

BOLETÍN # 19 DEL OBSERVATORIO SOBRE LA JEP

6 de agosto de 2020

Comisión Colombiana de Juristas

Consejo Editorial

Gustavo Gallón, Director

Ana María Rodríguez, Subdirectora

Julián González, Coordinador de incidencia nacional

Javier Galindo, Coordinador de litigio internacional

Juan Carlos Niño, Coordinador de litigio nacional

Daniel Vargas, Subcoordinador de representación de víctimas ante la JEP

Juan Carlos Ospina, Asesor jurídico

Sebastián Bojacá, Abogado de litigio nacional

Paola Sánchez, Comunicadora

Relatora

Enith Bula, Abogada y politóloga del área de incidencia nacional

Boletín # 19. Infracciones al derecho internacional humanitario y crímenes de guerra: análisis de la Sentencia 168 de 2020 de la Sección de Apelación

El presente boletín aborda la relación entre las infracciones al derecho internacional humanitario (DIH) y los crímenes de guerra, a partir del análisis de la Sentencia 168 de 2020 de la Sección de Apelación de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP). Para ello, se divide en cuatro partes. En la primera, se explica brevemente el concepto de crímenes de guerra. En la segunda, se analiza la posibilidad de que estos crímenes se configuren en conflictos armados no internacionales (CANI). En la tercera, se analiza qué infracciones al DIH pueden constituir crímenes de guerra. En la última, se hace referencia a los criterios que permiten distinguir las infracciones graves (crímenes de guerra) de las infracciones simples al DIH.

1. Los crímenes de guerra

El artículo 6-b del [Estatuto de los Tribunales de Nuremberg](#) (1945) estableció que eran crímenes de guerra las “violaciones de las leyes o usos de la guerra”. Después, el artículo 1-b de la [Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad](#) (1968) se refirió a las graves infracciones a los [Convenios de Ginebra de 1949](#) como crímenes de guerra. A su vez, el artículo 85-5 del [Protocolo I Adicional](#) (1977) a los Convenios de Ginebra señaló que “[s]in perjuicio de la aplicación de los Convenios y del presente Protocolo, las infracciones graves de dichos instrumentos se considerarán como crímenes de guerra”. Asimismo, de acuerdo con la [Norma consuetudinaria 156 del DIH](#), “[l]as violaciones graves del derecho internacional humanitario constituyen crímenes de guerra”.

Por su parte, el [Estatuto de Roma](#) tipificó en el derecho penal internacional los crímenes de guerra y distinguió los que pueden cometerse en conflictos armados internacionales¹ (CAI) y en CANI². Estos últimos fueron establecidos en el Estatuto como “violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949” (artículo 8-c) y “violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional” (artículo 8-e). Siguiendo el Estatuto, los crímenes de guerra tienen dos elementos contextuales. El primero es “[q]ue la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él”³. El segundo es “[q]ue el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado”, es decir, “se exige el conocimiento de las circunstancias de hecho que hayan determinado la existencia de un conflicto armado”⁴.

¹ La [Cruz Roja Internacional](#), a partir de la interpretación del artículo 2 común de los Convenios de Ginebra de 1949 y la jurisprudencia de los tribunales internacionales, señala que “[e]xiste un conflicto armado internacional cuando se recurre a la fuerza armada entre dos o más Estados” (cursivas del texto original). Cruz Roja Internacional (2008), *Cuál es la definición de “conflicto armado” según el derecho internacional humanitario?*, disponible en: <https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict-es.pdf>, p. 6.

² La [Cruz Roja Internacional](#), a partir de la interpretación del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949, el artículo 1 de su Protocolo II Adicional y la jurisprudencia de los tribunales internacionales, señala que son conflictos armados no internacionales los “enfrentamientos armados prolongados que ocurren entre fuerzas armadas gubernamentales y las fuerzas de uno o más grupos armados, o entre estos grupos, que surgen en el territorio de un Estado [Parte en los Convenios de Ginebra]. El enfrentamiento armado debe alcanzar un nivel mínimo de intensidad y las partes que participan en el conflicto deben poseer una organización mínima” (cursivas del texto original). Cruz Roja Internacional (2008), *Cuál es la definición de “conflicto armado” según el derecho internacional humanitario?*, disponible en: <https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict-es.pdf>, p. 6.

³ [Elementos de los crímenes del Estatuto de Roma](#).

⁴ [Elementos de los crímenes del Estatuto de Roma](#).

