

**APROXIMACIÓN AL ESTUDIO DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO
INTERNACIONAL HUMANITARIO EN EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO
COLOMBIANO. REFERENCIA AL HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA**

PILAR PATRICIA RUIZ OREJUELA

**UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
BOGOTÁ D.C.
ABRIL 2013**

**APROXIMACIÓN AL ESTUDIO DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO
INTERNACIONAL HUMANITARIO EN EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO
COLOMBIANO. REFERENCIA AL HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA**

PILAR PATRICIA RUIZ OREJUELA

Trabajo de grado para optar al título de Magíster en Derecho Administrativo

Tutor

Dr. MAURICIO VANEGAS MOYANO

**UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
BOGOTÁ D.C.
ABRIL 2013**

CONTENIDO

pág.

INTRODUCCIÓN.....	7
METODOLOGÍA PARA ESTABLECER LA APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO EN EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO COLOMBIANO	12
1. EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO.....	21
1.1 NOCIÓN.....	21
1.1.1 Derecho Internacional Humanitario Convencional y Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario	24
1.2 PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO.....	27
1.2.1 Principios Fundamentales	27
1.2.2 Principios Comunes al derecho de Ginebra y a los derechos humanos	29
1.2.3 Principios aplicables a las víctimas de los conflictos (Ginebra).....	31
1.2.4 Principios propios del derecho de la guerra	31
1.3 NATURALEZA DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO.....	35
1.4 CONFLICTOS ARMADOS SIN CARÁCTER INTERNACIONAL	42
1.5 ÁMBITO DE APLICACIÓN GEOGRÁFICO, MATERIAL y TEMPORAL DEL DIH	62
1.6 EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO	67
1.7 CARÁCTER JUS COGENS DE LAS NORMAS DEL DIH.....	69
1.8 EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD.....	75
1.8.1 Incorporación de la costumbre del derecho internacional en el derecho constitucional colombiano	80
1.9 SANCIÓN DE LAS INFRACCIONES AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO.....	84

2.	EL DERECHO ADMINISTRATIVO DISCIPLINARIO Y LAS INFRACCIONES AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO ANTES Y DURANTE LA VIGENCIA DE LA LEY 200 DE 1995	96
2.1	LAS INFRACCIONES AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO ANTES DE LA LEY 200 DE 1995	96
2.1.1	Expediente n° 008-145867-1993.....	97
2.1.2	Expediente n° 008-147452.....	107
2.2	LAS INFRACCIONES AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO DURANTE LA VIGENCIA DE LA LEY 200 DE 1995.....	111
2.3	CASOS PRÁCTICOS REVISADOS A LA LUZ DE LA LEY 200 DE 1995.....	116
2.3.1	Expediente n° 008 – 92025-2003.....	117
2.3.2	Expediente n° 008-78156-2002.....	121
2.3.3	Expediente n° 155 – 61142-2001	125
2.3.4	Expediente n° 009 – 45452-2000.....	127
2.3.5	Expediente n° 008 – 69595-2003.....	130
3.	DERECHO ADMINISTRATIVO DISCIPLINARIO	135
3.1	NATURALEZA Y FINALIDAD	135
3.1.1	Finalidad del derecho administrativo disciplinario frente a las infracciones al DIH.....	144
3.2	ESTRUCTURA DE LA FALTA DISCIPLINARIA	149
3.3	ELEMENTOS QUE CONFIGURAN LA FALTA DISCIPLINARIA	151
4.	LAS VIOLACIONES AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO A LA LUZ DE LA LEY 734 DE 2002. ASPECTOS DOGMÁTICOS.....	154
4.1	EL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY Y DE LEGALIDAD	154
4.2	PRINCIPIO DE TIPICIDAD	158

