídico y en el contexto nacional, no hay duda que Colombia padece un conflicto armado interno por evidenciar la presencia de control territorial por parte de grupos armados no estatales en diferentes zonas del país y al mismo tiempo la existencia de un conflicto antiguo¹¹ prolongado en el tiempo junto con la intensidad en su manifestación.

La existencia del conflicto armado en nuestro país radica en tres puntos fundamentales a mencionar: el primero consiste en que Colombia es un país que además de tener una vasta extensión geográfica carece como Estado de la

10 VARGAS VELÁZQUEZ, ALEJO (1997). *El conflicto armado colombiano y sus perspectivas*. Observatorio de conflictos y Derechos Humanos.

11 El conflicto armado colombiano ha sido uno de los conflictos internos más prolongados del mundo, como antecedentes remotos relacionados al mismo identificamos la escuálida y feroz violencia bipartidista encabezada por los liberales y los conservadores en los años cincuenta y anteriores, desembocando en la conformación de grupos guerrilleros. Posteriormente en la oscura década de los ochenta el conflicto armado evidencia un aumento desmedido por la intimidación producida a manos de la guerrilla de las FARC-EP en el territorio nacional y la presencia de asesinatos de simpatizantes de la izquierda colombiana por cuenta de grupos paramilitares. Al mismo tiempo, aparecen fuertes grupos armados del narcotráfico que colisionan con la guerrilla para desarrollar sus rutas del narcotráfico y actos delictivos.

A partir del año de 1988 hasta 2003 se generó una época de recrudescimiento de la violencia, durante la década de los noventa se presenta una etapa sangrienta donde hay tomas armadas a

infraestructura y logística necesaria para hacer presencia en todo el territorio nacional y ello ha conllevado a que las guerrillas y grupos paramilitares ocupen estos lugares y disputen dichos territorios, acaeciendo como consecuencia principal el desplazamiento de la población civil, la muerte a ciudadanos indefensos y la sustitución del Estado por grupos armados al margen de la ley en el control de ciertos territorios.

A su turno, el segundo punto esencial que se requiere para determinar y constatar la existencia de un conflicto armado consiste en que el grupo esté compuesto de una estructura jerárquica con la organización y logística necesaria para dictar órdenes de estricto cumplimiento y perpetrar operaciones militares. Esto nos lleva a concluir que todo grupo debe contar con un superior jerárquico y un número de subordinados dispuestos a seguir sus órdenes. La estructura de los grupos insurgentes en Colombia es evidente, basta con observar que en el caso particular de las FARC hay columnas móviles, frentes y bloques, cada una con sus respectivos comandantes y anillos de seguridad, lo mismo ocurre con los paramilitares y sus diferentes subgrupos¹².

Finalmente, el último punto radica en la presencia de grupos organizados de poder con capacidad suficiente para participar en combate, de lo anterior se infiere que no se trata de simples actos de vandalismo, de una rebelión no organizada o de disturbios de corta duración. Bajo esta hipótesis, es muy claro que la guerrilla de las FARC o los grupos paramilitares e incluso las BACRIM –cuyo estudio se realizará más adelante– cuentan con los hombres y el armamento necesario para participar en un combate y poner en jaque al Estado en sus diversas operaciones, es por ello también que Colombia no ha podido derrotar a la guerrilla de las FARC en más de 50 años, este escenario comprueba pues, la existencia de un grupo armado y organizado capaz de perdurar en el conflicto por más de medio siglo.

municipios, masacres indiscriminadas a civiles, desapariciones forzadas, torturas, desplazamiento masivo forzado, secuestros individuales y colectivos de militares, políticos y civiles, etc. Después de un fallido intento de paz por parte del gobierno colombiano en cabeza del ex presidente Pastrana, el ex presidente Uribe adoptaría una fuerte política militar para combatir las guerrillas en todo el territorio nacional, disminuyéndolas considerablemente a pesar de cuestionamientos provenientes de organismos defensores de Derechos Humanos. Hoy en día, a pesar de encontrarnos en un proceso de paz en La Habana (Cuba) por iniciativa del gobierno Santos, el conflicto aún perdura hasta nuestros tiempos.

12 <http://www.viva.org.co/cajavirtual/svc0292/articulo01.html>. En el informe que se encuentra en la página Web precitada se señalan siete principales estructuras de estos grupos, donde se encuentran “los rastros”, “Los Urabeños”, “Los Paisas”, “el Ejército Revolucionario Popular Anticomunista ERPAC”, “Las Águilas Negras” y los grupos comandados por el “Loco Barrera” en los llanos orientales.

Hay razones fácticas y jurídicas suficientes para concluir fehacientemente que Colombia padece de un conflicto armado interno durante décadas, ello entonces la hace acreedora de una serie de responsabilidades y deberes para con la comunidad internacional y sobre todo el derecho internacional humanitario, como la aplicación de los convenios de Ginebra junto con sus protocolos¹³. Esta postura se opone a la posición que toma el ex presidente Álvaro Uribe, quien afirma que en Colombia no hay un conflicto armado sino una amenaza terrorista a la estructura del Estado y la democracia colombiana, ya que si se acepta la existencia de un conflicto armado se le estaría dando reconocimiento y beligerancia a un grupo debilitado militarmente. Esta posición si bien es respetable, carece a mi sentir, de fundamento jurídico y por el contrario se encuentra sesgada políticamente.

2.1 Trascendencia del principio de distinción¹⁴

El principio de distinción es aquel que, como su nombre lo indica, tiene por objeto “distinguir claramente a los combatientes y a quienes participan directamente de las hostilidades, de las personas protegidas conforme al derecho internacional humanitario”¹⁵, pues este derecho busca proteger a la población civil de los efectos de la guerra, ya que en “tiempos de conflicto armado solo es aceptable el debilitamiento del potencial militar enemigo”¹⁶.

La Corte Constitucional colombiana se ha referido al tema señalando enfáticamente que las partes del conflicto “deben diferenciar entre combatientes y no combatientes, puesto que estos últimos no pueden ser nunca un objetivo

13 PABÓN, PEDRO ALFONSO (2002). *Manual de Derecho Penal*. Ed. Doctrina y Ley Ltda, pág. 612. El contenido del Derecho de Ginebra está conformado por cuatro convenios y dos protocolos adicionales es el siguiente: “*Primer convenio: aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña; Segundo convenio: para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas, cuando el conflicto suceda en el mar y otras aguas; Tercer convenio: para regular la protección y asistencia a los prisioneros de guerra; Cuarto convenio: para regular la protección y asistencia a la población civil en tiempo de guerra; Protocolo I adicional: se amplían las normas que regulan los conflictos armados internacionales, relativas a la protección de víctimas y especialmente de la población civil*”. A su turno, está compuesto por el Protocolo II que se ocupa de la protección de las víctimas de los conflictos armados no internacionales.

14 Es pertinente advertir que en el marco del Derecho Internacional Humanitario existen tres principios que deben respetarse incólumemente durante el desarrollo de un conflicto armado: El principio de distinción, proporcionalidad y necesidad. Desbordaría el objeto de este estudio analizarlos en su totalidad, razón por la cual solo se estudiará el principio de distinción, pues su importancia es capital para efectos de la imputación del delito de homicidio en persona protegida; los dos principios restantes hacen referencia a situaciones de combate y estrategia militar.

15 APONTE, ALEJANDRO (2011). *Persecución penal de crímenes internacionales*. Ed. Ibáñez, pág. 66.

16 *Ibidem*.

de la acción bélica, pues al sentir de la H. Corte si la guerra busca debilitar militarmente al enemigo, no tiene por qué afectar a quienes no combaten, ya sea porque nunca han empuñado las armas (población civil), ya sea porque han dejado de combatir (enemigos desarmados), puesto que ellos no constituyen potencial militar¹⁷. Así parece interesante ahondar en el llamado principio de distinción, el cual como lo dice la Corte tiene rango de *ius cogens*, es decir que hace parte de las normas imperativas de derecho internacional cuya naturaleza fundamental implica una jerarquía especial frente a las demás normas de derecho internacional¹⁸.