Atendiendo a lo señalado, los crímenes de guerra son graves infracciones al DIH⁵, en particular, a los Convenios de Ginebra de 1949, sus Protocolos Adicionales I y II, y las leyes, costumbres y usos de la guerra. Al momento de determinar las normas de DIH infringidas en cada caso, debe tenerse en cuenta si este ocurre en un CAI o en un CANI.

2. Las graves infracciones al DIH constituyen crímenes de guerra. Su impacto sobre el Código Penal

En la Sentencia 168 de 2020, la Sección de Apelación tuvo la oportunidad de estudiar el caso de un ex miembro de las FARC-EP que fue condenado por la jurisdicción ordinaria como coautor de homicidio de agravado contra un agente de policía. El ex combatiente había presentado solicitud de amnistía por el mencionado delito ante la Sala de Amnistía o Indulto (SAI), y esta la había negado por considerar que se trataba de un caso de homicidio en persona protegida que constituía un crimen de guerra, decisión que fue apelada por el ex combatiente.

Cuando el caso llegó a la Sección de Apelación, esta analizó si toda infracción el DIH constituye un crimen de guerra. Siguiendo los artículos 49 y 50 de los Convenios de Ginebra de 1949⁶ y el artículo 85-5 de su Protocolo I Adicional, la Sección señaló que solo las graves infracciones al DIH constituyen crímenes de guerra, interpretación que es coherente con lo establecido en el DIH y en el derecho penal internacional, como se señaló en el primer apartado.

Al definir este punto, la Sección consideró que no todos los delitos contemplados en el título II del capítulo I del Código Penal⁷ son crímenes de guerra, sino solo aquellos que constituyan graves infracciones al DIH. Al afirmar esto, la Sección problematizó la forma en que este asunto ha sido entendido en parte de la doctrina y la jurisprudencia penal, que ha afirmado que

⁵ De acuerdo con la Cruz Roja Internacional, el derecho internacional humanitario se entiende como: “*El derecho internacional humanitario es el cuerpo de normas internacionales, de origen convencional o consuetudinario, específicamente destinado a ser aplicado en los conflictos armados, internacionales o no internacionales, y que limita, por razones humanitarias, el derecho de las Partes en conflicto a elegir libremente los métodos y los medios utilizados en la guerra, o que protege a las personas y a los bienes afectados, o que pueden estar afectados, por el conflicto*” (cursivas del texto original).

⁶ El inciso 1 del artículo 49 de los Convenios de Ginebra de 1949 señala que: “Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio definidas en el artículo siguiente”. A su vez, el artículo 50 de los Convenios de Ginebra de 1949 establece que: “Las infracciones graves a las que se refiere el artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes, si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio: el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la destrucción y la apropiación de bienes, no justificada por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente”.

⁷ Los tipos penales contenidos en el título II del capítulo I del Código Penal son: homicidio en persona protegida, lesiones en persona protegida, tortura en persona protegida, actos de discriminación racial, acceso carnal violento en persona protegida, acceso carnal abusivo en persona protegida menor de catorce años, esclavitud sexual en persona protegida, prostitución forzada en persona protegida, embarazo forzado en persona protegida, esterilización forzada en persona protegida, actos sexuales violentos en persona protegida, actos sexuales con persona protegida menor de catorce años, desnudez forzada en persona protegida, aborto forzado en persona protegida, trata de personas en persona protegida con fines de explotación sexual, utilización de medios y métodos de guerra ilícitos, toma de rehenes, reclutamiento ilícito, constreñimiento a apoyo bélico, destrucción y apropiación de bienes protegidos, destrucción de bienes e instalaciones de carácter sanitario, destrucción o utilización ilícita de bienes culturales y de lugares de culto, ataques contra obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas, atentados a la subsistencia y devastación, despojo en el campo de batalla, exacción o contribuciones arbitrarias, destrucción del medio ambiente, detención ilegal y privación del debido proceso, obstaculización de tareas sanitarias y humanitarias, perfidia, tratos inhumanos, degradantes y experimentos biológicos en persona protegida, actos de barbarie, represalias, actos de terrorismo, omisión de medida de socorro y asistencia humanitaria, omisión de medidas de protección a la población civil y deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil.

los delitos del [título II del capítulo I del Código Penal](#) tipifican infracciones graves al DIH y son crímenes de guerra. La Sección de Apelación concluyó que al valorar dichos delitos se debe estudiar su gravedad para determinar si constituyen crímenes de guerra, y que, en todo caso, conductas no establecidas en dicho Código también pueden ser crímenes de guerra, en apoyo del DIH y del derecho penal internaional como fuentes aplicables de acuerdo con el artículo transitorio 5 del Acto Legislativo 1 de 2017.