4.2.1	Miembros de la Fuerza Pública –Sujeto Activo de la comisión de Violaciones al Derecho internacional Humanitario.....	170
4.2.1.1	La posición de garante de los miembros de la fuerza pública	178
4.2.1.2	Expediente n° 008-128241-2005	181
4.2.2	El conflicto armado en el proceso de adecuación típica disciplinaria	184
4.2.2.1	El conflicto armado colombiano, como presupuesto para la aplicación de las normas humanitarias	184
4.2.2.2	La existencia de un conflicto armado en Colombia. ¿Quién la determina?	191
4.2.3	Infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario	198
4.2.4	Persona Protegida por el Derecho Internacional Humanitario – Población Civil	204
4.2.5	Casos prácticos decididos a la luz de la Ley 734 de 2002.....	217
4.2.5.1	Expediente n° 008-98537-2004	217
4.2.5.2	Expediente n° 008-108811-2004	220
4.2.5.3	Expediente n° 002-170314-2008	223
4.2.5.4	Expediente n° 008-91217-2003	227
4.2.5.5	Expediente n° 155-113446-2006	230
4.2.6	Aplicabilidad del Derecho Internacional Humanitario a situaciones de crimen organizado	234
4.3	LA CULPABILIDAD EN MATERIA DISCIPLINARIA	239
4.3.1	Noción	239
4.3.2	Casos prácticos.....	248
4.3.2.1	Expediente n° 155-151975-2006	248
4.3.2.2	Expediente n° 008-95138-2003	257
4.4	ILICITUD SUSTANCIAL.....	262
4.4.1	Noción	262
	CONCLUSIONES	269
	REFERENCIAS	274

FUENTES LEGALES Y JURISPRUDENCIA	274
FALLOS DISCIPLINARIOS	275
BIBLIOGRAFÍA	281
Otros Conceptos	286
Artículos en Internet.....	286

INTRODUCCIÓN

La eficacia de las normas jurídicas hace referencia principalmente a su cumplimiento y observancia por parte del conglomerado social al que están dirigidas. Como criterio de valoración, anota Norberto Bobbio: “el problema de la eficacia nos lleva al terreno de la aplicación de las normas jurídicas, o sea al terreno de los comportamientos efectivos de los hombres que viven en sociedad, de sus intereses opuestos, de las acciones y reacciones frente a la autoridad, y da lugar a las investigaciones en torno a la vida del derecho, en su nacimiento, en su desarrollo, en sus cambios, investigaciones que de ordinario están relacionadas con el análisis de carácter histórico y sociológico”¹

Este concepto, implica además del efecto producido entre los destinatarios de la norma, la aplicación que hace el juez de la misma. En esta investigación, es precisamente éste el aspecto que se propone analizar y revisar, siendo el objeto de estudio, examinar la aplicación que el derecho administrativo disciplinario ha efectuado con relación a las normas reguladoras de conductas que constituyen infracciones graves al derecho internacional humanitario y su eficacia como mecanismo sancionador de las mismas conductas, a propósito del conflicto armado presentado en Colombia.

El derecho administrativo disciplinario, sin duda se ha convertido en una herramienta excepcional para prevenir, pero más aún para perseguir y sancionar las conductas, de servidores públicos y particulares que ejercen funciones públicas, contrarias a los principios y fines que rigen el ejercicio de la función pública, que como reiteradamente se ha señalado, no son otros que los principios y fines que definen el Estado Social de Derecho y que en últimas están previstos para salvaguardar el interés general.

¹ BOBBIO, Norberto, Teoría General del Derecho, Editorial Temis, Bogotá 1997 Pág. 25

En efecto, el derecho disciplinario como una forma de derecho sancionador que es, tiene a su disposición un instrumento o arma eficaz a la hora de influir en el comportamiento de quienes se encuentran al servicio del Estado, “la sanción disciplinaria” revestida con una doble función, correctiva y preventiva. Con frecuencia se conoce de sanciones disciplinarias que incluso conllevan la destitución del cargo y la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas cuando el sujeto disciplinable incurre en faltas con las que de manera grave infringe sus deberes funcionales. Estas conductas por lo general se relacionan con el manejo inadecuado del presupuesto, la celebración indebida de contratos, el tráfico de influencias, la violación de derechos humanos, entre otras.