El fin de este postulado es, como ya se indicó, la protección de la población civil y establece la distinción entre combatientes y no combatientes, por esta razón expresa la Corte Constitucional en 2007 citando a la Corte Internacional de Justicia en una opinión consultiva sobre la legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares en 1996, que no han de utilizarse armas que sean incapaces de diferenciar entre civiles y militares en virtud de la indefensión y posición de debilidad de la población civil¹⁹. Este deber entonces es un pilar básico en cualquier conflicto armado internacional o interno, diferenciando siempre entre civiles y combatientes para efectos de preservar la vida e integridad de los mismos.

Aterrizando el tema, este principio cobra vital importancia en el derecho penal colombiano para efectos de la adecuación típica al indiciado, pues al momento de presentarse un homicidio en el contexto colombiano, el intérprete de la norma está en la obligación de distinguir, en primer lugar, si este se produjo con ocasión y desarrollo del conflicto armado. En segundo lugar se encuentra en el deber de identificar si la víctima es un combatiente o no combatiente dentro del conflicto conforme a los postulados del DIH, y culminado este juicio

17 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-225 de 1995. (M.P. Alejandro Martínez Caballero: mayo 18 de 1995).

18 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-291 de 2007. (M.P. Manuel José Cepeda: abril 25 de 2007). Señala la Corte Constitucional en esta sentencia que las normas de *Ius Cogens* son las que han sido aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados como un conjunto de reglas frente a las cuales no se puede pactar en contrario, ni muchos menos permiten derogaciones y cuya única escapatoria puede ser mediante normas subsiguientes que tengan un rango jerárquico de igual nivel que las que se pretenden sustituir. Así mismo concluye la sala que el principio de distinción es una de las piedras angulares del derecho internacional humanitario, de este se deduce la protección que ha de ser realizada a la población civil en el contexto de un conflicto armado, con base en este principio las partes de los conflictos se comprometen a adoptar las medidas que sean necesarias para la adecuada protección de los civiles.

19 *Ibidem*. Frente al particular ponemos en tela de juicio armas artesanales como cilindros bombas o minas antipersonales que siembran diariamente las FARC y las BACRIM, las cuales no distinguen entre combatientes y civiles y dejan el resultado al azar.

de distinción, entonces podrá imputarse o no este tipo penal de homicidio en persona protegida al indiciado (art. 135 C.P.C.) cuya sanción es mucho mayor.

Con base en lo anterior, entonces, debe haber claridad sobre los conceptos de personas civiles, población civil y personas fuera de combate, a fin de tener la certeza del sujeto activo y pasivo del tipo penal. Sin embargo, realizar la adecuación típica ya mencionada resulta muy complejo para los operadores judiciales e incluso puede darse una aplicación errónea en los tipos penales convencionales debido a la complicada estructura del tipo penal de homicidio en persona protegida. Más adelante entraremos a estudiar con detenimiento estos detalles en el capítulo del homicidio en persona protegida y en la persecución penal a este delito en Colombia.

3. BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD COMO ANTESALA AL HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA

Como se mencionó en la introducción, a partir de la Carta política del 91, el derecho internacional humanitario cobró tal relevancia jurídica que incluso el mismo constituyente primario lo priorizó en el contenido de la misma, otorgando el carácter absoluto a la dignidad humana y a su turno prohibiendo cualquier clase de pena de muerte, torturas o tratos degradantes bajo cualquier circunstancia. Así mismo, consagró el bloque de constitucionalidad entendido como aquel conjunto de normas y principios que no hacen parte de la Carta política pero que su alcance y fuerza normativa es tal que pueden llegar a considerarse como normas supralegales²⁰. Esta figura está consagrada en el artículo 93 de la Constitución que reza lo siguiente:

“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. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad

20 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-225 de 1995. (M.P. Alejandro Martínez Caballero: mayo 18 de 1995). Posición reiterada en sentencia C-578 de 1995 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Sentencia C-358 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y en Sentencia C-191 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. El máximo tribunal constitucional argumenta en su jurisprudencia que los derechos que se consideran intangibles, aun estando en Estados de Excepción son: el derecho a no ser sometido a desaparición forzada, a torturas, ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, derecho a la vida y la integridad personal, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, la prohibición de la esclavitud, la trata de seres humanos y la servidumbre, la libertad de

con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia"²¹.

Así mismo, *"El artículo 214 de la Carta, al limitar los estados de excepción, dispone en su numeral 2 que los derechos humanos y las garantías fundamentales no pueden ser suspendidos y que "en todo caso" se han de respetar las reglas del derecho internacional humanitario; adicionalmente, se prevé que la ley estatutaria que regula las facultades del Gobierno durante los estados de excepción, debe contener los controles judiciales y las garantías para proteger los derechos, "de conformidad con los tratados internacionales"*"²².

La Corte Constitucional se ha manifestado en diferentes pronunciamientos sobre el artículo 93 de la Constitución afirmando que no todos los tratados y convenios internacionales hacen parte del bloque, sino aquellos que tengan por objeto el reconocimiento de un derecho humano y que se trate de un derecho cuya limitación se prohíba durante los Estados de Excepción²³ conforme al artículo 214 superior.

Con base en lo anterior, la importancia del derecho internacional humanitario por vía del bloque de constitucionalidad constituye un compromiso del Estado colombiano frente a su población y la comunidad internacional para sancionar hechos que se configuran como crímenes internacionales y dentro de ellos se encuentran el homicidio en persona protegida, pues tal es la magnitud de su atrocidad, que el legislador optó por crear un título especial en el Código Penal para perseguir y castigar a quienes ejecutan estas conductas, pues ellas no solo son verdaderos delitos sino que también están inherentemente ligadas con la violación a los derechos humanos y con estos la dignidad humana. Lo anterior para concluir que el delito de homicidio en persona protegida cobra una importancia primordial para la política criminal del Estado colombiano en virtud de su compromiso internacional de perseguirlo y sancionarlo.

Finalmente, no podemos continuar con el siguiente punto sin dejar de mencionar el acto legislativo número 02 del año 2001, el cual modificó el artículo 93 de la Constitución, reconociendo la jurisdicción de la Corte Penal

conciencia, la libertad de religión, el principio de favorabilidad, legalidad y de irretroactividad de la ley penal, la prohibición de penas de prisión perpetua, destierro y confiscación.

21 Constitución Política de Colombia (const). Artículo 93. Julio 7 de 1991.

22 PABON, PEDRO ALFONSO (2002). *Manual de Derecho Penal*. Ed. Doctrina y Ley Ltda., pág. 612.

23 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-295 de 1993 (M.P. Carlos Gaviria Díaz: julio 29 de 1993).

Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma. Es menester tener claro que si bien la Corte Penal Internacional tiene competencia en Colombia, ella no suple el derecho interno sino que opera cuando la administración de justicia colapsa de manera sustancial, de tal manera que aquellas normas y principios consagrados en el bloque de constitucionalidad sean inaplicables en el contexto nacional por defecto del operador judicial interno²⁴. En este sentido la vinculación de la Corte Penal Internacional garantiza la protección de los civiles en cuanto la impunidad por parte del Estado en temas sobre crímenes internacionales no constituye lo que podríamos llamar para efectos académicos una “*cosa juzgada*”, sino que por el contrario, ofrece una salida jurídica para castigar los crímenes atroces que atentan contra el ser humano y su existencia.

Desarrollado este estudio preliminar, nos enfocaremos específicamente en el tipo penal de homicidio en persona protegida, su origen y estructura, para luego compaginarlo a la actualidad nacional y las mutaciones que ha sufrido el conflicto armado en los últimos años.

4. HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA

4.1 Análisis al título II de la parte especial del Código Penal

Una vez desarrollados los postulados del derecho internacional humanitario y referenciadas sus implicaciones en el conflicto armado colombiano, aterrizamos nuestro estudio en el tipo penal de homicidio en persona protegida, consagrado en el artículo 135 del Código Penal.