3. Los crímenes de guerra en los conflictos armados no internacionales

En la sentencia la Sección de Apelación también analizó si los crímenes de guerra pueden configurarse en CANI. Según el estudio desarrollado por la Sección, el [Estatuto de Roma](#), en su artículo 8, estableció claramente que algunas infracciones al DIH cometidas en CANI podían constituir crímenes de guerra. Al hacerlo, el Estatuto recogió una práctica internacional consolidada consuetudinariamente, que tuvo en cuenta la jurisprudencia de tribunales internacionales sobre la materia. Esto aunque al principio el DIH no contemplaba la posibilidad de que se configurasen crímenes de guerra en los CANI; de hecho, el [artículo 3 común](#) de los Convenios de Ginebra y el [Protocolo Adicional II](#) no lo estipulaban expresamente.

Esta interpretación de la Sección de Apelación concuerda con lo señalado expresamente en el Estatuto de Roma y con el hecho de que el DIH sea aplicable en CAI y CANI. Además, es una posición coherente con el derecho interno colombiano, en el que se ha entendido que pueden perpetrarse crímenes de guerra en el conflicto armado interno. Precisamente, y así lo destaca la Sección, la importancia que tiene definir si el caso que se estudia en la Sentencia 168 de 2020 es un crimen de guerra radica en que, según el marco jurídico que regula la JEP, dichas conductas no pueden ser amnistiables⁸.

4. Criterios de gravedad para identificar los crímenes de guerra entre las distintas infracciones al DIH: un asunto por clarificar

Como se mencionó, no toda infracción al DIH constituye un crimen de guerra, solo las graves infracciones. Por lo tanto, es importante conocer cuáles son los criterios para determinar la gravedad de una infracción al DIH y considerar que constituye un crimen de guerra. Sobre el tema, la Sección señaló tres criterios para valorar la gravedad:

Los criterios concurrentes y orientadores que deben emplear las salas de justicia de la JEP para calificar un acto como crimen de guerra son, entonces, los siguientes:

1. Que se trate de un acto cometido en el contexto de un conflicto armado de carácter internacional o no internacional en los términos del inciso 1o del artículo 62 de la LEJEP [Ley Estatutaria de la JEP].
2. Que el acto constituya una violación de una norma del derecho internacional humanitario aplicable al respectivo conflicto.
3. Que se trate de una vulneración de una entidad significativa, de manera que supere el umbral de seriedad o gravedad necesario, esto implica que se afecten intereses fundamentales para las víctimas –individuos, colectivos o sociedad–, produciendo una lesión o puesta en peligro con significado social de sus derechos fundamentales. No debe confundirse la exigencia de que la infracción sea grave, lo que versa sobre la naturaleza del crimen de guerra, con la gravedad como criterio de selección, contenido

⁸ Sobre el otorgamiento de amnistías en la JEP, ver el [Boletín # 10](#).

en el artículo 19 de la LEJEP [Ley Estatutaria de la JEP]. En este último caso se trata de una calificación sobre la posibilidad de la JEP de priorizar un caso por el grado de afectación de derechos y su violencia y sistematicidad, por lo que podría haber crímenes de guerra, de competencia de esta jurisdicción especial, que no sean seleccionados, en tanto no reúnen las condiciones establecidas en el artículo 19 ya citado”⁹.

Respecto a estos tres criterios, se observa que aún no permiten establecer con suficiente claridad el nivel de gravedad de las infracciones al DIH para identificar los crímenes de guerra. Así, los primeros dos criterios no ofrecen ninguna valoración adicional a la que permite determinar si una conducta constituye una infracción al DIH, porque: 1) toda infracción al DIH ocurre en el marco de un conflicto armado y 2) toda infracción al DIH supone una violación de una norma del DIH aplicable. Es decir, ambos criterios están presentes en todas las infracciones al DIH.

El tercer criterio es el más apto para determinar la gravedad de las infracciones al DIH, pues señala que estas superan el umbral de gravedad necesario para ser crímenes de guerra cuando afectan intereses fundamentales para las víctimas y generan una lesión o riesgo “con significado social” de sus derechos fundamentales. Sin embargo, no es completamente claro: (1) a qué se refiere el término “con significado social” como adjetivo valorativo de los derechos fundamentales; (2) cuál es la diferencia entre intereses fundamentales y derechos fundamentales; y (3) qué infracciones al DIH no generan una vulneración de derechos fundamentales de las víctimas.