El legislador en desarrollo del derecho internacional humanitario contenido y regulado en su mayoría en los convenios de Ginebra y sus protocolos adicionales, incluyó en el Código Penal un título denominado “*Delitos contra personas*”

24 Ley 742 de 2002. Por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma, el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998). Junio 5 de 2002. DO. No. 44826. La precitada ley señala que la Corte Penal Internacional tiene competencia de carácter subsidiario frente a la jurisdicción nacional bajo el principio de complementariedad de su artículo 17. A su turno, el artículo 5 establece las disposiciones sobre las cuales la Corte Penal Internacional tiene la competencia en el territorio nacional, siendo los casos en los cuales el Estado en el cual se encuentra la víctima no esté dispuesto a realizar una investigación o enjuiciamiento, o si luego de la investigación el Estado decide no enjuiciar a la persona por falta de disposición, también cuando después de realizar la investigación el Estado decide no enjuiciar a la persona por su incapacidad de llevar a cabo dicho procedimiento judicial. De presentarse dichas situaciones le compete a la Corte Penal Internacional examinar la existencia o no de capacidad y disposición para actuar por parte del Estado para realizar las sanciones correspondientes al victimario.

y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario". Este título comprende de 29 tipos penales que se constituyen como criminales de guerra de acuerdo con el estatuto de Roma, y que tienen como común denominador una circunstancia de tiempo en cada uno de sus verbos rectores allí mencionados, la cual hace referencia a que la comisión de dichas conductas se realicen "*con ocasión y en desarrollo del conflicto armado*".

En la misma dirección comentada frente a la circunstancia de tiempo contenida en todos los tipos penales que comprende este título, es importante subrayar que esta no es un complemento descriptivo del lugar, como podría deducirse de una lectura rígida de la norma, pues no es necesario que quienes hacen parte del conflicto armado cometan los delitos allí tipificados en el marco de un combate, hostilidades o instigación a la guerra para que sean castigados; la ley penal mediante estas normas sanciona a quienes siendo parte del conflicto ejecuten conductas punibles contra personas o bienes protegidos por el derecho internacional humanitario en cualquier tiempo y lugar, haya o no combates; más adelante indagaremos su porqué.

A su turno, no obstante nuestro estudio se centra en el homicidio en persona protegida, este tipo penal no es el único que lesiona o puede poner efectivamente en peligro personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, pues como se había dicho antes, este título comprende de 29 tipos penales, por los cuales se presentan discusiones acerca de su estructura, pues la doctrina no es unánime en definir si se tratan de tipos penales básicos o especiales.

Para el penalista Pedro Alfonso Pabón, estos tipos están divididos en dos columnas vertebrales, que son los tipos penales especiales y los tipos penales independientes.

Los tipos penales especiales, citando a este doctrinante, son aquellos en que "se considera una conducta que corresponde –por identidad o similitud– a un tipo general u ordinario, pero asume la calificación o especificación de alguno de sus elementos estructurales, descriptivos, normativos o subjetivos"²⁵. En el caso del tipo de homicidio en persona protegida, la conducta se determina por ocasionar la muerte, exactamente igual al delito de homicidio descrito en el artículo 103 del Código Penal. Sin embargo, el artículo 135 especifica diferentes elementos que lo convierten en un tipo especial, entre ellos, que la acción se ejecute con ocasión y desarrollo del conflicto armado y la calificación del sujeto activo como parte del conflicto para que este tipo le sea imputable.

25 PABÓN, PEDRO ALFONSO (2002). *Manual de Derecho Penal*. Ed. Doctrina y Ley Ltda., pág. 617.

Los tipos penales independientes son aquellos cuya “descripción normativa no corresponde –por identidad o similitud– a algún tipo general considerado a lo tocante a la protección de otros bienes jurídicos”²⁶. Respecto del título sujeto a nuestro estudio, estos tipos penales consisten pues, en que sus conductas emanan únicamente de la situación de conflicto armado y su consideración como conductas lesivas del derecho internacional humanitario desde el ámbito internacional, es decir, su contenido normativo como ya se dijo, no emana de un tipo general u ordinario sino del conflicto armado como una situación fáctica y del Derecho Internacional Humanitario.

Descritas estas dos columnas vertebrales, Pabón categoriza para efectos ilustrativos, cada tipo penal mencionado en este título, en los tipos especiales e independientes; en aras de lograr una mejor comprensión del mismo.

Tipos especiales

- Homicidio en persona protegida (Art. 135)
- Lesiones en persona protegida (Art. 136)
- Tortura en persona protegida (Art. 137)
- Acceso carnal violento en persona protegida (Art. 138)
- Actos sexuales violentos en persona protegida (Art. 139)
- Prostitución forzada o esclavitud sexual (Art. 141)
- Toma de rehenes (Art. 148)
- Detención ilegal y privación del debido proceso (Art. 149)
- Constreñimiento a apoyo bélico (Art.150) Despojo en campo de batalla (Art. 151)
- Omisión de medidas de socorro y asistencia humanitaria (Art. 152)
- Destrucción y apropiación de bienes protegidos (Art. 154)
- Destrucción de bienes e instalaciones de carácter sanitario (Art. 155)
- Destrucción o utilización ilícita de bienes culturales y de lugares de culto (Art. 156)
- Deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de la población civil (Art. 159)
- Destrucción del medio ambiente (Art.164)

Tipos independientes

- Utilización de medios y métodos de guerra ilícitos (Art. 142)
- Perfidia (Art. 143)
- Actos de terrorismo (Art. 144) Actos de barbarie (Art. 145)
- Tratos inhumanos y degradantes y experimentos biológicos en persona protegida (Art. 146)

²⁶ *Ibidem*, pág. 618.

Actos de discriminación racial (Art.147)
Obstaculización de tareas sanitarias y humanitarias (Art.153)
Ataque contra obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas (Art. 157)
Represalias (Art. 158)
Atentados a la subsistencia y devastación (Art. 160)
Omisión de medidas de protección a la población (Art. 161)
Reclutamiento ilícito (Art. 162)
Exacción o contribuciones arbitrarias (Art. 163)²⁷

Por otra parte, otro sector de la doctrina encabezado por el penalista Alejandro Aponte define el homicidio en persona protegida, específicamente, como un tipo penal autónomo e independiente en contraposición a un tipo especial, puesto que este delito protege un bien jurídico diferente al del homicidio, que es el derecho internacional humanitario en el marco del conflicto armado, razón por la cual, el homicidio en persona protegida está muy bien definido en el tipo y aplica de manera independiente²⁸, y a su turno, este delito no se deriva del homicidio, pues su fuente no solo radica en la protección a la vida y la integridad personal sino también en el derecho internacional humanitario, es por ello que también se le define como un tipo penal pluriofensivo²⁹.

La Corte Suprema de Justicia, analizando un conflicto de competencia resolvió esta fuerte discusión doctrinal definiendo este delito como un tipo autónomo y por ende básico, dijo la Corte en aquella oportunidad. Señaló la Corte lo siguiente:

*“Esto porque pretende dar el mismo alcance competencial del homicidio agravado (por las causales previstas en dichos numerales), al homicidio en persona protegida, que constituye un **tipo penal diferente y autónomo**, con una riqueza descriptiva mucho más amplia y por ello con alcances diferentes, dirigidos, precisamente a regular situaciones no previstas en otras normas”³⁰. (Negrillas fuera del texto).*

27 PABÓN, PEDRO ALFONSO (2002). *Manual de Derecho Penal*. Ed. Doctrina y Ley Ltda., pág. 619.

28 APONTE, ALEJANDRO (2011). *Persecución penal de crímenes internacionales*. Ed. Ibáñez, pág.70.

29 Al momento de ejecutar esta clase de homicidio, se están vulnerando dos bienes jurídicos protegidos por la ley penal. En primer lugar la vida, consagrada en el título I de la parte especial del Código Penal y en segundo lugar el Derecho Internacional Humanitario mencionado en el título II del mismo libro.

30 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso 32583 (M.P. Jorge Luis Quintero -Milanés; septiembre 16 de 2009).

4.2 Elementos del tipo penal de homicidio en persona protegida

Enfocándonos en el tipo penal objetivo y desglosando los elementos del tipo de homicidio en persona protegida destacamos los siguientes elementos:

A. Sujeto activo calificado. A la luz del homicidio en persona protegida, no cualquier persona puede cometer este delito, sino únicamente los actores armados de un grupo que haga parte del conflicto armado colombiano. No solamente nos referimos a miembros de grupos armados ilegales cuya organización debe cumplir los requisitos ya mencionados anteriormente para ser parte del conflicto armado, sino también a los integrantes de las fuerzas militares y de policía que ejecutan esta conducta punible con ocasión o en desarrollo de un conflicto armado.

B. Sujeto pasivo calificado. El objeto del artículo 135 del Código Penal consiste en proteger la vida de cualquier persona que tenga el estatuto de “*persona protegida*”. Analizamos detenidamente el significado de esta figura en las páginas precedentes sin embargo, cabe anotar que dicha connotación se encuentra precisada en el párrafo del artículo 135 penal.

C. Verbo rector. “*Ocasionar la muerte de persona protegida*” se define como el verbo rector que rige la conducta correspondiente, diferente del homicidio simple que no hace ninguna distinción.

D. Circunstancia de modo. Este tipo penal contiene un ingrediente normativo que califica el verbo rector, este consiste en que el homicidio sea cometido “*con ocasión y en desarrollo del conflicto armado*”. Con lo anterior, debido a la situación de conflicto armado, podemos aunar en este apartado del artículo 135 del Código Penal una circunstancia de modo y tiempo.

E. Objeto material de la conducta. Consiste en el objeto físico sobre el cual recae la conducta, en nuestro tipo penal sujeto a nuestro estudio, identificamos que es toda persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario.

F. Elementos normativos del tipo penal. Estos elementos, entendidos como aquellos que aclaran, concretan y especifican el tipo penal, son puramente jurídicos, pues requieren de una interpretación en derecho y por lo tanto el interprete de la norma no necesita acudir a otros ordenamientos o áreas del conocimiento para entender su significado.

Tras realizar una lectura del artículo 135 del Código Penal, la norma aclara mediante su parágrafo quienes son las personas protegidas por el derecho internacional humanitario y a su turno, remite a los convenios I, II, III y IV de Ginebra de 1949 y los protocolos adicionales I y II de 1977, razón por la cual, como ya se hizo mención, no es necesario efectuar una interpretación sociológica y cultural para entender el concepto de persona protegida, pues este se encuentra definido tanto en el Código Penal (Art. 135) como en el Derecho Internacional. Concluimos pues, la presencia única y exclusiva de elementos normativos jurídicos en el tipo penal de homicidio en persona protegida, pues no hablamos de elementos normativos extrajurídicos ya que solo se requiere de una interpretación en derecho para entender el significado de la norma.

G. Elemento subjetivo. El elemento subjetivo debe estar expreso en el tipo penal, ya que este es un propósito, una finalidad que consagra el tipo penal para que este sea imputable.

Tanto en el homicidio simple consagrado en el artículo 103 del Código Penal como en el de homicidio en persona protegida, el elemento subjetivo no está expreso, y por lo tanto ambos tipos penales carecen del mismo.

Ahora bien, culminado este breve análisis sobre los elementos del tipo penal de homicidio en persona protegida, nos detendremos en su clasificación, pues su importancia y claridad permite evitar que se adecúe una conducta delictiva a otros tipos penales más permisivos como el homicidio simple o agravado.

4.2.1 Clasificación del tipo penal de homicidio en persona protegida según su contenido

A. Tipo de resultado. Al igual que el tipo de lesión³¹, el homicidio en persona protegida requiere de un resultado para que este sea imputable, de lo contrario le serán imputables otras conductas de menor sanción como la tentativa.

B. Tipo de ejecución instantánea. Es suficiente que se agote el verbo rector, es decir, ejecutar una acción que baste con ocasionar la muerte a una persona protegida para que el delito se consuma. No se vulnera el bien jurídico con el transcurso del tiempo.

31 El tipo penal del homicidio en persona protegida es también un tipo de lesión pues exige que se lesione efectivamente el bien jurídico tutelado. Se requiere pues, que la persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario haya sido asesinada para que este tipo le sea imputable.

C. Tipo de acción. Conforme al punto anterior, se requiere exteriorizar la intención y causar una mutación en el mundo exterior produciendo el resultado para que este tipo le sea imputable.

De manera ilustrativa quisimos mostrar con el estudio anterior que el homicidio en persona protegida además de ser un tipo penal de especial atención debido a su compaginación con una realidad nacional agobiada por el conflicto armado colombiano, es un crimen de guerra internacional y esto responde a su alta calificación para que sea imputable, pues como analizamos en los puntos anteriores, no cualquier persona puede cometer esta clase de delito de talante internacional y a consecuencia de ello su sanción es mayor, y más aún, si la conducta se comete contra una mujer por el hecho de ser mujer³².

Hasta este punto culminamos la parte teórica de nuestro artículo, empezamos con estudios y referencias internacionales para poco a poco aterrizarlos en Colombia y su conflicto armado, a fin de detenernos específicamente en el homicidio en persona protegida y en toda su composición teórica y normativa. Ahora bien, centraremos la atención en las implicaciones prácticas que trae consigo el artículo 135 del Código Penal en la actualidad nacional, no sin antes calificar la consolidación de la persecución penal en Colombia de este delito.

5. HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA Y LA ACTUALIDAD NACIONAL

5.1 Consolidación y obstáculos de la persecución penal en Colombia del homicidio en persona protegida

La persecución penal en Colombia de este delito ha sido discutida como bien lo dice Aponte en su obra³³ por dos posiciones totalmente opuestas. La primera posición se encuentra prohijada por el ex presidente de la República Álvaro Uribe y todo su movimiento político, quienes señalan con fervor que Colombia vive una amenaza “terrorista a una democracia en consolidación”³⁴; mientras que la segunda posición se inclina por reconocer que Colombia padece de la existencia de un conflicto armado.

32 Código Penal Colombiano (CPC). Ley 599 de 2000. Art. 135. Inciso final.

33 APONTE CARDONA, ALEJANDRO. Persecución penal nacional del homicidio en persona protegida: alcances y límites del derecho penal en contextos de justicia transicional. *International Law*. Julio 1 de 2010. At. 17.

34 *Ibidem*, pág. 31.

La prevalencia de una u otra posición es de tal magnitud que dependiendo de cuál se adopte la fórmula de imputación cambiará drásticamente. Me explico, si prevalece la idea del terrorismo, los operadores judiciales se apartarán del título del Código Penal que protege el derecho internacional humanitario para “aplicar preferentemente normas como el homicidio con fines terroristas, las lesiones con fines terroristas, etc.”³⁵. A *contrario sensu*, si nos inclinamos por la segunda posición, que es como lo hace el operador judicial de hoy en día, se logrará imputar conductas punibles lesivas al derecho internacional humanitario para su posterior juzgamiento. Lo anterior es una simple muestra de cómo un mismo hecho ilícito puede tener diferentes imputaciones por parte del fiscal colombiano dependiendo de la posición que adopte.

Por otro lado, un asunto de doble filo que debe corregir la administración de Justicia, se refiere a la aplicación “*errónea de tipos penales convencionales*”³⁶, es decir, que por hechos que tengan un resultado penalmente reprochable se acuse al victimario de delitos tradicionales cuando no lo son. Para ejemplificar lo anterior el reconocido doctrinante Aponte ilustra aquellos casos en que civiles son asesinados por militares y las ejecuciones se hicieron pasar por muertos en combate³⁷, donde la justicia penal condena a los militares por un homicidio agravado por indefensión de las víctimas cuando la acertada forma de adecuación era de homicidio en persona protegida por el DIH³⁸.

Como bien lo dice Aponte, el ejemplo precitado muestra un retraso notorio del operador judicial “*en su adaptación a las nuevas exigencias que impone el Derecho Penal Internacional, el uso sofisticado del bloque de constitucionalidad, el uso correcto y la interpretación consistente en el derecho internacional humanitario*”³⁹.

La mayoría de los casos que llegan a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia aluden a conflictos de competencia, los cuales, como ya se mencionó, se refieren principalmente a homicidios agravados por indefensión de las víctimas y homicidios en persona protegida. Afortunadamente, a partir

35 Ibidem.

36 Ibidem, pág. 42.

37 Ibidem.

38 Es importante aclarar que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha resuelto un sinnúmero de conflictos de competencia para decidir en la mayoría de los casos a favor de la comisión de homicidio en persona protegida y no homicidio agravado por indefensión de la víctima.

39 Ibidem, pág. 44.

del año 2007, la Sala de Casación Penal de la Corte ha dirimido estos conflictos prevaleciendo la imputación del homicidio en persona protegida. El doctrinante Alejandro Aponte relata este avance resaltando como en los años recientes los conflictos de competencia han disminuido considerablemente.

“Si se lleva a cabo un balance de la persecución penal del homicidio en persona protegida hasta mediados del año 2007, y se contrasta con años más recientes, es posible encontrar avances significativos en la aplicación de la norma (...) aunque debe notarse que desde el año 2009 y, especialmente, en el 2010, la Sala Penal ha encontrado mejores oportunidades para ilustrar este delito”⁴⁰.