Un ejemplo de infracción al DIH simple que ofrece la Sección para clarificar este punto es el siguiente: “actos como no dar cigarrillos a un prisionero de guerra no tienen una connotación de gravedad suficiente, al no afectar intereses fundamentales de la víctima”¹⁰. Otro ejemplo, citado por la Sección de Apelación de la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, es el siguiente: “el hecho de que un combatiente simplemente se apropie de una hogaza de pan en una aldea ocupada no equivaldría a una “violación grave del derecho internacional humanitario”, aunque puede considerarse que incumple el principio básico establecido en el artículo 46, párrafo 1, del Reglamento de La Haya (...)”¹¹. En este ejemplo también puede pensarse que la conducta no es materialmente antijurídica porque la lesión al bien jurídico es irrelevante penalmente y no se cumplen las exigencias del principio de lesividad.

A su vez, la Sección afirmó que, de acuerdo con el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, un crimen de guerra debe constituir una violación seria a una regla del DIH, “esto es vulnerar una norma que protege valores importantes y con consecuencias significativas para la víctima”¹². Citando la jurisprudencia de este Tribunal, la Sección también señaló que “*el daño grave no necesita causar un daño permanente e irremediable, pero debe involucrar un daño que va más allá de la infelicidad, la vergüenza o la humillación temporales. Debe ser un daño que resulte en una grave desventaja a largo plazo para la capacidad de una persona de llevar una vida normal y constructiva*”

⁹ Sección de Apelación, Sentencia 168 de 2020, párr. 53.

¹⁰ Sección de Apelación, Sentencia 168 de 2020, pie de página 79.

¹¹ Sección de Apelación, Sentencia 168 de 2020, pie de página 70.

¹² Sección de Apelación, Sentencia 168 de 2020, párr. 48.

(cursivas del texto original)¹³. Desde una lectura que integre los ejemplos y elementos mencionados, el tercer criterio planteado por la Sección puede entenderse como la valoración sobre: 1) si el derecho o el interés de la víctima que se afecta es fundamental; y 2) si la afectación tiene consecuencias *significativas* para las víctimas, es decir, le causa daños que afectan su capacidad para llevar una vida normal en el largo plazo o generan lesiones o puestas en peligro penalmente relevantes de sus bienes jurídicos.

Adicionalmente, de la sentencia se extraen otros criterios de valoración sobre la gravedad, que pueden complementar los señalados. Así, la Sección señaló que “los crímenes de guerra deben vulnerar normas y valores de importancia para la comunidad internacional. No basta con que se viole la normativa doméstica, ya que ello no es suficiente para considerar la conducta como grave”¹⁴. De acuerdo con esto, un criterio complementario sería valorar si la conducta viola una norma del DIH que se considera *importante* para la comunidad internacional; “[d]e lo contrario, si no se da este requisito, bastaría con la persecución doméstica para actos que se deberían considerar como crímenes comunes”¹⁵.

Además, la Sección indicó que son ejemplos claros de crímenes de guerra, que ni siquiera requieren una valoración de su gravedad, los casos de homicidio en persona protegida y violencia sexual cometida con ocasión y en desarrollo del conflicto armado¹⁶. En esa medida, otro criterio complementario, e incluso previo a la valoración de la gravedad de las infracciones al DIH, sería verificar si las conductas analizadas encuadran en los crímenes de guerra establecidos en el Estatuto de Roma, en particular, en los artículos 8-c y 8-e para CANI y sus elementos.

En conclusión, se observa que en la Sentencia 168 de 2020 de la Sección de Apelación se encuentran criterios valorativos relevantes para identificar los crímenes de guerra como aquellas graves infracciones al DIH, tales como: a) la afectación de un derecho fundamental o interés fundamental de las víctimas; b) la causación de una afectación significativa o daño a largo plazo; c) la generación de una lesión o puesta en peligro del bien jurídico que sea relevante desde el punto de vista penal; d) la violación de una norma del DIH importante para la comunidad internacional; y e) el encuadramiento de la conducta en los crímenes de guerra del Estatuto de Roma. Sin embargo, es deseable que la Sección de Apelación clarifique en próximos casos la metodología de análisis y los criterios valorativos de la gravedad de las infracciones del DIH que constituirían crímenes de guerra.

¹³ Sección de Apelación, Sentencia 168 de 2020, citando al Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (*Prosecutor v Naletilic & Martinovic*), pie de página 78.

¹⁴ Sección de Apelación, Sentencia 168 de 2020, párr. 53.

¹⁵ Sección de Apelación, Sentencia 168 de 2020, párr. 50.

¹⁶ Sección de Apelación, Sentencia 168 de 2020, párr. 54.