Conforme a lo anterior, la Sala de Casación Penal de la Corte, dirimiendo un conflicto de competencia, argumenta jurídica y fácticamente razones por las cuales debe tratarse de homicidio en persona protegida, sentando pues un precedente para establecer lineamientos claros sobre su imputación, y a su turno, como bien lo dice el autor precitado, la Sala Penal ha encontrado mejores medios para ilustrar el homicidio en persona protegida y evitar una aplicación errónea de tipos penales tradicionales.

Otro de los obstáculos acaecidos en la persecución a este delito internacional se refiere a la redacción del artículo 135 del Código Penal y el principio de legalidad, pues podría llegar a pensarse que este tipo penal condiciona su materialización a que la conducta se ejecute siempre *“con ocasión y desarrollo del conflicto armado”*. Como lo dice Aponte, esta tarea no es fácil para el operador judicial, puesto que la guerra civil no ha sido declarada formalmente en Colombia y además el conflicto interno no tiene lugar en todo el territorio nacional⁴¹, con lo cual, se debe identificar muy bien el contexto en el que se desarrolló la conducta punible y determinar certeramente si se cometió un homicidio agravado o en persona protegida. Hallo menester traer a colación un caso⁴² por el cual la Corte Suprema de Justicia a mi sentir, incurrió en un error jurídico al inclinarse por un homicidio agravado por falta de existencia de un combate.

40 APONTE, ALEJANDRO (2011). *Persecución penal de crímenes internacionales*. Ed. Ibáñez, pág. 89.

41 APONTE CARDONA, ALEJANDRO. Persecución penal nacional del homicidio en persona protegida: alcances y límites del Derecho Penal en contextos de justicia transicional. *International Law*. Julio 1 de 2010. At. 17, pág. 30.

42 *Ibidem*, pág. 38.

El día 24 de noviembre de 2003 en el departamento del Meta, un grupo de soldados del ejército de Colombia se encontró con una camioneta y un campero ocupados con civiles quienes se pusieron a disposición de la autoridad. Los soldados dispararon contra ellos causándoles la muerte y los presentaron como paramilitares que los habían agredido. En aquella oportunidad la Corte teniendo en cuenta el principio de legalidad concluyó lo siguiente:

“En el asunto que se estudia, ninguna prueba indica que los ciudadanos lamentablemente eliminados se hallaran internacionalmente protegidos. Como es claro, los crueles homicidios no fueron cometidos con ocasión y desarrollo de un conflicto armado y, por lo tanto, las víctimas no se encontraban protegidas por el derecho internacional humanitario”⁴³.

A pesar de que este caso es muy complejo, la Corte incurrió en un error a mi juicio, pues debía tener en cuenta que si bien los homicidios no se produjeron en un combate, los hechos se dieron en un territorio “agobiado permanentemente por situaciones ligadas al conflicto armado”⁴⁴. Y en segundo lugar, la Corte omitió tener en cuenta dentro de sus elementos de juicio la simulación de un combate con el único fin de dar muerte a ciudadanos indefensos y obtener beneficios militares so pretexto de tomar posición ventajosa dentro del *conflicto armado* móvil principal de la ejecución de la conducta.

En el mismo orden de ideas, si bien es cierto que la tipificación del homicidio en persona protegida en el Código Penal no es nueva, en los últimos años se ha identificado un tímido avance respecto a la persecución y sanción de esta clase de delito, pues debido a su complejidad en el panorama nacional y las particularidades de cada caso en concreto, no es fácil para el fiscal colombiano imputar los cargos adecuados a la conducta ejecutada y mucho menos para el juez declarar legal la imputación y juzgar por dichos hechos.

Para concluir, el Estado al momento de desarrollar persecuciones a estos crímenes debe tener en cuenta los escenarios anteriores para no cometer errores jurídicos y aplicar de manera directa “las normas humanitarias a partir de hechos fácticos propios del conflicto armado”⁴⁵. No hay duda que esta persecución es prioritaria en la política criminal del Estado pero se debe aprender de la experiencia para impartir una justicia sin errores o arandelas jurídicas que

43 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso 23472.9 (M.P. Álvaro Orlando Pérez: abril 13 de 2005).

44 *Ibidem*, pág. 39.

45 *Ibidem*, pág. 45.

dilatan las expectativas de las víctimas, la sociedad y la comunidad internacional consistentes en evitar la impunidad.

Concatenados con lo anterior, es interesante compaginar el avance de la persecución de estos delitos con respecto a fenómenos delictivos que han marcado la historia reciente en Colombia, pues como se dijo al principio de este artículo, nuestro estudio no puede ser ajeno a diferentes mutaciones que ha sufrido nuestro conflicto armado colombiano. Así que por lo pronto, relacionaremos los mal llamados falsos positivos y la limpieza social con el homicidio en persona protegida.

5.2 Falsos positivos y homicidio en persona protegida. Tensiones y conflictos por su aplicación

Para efectos aclarativos, es menester definir concretamente un “*falso positivo*”. Traigo a colación una definición muy ilustrativa del doctrinante Aponte que dice lo siguiente.

“se trata de personas muertas sin piedad fuera de combate, ajenas al conflicto armado, pero que son puestas en escenas como “positivos”; es decir, como logros de las fuerzas armadas frente a las guerrillas, todo con el propósito de obtener beneficios en la guerra”⁴⁶.

Con base en lo anterior surge un debate muy interesante en lo tocante al principio de legalidad y sobre todo tipicidad, pues si se trata de casos de falsos positivos anteriores al año 2000, año en que fue expedido el actual Código Penal, estos delitos serían imputables a título de homicidio agravado cuya pena si bien es alta, no se adecua a la magnitud de un homicidio en persona protegida, tipo penal incorporado con posterioridad al año 2000.

Los principios de legalidad y tipicidad frente a este caso en concreto constituyen un argumento muy fuerte para lograr la imputación del homicidio agravado a un caso de falso positivo y cometido antes del año 2000, ya que antes de este año el homicidio en persona protegida no estaba tipificado en el Código Penal más sin embargo, de manera astuta y pertinente, la Corte Suprema de Justicia, en una colisión de competencia trajo a colación los crímenes de guerra de la siguiente manera.

46 APONTE, ALEJANDRO (2011). *Persecución penal de crímenes internacionales*. Ed. Ibáñez, pág. 93.

“La Juez Penal del Circuito de Cauca aduce que de conformidad con los hechos probados se trata de un “falso positivo”, es decir, de la muerte de un civil acaecida fuera de combate en procura de obtener beneficios, conducta que se adecua al delito de homicidio en persona internacionalmente protegida, en cuanto se trata de un integrante de la población civil (artículo 135 de la Ley 599 de 2000), cuya competencia para la fase del juicio corresponde a los jueces penales del circuito especializado (artículo 35 de la Ley 906 de 2004), comportamiento que si bien no estaba tipificado para la época en que ocurrieron los hechos (1999) lo cierto es que desde julio de 1978 Colombia ratificó la Convención Americana de Derechos Humanos y desde 1970 ratificó la Convención sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad”⁴⁷.

Es claro que bajo este argumento, el principio de legalidad fue “desvirtuado” por la sala, pues así como los hechos ocurridos en el año de 1999 están tipificados como homicidio agravado, también constituyen la comisión de crímenes internacionales mediante convenios que en su momento ya habían sido ratificados por Colombia desde hace décadas. Fue entonces una salida coherente y basada en argumentos jurídicos que permitieron consolidar el derecho internacional humanitario sobre una disposición normativa interna⁴⁸, puesto que debido a la naturaleza de esta figura –crímenes internacionales– claramente se trata de un homicidio en persona protegida y no de un homicidio agravado.

Actualmente ya está claro que por conducto del 135 penal es posible imputar el homicidio en persona protegida sin traer a colación el argumento anterior, sin embargo, es importante tener en cuenta que estos crímenes atroces no se derivan de acciones individuales, sino de –y se ha comprobado– órdenes derivadas de superiores jerárquicos, razón por la cual el operador judicial debe desarrollar fórmulas de imputación que permitan individualizar al militar que está perpetuando dichas órdenes, puesto que debido a la fungibilidad de los autores materiales sería imposible detener estas acciones si la investigación y la sanción dentro del proceso penal no trasciende de los primeros.

A su turno, bien se sabe que el objeto de los falsos positivos no es otro que obtener prestigio y beneficios en la guerra al reportar bajas de paramilitares o

47 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Colisión de competencia del 9 de febrero de 2009. Radicado No. 31210. M.P. María del Rosario González.

48 Frente a este escenario es pertinente también invocar el bloque de constitucionalidad y su primacía en el derecho interno ya estudiado en acápites anteriores.

guerrilleros cuando en realidad son civiles indefensos. Bajo este presupuesto el *móvil* de los autores materiales (subordinados) e intelectuales (superiores) se produce en aras de obtener un botín de guerra *con ocasión y desarrollo del conflicto armado*, razón por la cual el juicio de adecuación típica correcto y en obediencia al derecho internacional humanitario recae sobre el homicidio en persona protegida, no en homicidio agravado por indefensión de la víctima.

El escenario en comento fue desarrollado también por el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia y a su turno ratificado por la Corte Suprema de Justicia de Colombia⁴⁹ al afirmar el Tribunal Penal que en los delitos contra el DIH es suficiente con probar que *“el perpetrador actuó en desarrollo o bajo la apariencia del conflicto armado”*⁵⁰ (negritas fuera del texto), y que *“el conflicto no debe necesariamente haber sido la causa de la comisión del crimen, sino que la existencia del conflicto debe haber jugado, como mínimo, una parte sustancial en la capacidad del perpetrador para cometerlo, en su decisión de cometerlo, en la manera en que fue cometido o en el objetivo para el que se cometió”*⁵¹ (comillas fuera del texto).

En resumen, y de acuerdo con la jurisprudencia internacional estudiada, un hecho de falso positivo se caracteriza por demostrar una apariencia engañosa de conflicto o combate y a su vez permite que el conflicto armado se preste como un escenario propicio para reportar bajas militares; ya que si este no existiera muy probablemente no se perpetrarían estos actos pues no habría ninguna clase de beneficio o reconocimiento militar, por lo que insisto, el conflicto jugó *una parte sustancial en la capacidad del perpetrador para cometerlo*; razón por la cual la imputación del homicidio en persona protegida en este escenario si es precedente.

Cabe estudiar por otro lado el alcance de la responsabilidad del superior en estos casos, pues se entiende que como militar dotado de pericia y técnica militar debe conocer claramente las fronteras entre la guerra y el derecho internacional humanitario y a su vez, debe tener suficiente dominio sobre sus subordinados para evitar comportamientos ilegales de estos. Teniendo en cuenta lo anterior el superior es responsable cuando no impide la comisión de un crimen de sus

49 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso 36460 (M.P. María del Rosario González Muñoz: agosto 28 de 2013).

50 Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal *vs.* Dragoljub Kunarac y otros, sentencia de la sala de apelaciones del 12 de junio de 2002.

51 Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, casos de Fiscal *vs.* Enver Hadzihasanovic y Amir Kubura, sentencia del 15 de marzo de 2006, y Fiscal *vs.* Sefer Halilovic, sentencia del 16 de noviembre de 2005.

subordinados, o teniendo conocimiento de su futura comisión no adoptó las medidas razonables y necesarias⁵² para impedir o reprimir su ejecución. En suma, siempre que exista una relación de superioridad, quien está al mando se presumirá responsable en tanto y cuanto tiene una carga adicional que consiste en cerciorarse que el combate se lleve a cabo sin infringir el DIH teniendo en cuenta que él es el individuo que imparte órdenes y planea la estrategia militar. El punto recién expuesto condicionado siempre a que el superior tenga un dominio efectivo sobre el subordinado que cometió el crimen internacional. Así lo confirma la sentencia del juicio Čelebići (Guerra de Bosnia) de la siguiente manera.

“(...) In order for the principle of superior responsibility to be applicable, it is necessary that the superior have effective control over the persons committing the underlying violations of International Humanitarian Law, in the sense of having the material ability to prevent and punish the commission of these offences”⁵³.

Sobra decir que en un falso positivo, quien perpetuó el homicidio no puede alegar obediencia debida, ya que si bien esta figura no opera cuando se trate de delitos de desaparición forzada, genocidio y tortura⁵⁴ ello no significa que sean taxativos, por el contrario, son enunciativos y por supuesto puede extenderse como excepción a la obediencia debida el homicidio en persona protegida debido a su magnitud e importancia para el derecho internacional humanitario. Finalmente, a título de conclusión y con base en lo expuesto en las páginas precedentes, es suficientemente evidente que un hecho de “falso positivo” debe ser imputado y juzgado como un homicidio en persona protegida, pues en concordancia con la jurisprudencia internacional y local, basta con utilizar el conflicto como pretexto para perpetrar estos actos feroces y reportarlos como positivos en el lenguaje militar con el fin de causar engaño y alcanzar beneficios.

5.3 La mal llamada “limpieza social” y el derecho internacional humanitario

La mal llamada limpieza social debe interpretarse dependiendo de cada caso concreto, pues sería apresurado y peligroso imputar *per se* el homicidio en persona protegida frente a cualquier caso de limpieza social. Lo primero que

52 TORRES PÉREZ, MARÍA (2008). La responsabilidad internacional del individuo por la comisión de crímenes de lesa humanidad. Ed. Tirant monografías 521, pág. 282.

53 Čelebići Trial Judgment, pág. 378.

54 Código Penal Colombiano (CPC). Ley 599 de 2000. Art. 32. Numeral 4.

debe identificarse son los actores de los hechos, pues desafortunadamente muchos grupos o pandillas urbanas perpetúan estos actos por concepciones y prejuicios individuales o colectivos, ya sea porque son racistas, homofóbicos, etc. Frente a este escenario, es evidente que la acción se materializa a partir de una serie de complejos psicológicos erróneos que por supuesto nada tienen que ver con el desarrollo del conflicto armado colombiano, razón por la cual, en este caso en concreto debe imputarse el delito de homicidio agravado o hasta genocidio, diferentes al homicidio en persona protegida.

En segundo lugar, es relevante denotar el desarrollo de estas acciones, pues si ellas se derivan de un ataque sistemático y organizado por parte de un actor armado del conflicto es evidente que las víctimas ya son protegidas por el derecho internacional humanitario. En el contexto colombiano, muchas muertes atribuidas a los paramilitares de prostitutas, mendigos, personas de raza negra, homosexuales, se desarrollaban a partir de la concepción de que estos eran correos humanos, espías e informantes del “enemigo”, y por lo tanto perpetuaban sin vacilación alguna estos atroces homicidios.

Con lo anterior, “no se trata de meros casos aislados, sino de verdaderas empresas de eliminación de civiles en dinámicas de enemistad”⁵⁵ y por lo tanto, la conducta se adecua típicamente al artículo 135 del Código Penal, siendo absolutamente válido imputar el delito de homicidio en persona protegida, mas no homicidio agravado. Es importante mencionar el argumento precitado en el acápite anterior, pues podría alegarse eventualmente que los actos de limpieza social corresponden a hechos ajenos del desarrollo del conflicto armado y por lo tanto el derecho internacional humanitario no tendría cabida en el particular. Esto, a mi sentir contradice los precedentes sentados a nivel internacional y local, pues siempre y cuando los homicidios se lleven a cabo de manera sistemática y por un actor armado del conflicto para eliminar correos humanos o cualquier otra persona que no se acople a sus reglas como grupo armado, habrá una vulneración al derecho internacional humanitario, ya que el mismo contexto del conflicto juega un papel fundamental en la determinación de dichas acciones para evitar infiltraciones, espionajes o cualquier otro escenario de esta naturaleza en el campo militar.

Es importante entonces recordar que el tipo de penal de homicidio en persona protegida tiene un sujeto activo calificado, por lo que actos de limpieza social ejecutados por delincuencia común, pandillas o grupos al margen de la ley no se adecuan al mismo. Ahora bien, analizaremos con detalle la relación que existe entre este delito y las BACRIM como germen del paramilitarismo.

55 APONTE, ALEJANDRO (2011). *Persecución penal de crímenes internacionales*. Ed. Ibáñez, pág. 87.

6. LOS GRUPOS CRIMINALES NEOPARAMILIATARES DE COLOMBIA

6.1 Las BACRIM, actores latentes del conflicto armado colombiano

Para responder al análisis que hemos propuesto en el título de este subcapítulo es de vital importancia diferenciar primero que todo dos aspectos contiguos pero distintos, el jurídico y el político. Desde un punto de vista jurídico y valiéndonos del derecho internacional e incluso de lo que hemos estudiado en esta obra, es válido concluir que las bandas criminales o BACRIM⁵⁶ hacen parte del conflicto armado por las razones que a continuación se expondrán; pero desde el otro punto de vista, el costo político que tiene para el Estado reconocer a estas bandas como parte del conflicto armado es enorme, pues las consecuencias jurídicas, políticas y sociales impondrían un desafío para manejar una nueva etapa del conflicto armado y al mismo tiempo llevar a cabo Leyes tan importantes como la Ley de víctimas o la Ley de restitución de tierras.

Desde un prisma jurídico, las BACRIM, entendidas como un germen progresivo del paramilitarismo, reúnen los requisitos internacionales que se necesitan para ser parte del conflicto armado. No cabe duda sobre la existencia de una violencia generalizada e intensa que se produce especialmente en los departamentos del Chocó, Córdoba, Antioquia y Bolívar. El Estado colombiano no ha tenido la capacidad logística y militar para hacerle frente a estos grupos insurgentes y bloquear sus principales rutas del narcotráfico, de tal manera que pueda garantizar la seguridad en estas zonas del país. A diario muchos líderes comunitarios, indígenas y campesinos son asesinados⁵⁷ vilmente por cuenta

56 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Concepto sobre la solicitud de extradición formulada por el gobierno de los Estados Unidos de América respecto del ciudadano colombiano Edison Gómez Medina (M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández: marzo 20 de 2013). “Durante el período comprendido entre 2003 y 2005 se observó la creación de nuevos grupos paramilitares identificados por el gobierno colombiano como “bandas de criminales” o “Bacrim”, el acrónimo colombiano para las mismas. Estas bandas heredaron la estructura de las anteriores Fuerzas de Autodefensa Unidas de Colombia. (“Autodefensas Unidas de Colombia” o “AUC”), como también gran parte de los negocios de narcotráfico y armas de las AUC. Las Bacrim “Urabá” operan en el norte de Colombia en los departamentos de Antioquia, Córdoba, Magdalena, Bolívar, Atlántico y El Cesar. Medellín está situado en el departamento de Antioquia. La región del Golfo de Urabá está situada en los departamentos del Chocó y Antioquia, lindando con el departamento de Córdoba, Colombia. Bacrim - Urabá elabora y distribuye cocaína. Bacrim - Urabá también mantiene una fuerza permanente de guardias armados, muchos de los cuales son ex soldados de las AUC”.

57 MAYA, MAUREÉN. *Las cuentas no son tan alegres*. Informe anual de la corporación Arco Iris 2011. Febrero de 2012. Entre enero de 2007 y agosto de 2011 fueron asesinados 126 líderes de

de estas bandas, razón por la cual no podemos hablar apenas de disturbios o desórdenes sociales temporales.

En segundo lugar, además de la existencia de violencia generalizada producida por este grupo, las BACRIM están conformadas por una organización y estructura jerárquica compuesta por comandantes que cuentan con un dominio efectivo sobre los miembros de estas bandas. Es por ello que podemos hablar de un aparato organizado en estructuras de poder, que se caracteriza por ser ilegal, estructurado, jerarquizado y definido, y a su turno por la fungibilidad de los autores materiales de ilícitos.

Finalmente, las BACRIM cuentan con un control del territorio, y como ya se dijo, el Estado colombiano no ha logrado reprimir estas bandas y consolidar un dominio total sobre el mismo. Es bien sabido que las BACRIM ostentan su poder en las costas Caribe y Pacífica principalmente, y al mismo tiempo sus tentáculos arriban a zonas marginales de las grandes ciudades colombianas para controlar el tráfico de drogas e incorporar nuevos miembros a su organización.

Para ejemplificar lo anterior, recordamos el vil asesinato de dos jóvenes⁵⁸ estudiantes universitarios en el departamento de Córdoba a manos de estas bandas. Con lo anteriormente expuesto, las BACRIM constituyen un actor armado del conflicto, y por ende la aplicación del derecho internacional humanitario se hace perentoria, pues de lo contrario sería contradictorio aplicar tipos penales más laxos como “*concierto para delinquir*” u “*homicidio simple*” a miembros de estas bandas que antiguamente fueron parte del paramilitarismo sabiendo que su *modus operandi* es exactamente el mismo. Sin embargo, estudiemos el punto de vista político.

Bajo el lente de lo político, si clasificamos a las BACRIM como grupos delincuenciales organizados, significaría que las personas que han sido víctimas de sus crímenes no podrían hacerse acreedoras de los beneficios de la Ley de víctimas de 2011 que busca restituir tierras y ofrecer reparaciones⁵⁹. Por tanto, como lo afirma Mariel Pérez en su artículo, sería una “contradicción que mientras las BACRIM son causantes de desplazamiento forzado y cometen muchas otras

Derechos Humanos especialmente en Antioquia donde la cifra llegó a 36. Además se encuentran asesinados por estos grupos 380 líderes indígenas, particularmente 110 de ellos en el departamento de Nariño.

58 <http://www.elespectador.com/impreso/temadeldia/articulo-244648-mateo-y-margarita-un-adios-inmortal> (enero 21 de 2011).

59 PÉREZ, MARIEL. *Las BACRIM de Colombia comunes o actores del conflicto armado*. InSight Crime. Julio 23 de 2012.

violaciones que caen dentro de la Ley de víctimas, la ley misma excluya a las víctimas de violaciones cometidas por fuera del contexto del conflicto armado. De esta forma, es posible afirmar que dicha caracterización de las BACRIM deja sin acceso a miles de víctimas a un importante mecanismo de justicia⁶⁰.

En contra de lo dicho, podría pensarse que la inclusión de las BACRIM en el conflicto armado traería un costo político significativo, pues aparte de reconocer su poderío, presencia y estructura militar en algunas zonas del país, podrían verse inmiscuidas en un eventual proceso de paz en donde puedan exigir beneficios y prerrogativas para dejar las armas, escenario por el cual el Estado podría verse doblegado de alguna forma ante sus pretensiones políticas. No obstante, el papel que juegan las BACRIM en nuestro conflicto es evidente y no se puede evitar.

Para culminar este estudio, los crímenes atroces que cometen las BACRIM ilustran la continuidad de actos propios del paramilitarismo, su estructura orgánica y control que ejercen en algunas zonas del territorio nacional se encuentran comprobados, por ello es razonable, en aras de proteger a los civiles, reconocer a las BACRIM como parte del conflicto, pues ello implicaría la protección inmediata y de facto del derecho internacional humanitario a estos ciudadanos indefensos, es decir, reconocer a las BACRIM parte del conflicto no para certificar su poderío sino como un esfuerzo para priorizar los derechos de las víctimas⁶¹ que les asiste el Derecho Internacional Humanitario.

6.2 Matices en la aplicación del homicidio en persona protegida respecto a las BACRIM

Teniendo claros los argumentos por los cuales es razonable reconocer a las bandas criminales como parte del conflicto armado, citamos como efecto principal en materia penal la aplicación directa del título segundo de la parte especial del Código Penal: *De los delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario*. Este escenario representa pues, “un reconocimiento de las graves violaciones a los derechos humanos que cometen estos grupos, otorgándoles a sus víctimas un acceso más completo a los mecanismos de justicia”⁶².

Con ocasión del título ya mencionado, es jurídicamente posible aplicar, imputar y juzgar a un miembro de las bandas criminales por el delito de homicidio

60 Ibidem.

61 Ibidem.

62 Ibidem.

en persona protegida, cuya sanción debido a su alcance internacional es mucho mayor. Sin embargo, frente al particular se suscitan matices que ponen en tela de juicio la aplicación absoluta de este tipo penal, pues hay actuaciones delictivas de las bandas criminales que se centran en su financiación y otras actividades propias de la delincuencia común y no del conflicto armado, razón por la cual el operador judicial consciente de la complejidad de la situación, debe ser muy cuidadoso para aplicar uno u otro tipo penal. Al respecto se ha pronunciado la Corte Constitucional reconociendo lo complicado de la situación y en especial al momento de distinguir los beneficiarios de la Ley de víctimas:

“Como se ha dicho, existen elementos objetivos que permiten encuadrar ciertas conductas dentro del conflicto, y hay extremos en los que, por el contrario, también resulta claro que se está frente a actos de delincuencia común no cubiertos por las previsiones de la ley. En el medio existen zonas grises, que no es posible predeterminar de antemano, pero en relación con las cuales si es posible señalar que no cabe una exclusión a priori, con base en una calificación meramente formal, y que en el análisis de cada caso debe procederse, a tono con el objetivo mismo de la ley, con un criterio que tienda a proteger a las víctimas. Esto es, probada la existencia de una afectación grave de derechos humanos o de una infracción de las normas del derecho humanitario, en caso de duda sobre la inserción de la conducta lesiva en el marco del conflicto, debe darse prevalencia a la interpretación en favor de la víctima”⁶³.

Teniendo en cuenta este pronunciamiento, concluimos pues que el operador judicial debe tener en cuenta la fuente del acto delictivo y si ella es natural del conflicto armado aplicamos los delitos contra las personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, o si son ilícitos propios de la delincuencia común aplicamos el tipo penal correspondiente de acuerdo con un juicio de adecuación típica, y en caso de duda o incertidumbre *debe darse prevalencia a la interpretación en favor de la víctima*, lo que a mi sentir quiere indicar una aplicación del derecho internacional humanitario. Estamos pendientes pues de diferentes pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia que nos ayuden a ilustrar el tema y aclarar zonas grises o vacíos que puedan presentarse, pues las BACRIM son grupos relativamente nuevos cuyos procesos penales no se han finiquitado en gran parte.

63 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-253A de 2012 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza: marzo 19 de 2012).

CONCLUSIONES

En razón del estudio anterior, no hay duda sobre la importancia del homicidio en persona protegida a nivel universal. El hecho de que este tipo penal se encuentre tipificado en Colombia y en otras legislaciones penales del mundo es fruto de un avance significativo de la humanidad en el siglo XX, cuyo motor desafortunadamente no fue impulsado por una ideología civilizada, consuetudinaria, social o doctrinal, sino que fue un avance inspirado en guerras y conflictos cuyo desarrollo salvaje e inhumano sembró en el hombre y en las naciones del mundo la idea de no concebir la guerra como una figura absoluta sino como un fenómeno que debe ser regulado, limitado y humanizado.

La persecución penal del homicidio en persona protegida en Colombia enfrenta diversos obstáculos que deben ser estudiados y superados por el operador judicial, pues no es permisible que frente a un hecho claro de homicidio en persona protegida la defensa pueda formular una teoría interpretativa “amparada” en el principio de legalidad con el fin de lograr una condena más laxa para el defendido. A su turno, es perentoria la necesidad de garantizar la independencia de los órganos judiciales y de investigación, para que no estén politizados, con el objeto de lograr una investigación seria y expedita, y que los juicios inspiren justicia y confianza en la sociedad y la comunidad internacional, y sobre todo, que las víctimas tengan un rol importante y dinámico para acceder a una justicia y reparación acordes con el daño recibido.

A su turno, el Derecho Internacional Humanitario debe estar a la vanguardia de los diferentes escenarios que puedan llegar a presentarse fruto de mutaciones que sufra el conflicto armado colombiano. Hechos nefastos y feroces como los falsos positivos, la limpieza social o las bandas criminales deben ser reportados a la comunidad internacional y reprochados por el DIH, pues estos actos –en el caso de los dos primeros– a pesar de no presentarse en medio de un combate si se materializan teniendo en cuenta el contexto del conflicto armado como *móvil* principal. Y así mismo, las bandas criminales son precisamente la continuación de estructuras criminales paramilitares y por lo tanto se les debe juzgar como actores del conflicto armado.

Finalmente, la tarea del Estado colombiano y el DIH es muy difícil pero compete a todas las instituciones del Estado y la comunidad internacional; lograr que los jóvenes reclutados que hacen parte del conflicto dejen las armas y puedan tener acceso a la educación básica, técnica o superior, ejecutar programas técnicos y de trabajo social para encaminar sus habilidades no en la guerra sino en la cultura, el deporte y el conocimiento, para que algún día podamos verlos todos unos empresarios de sus cualidades y no de la droga, las armas y la vida.

BIBLIOGRAFÍA

- AMBOS, KAI; MALARINO, EZEQUIEL; WOISCHINK, JAN (editores). *Temas actuales de derecho penal internacional, contribuciones de América Latina, Alemania y España*. Edit. IBCCRIM. Montevideo.
- APONTE, ALEJANDRO (2007). *Análisis crítico de la Jurisprudencia Penal Nacional de Crímenes Internacionales: el caso colombiano*. Hamburg, Edit. LateinamerikaAnalysen.
- APONTE, ALEJANDRO (2011). *Persecución penal de crímenes internacionales*. Bogotá, Edit. Ibáñez.
- BARRETO, HERNANDO (2011). *Lecciones de Derecho Penal parte especial*. Bogotá. Universidad externado de Colombia.
- Comité Internacional de la Cruz Roja (s.f.). *La pertinencia del DIH en el contexto del terrorismo*. Recuperado el 25 de abril de 2013, de <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/6fsjl7.htm>
- Comité Internacional de la Cruz Roja (s.f.). *Los convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales*. Recuperado el 30 de abril de 2013, de Guerra y Derecho: www.icrc.org/spa/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/overview-geneva-conventions.htm
- Constitución Política de Colombia. Julio 7 de 1991. Código Penal de Colombia. Ley 599 de 2000.
- Corporación Nuevo Arco Iris (1 de febrero de 2011). Política y violencia en 2011. Recuperado el 22 de abril de 2013, de *Las cuentas no son tan alegres*, edición 00292.
- Corte Constitucional. Sentencia C-225 de 1995. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Corte Constitucional. Sentencia C-291 de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional. Sentencia C-576 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. Sentencia C-191 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. Sentencia C-295 de 1993. M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 19 de mayo de 2010. Radicado No. 29075. M.P. José Leonidas Bustos.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Colisión de competencia del 2 de diciembre de 2008. Radicado No. 30743. M.P. José Leónidas Bustos.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Colisión de competencia, 16 de septiembre de 2009. Radicado 32583. M.P. Jorge Luis Quintero-Milanes.
- I Convenio de Ginebra de 1949, para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña.
- II Convenio de Ginebra de 1949, para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar.
- III Convenio de Ginebra de 1949, trato debido a los prisioneros de guerra.
- IV Convenio de Ginebra de 1949, para la protección debida de los civiles en tiempos de guerra. Protocolos adicionales I, II y III a los Convenios de Ginebra de 1949.
- HENCKAERTS, JEAN-MARIE. *Estudio de la costumbre internacional en el Derecho Humanitario*. International Review.

- International Law*: Revista Colombiana de Derecho Internacional No. 17 (jul.-dic. 2010), p. 13-62, *Persecución penal nacional del homicidio en persona protegida alcances y límites del derecho penal en contextos de justicia transicional*. Aponte Cardona, Alejandro David.
- MONROY, GERARDO (2011). *Derecho Internacional Público*. Bogotá. Editorial Temis. MONROY, GERARDO (2011). *Introducción al derecho penal internacional*. Bogotá. Editorial Legis.
- OLASOLO, ALONSO (2007). *Ataques contra persona o bienes civiles y ataques desproporcionados*. Valencia. Edit. Tirant lo Blanch.
- PABÓN, PEDRO ALFONSO (2002). *Manual de Derecho Penal*. Bogotá. Ediciones Doctrina y Ley ltada.
- PORTILLA, GUILLERMO (2012). *El derecho penal de la libertad y la seguridad*. Madrid. Edit. Iustel.
- Rama Judicial del Poder Público. Juzgado segundo penal del circuito especializado de descongestión. Sentencia del 18 de octubre de 2007. Referencia 1300131 07001-2005-00047-01. Juez José Nirio Sánchez.
- RODRÍGUEZ, P.S. (1 de marzo de 2012). *Corporación viva la ciudadanía*. Recuperado el 20 de abril de 2013, de *Las bandas criminales y la ley de víctimas*: www.viva.org.co/cajavirtual/svc0292/articulo01.html
- VELÁSQUEZ, FERNANDO (2009). *Derecho Penal. Parte general*. Bogotá. Librería jurídica COMLIBROS.
- TORRES, MARÍA (2008). *La responsabilidad internacional del individuo por la comisión de crímenes de lesa humanidad*. Valencia. Ed. Tirant Monografias, 521.