Sin embargo debe precisarse desde ya, que si bien se reconoce la importante y trascendental función del derecho disciplinario en la persecución de tales conductas, en el ámbito específico de las infracciones al derecho internacional humanitario y de las violaciones a los derechos humanos, la órbita del derecho disciplinario se circunscribe a la infracción de deberes de quienes se encuentran en una relación de especial sujeción con el Estado, quedando fuera de su alcance lo que atañe a la vulneración de bienes jurídicos y a la reparación del daño de las víctimas, aspectos reservados a las jurisdicciones penal y contenciosa administrativa, siendo imperiosa su efectividad para efectos de considerar en el ámbito internacional que el Estado Colombiano cumple con las obligaciones que en esa materia tiene atribuidas. Con todo, las investigaciones disciplinarias contribuyen al esclarecimiento de los hechos materia de investigación y a lograr la consecución de la verdad y la justicia.

En ese contexto, se pretende estudiar cómo ha operado el derecho administrativo disciplinario frente a un tema muy específico, las “infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario”, consagradas como falta disciplinaria gravísima en el numeral 7° de la Ley 734 de 2002. Anótese que con el fin de delimitar el objeto de investigación, el estudio se reducirá a la conducta de “homicidio en persona

protegida” por el derecho internacional humanitario y para delimitarlo aún más, solamente se estudiara esa conducta respecto de la “población civil”.

La elaboración de la investigación conllevó un estudio preliminar de los conceptos generales del DIH así como un estudio general de las principales instituciones del derecho administrativo disciplinario, partiendo de disposiciones constitucionales y legales e incluyendo los principales pronunciamientos de la Corte Constitucional y de la doctrina especializada. Esta primera etapa sirvió de punto de partida para posteriormente proceder con el estudio de casos y de esa manera verificar si los fundamentos de las decisiones disciplinarias corresponden con la explicación teórica que ha sido expuesta.²

Para éste efecto, se escogió una muestra de fallos teniendo como criterios principales de selección, la vinculación del hecho con el conflicto armado interno, la capacidad y la pertinencia de los hechos procesalmente demostrados y el análisis jurídico efectuado dentro de la actuación disciplinaria para exponer institutos propios del derecho disciplinario como la tipicidad, la ilicitud sustancial y la culpabilidad. En ese mismo proceso de selección, se pretendió obtener una muestra que permitiera verificar la aplicación, por parte del órgano de control disciplinario, de conceptos fundamentales del DIH al momento de juzgar este tipo de conductas, tales como persona protegida por el DIH, población civil, conflicto armado y posición de garante de los miembros de la fuerza pública cómo sujetos disciplinables.

La importancia del tema radica por un lado, en la existencia de un conflicto armado no internacional en Colombia, cuya historia reciente refleja épocas de mayor o

² Para la elaboración de este trabajo se pretende utilizar como método científico de investigación, el método inductivo que se funda “en la observación y la experiencia que, por si mismas dan a conocer solo hechos particulares, para extraer de ellas una verdad general” PÉREZ Escobar, Jacobo, Metodología y Técnica de la Investigación Jurídica, Tercera Edición, Temis, Bogotá 1999, Pág 41

menor intensidad pero que en últimas no cesa, despojando de la vida a personas civiles que son ajenas a el, pese a ser la población civil, objeto de la protección jurídica de diversas normas internacionales vigentes en Colombia. Por otro lado, resulta importante el estudio del derecho administrativo sancionador, como parte integrante del ordenamiento jurídico colombiano e instrumento de corrección y prevención de comportamientos que contrarían los principios del Estado Social de Derecho.

Para ese efecto, el trabajo está conformado por cuatro capítulos:

En el primer capítulo, se abordará como referencia obligada el Derecho Internacional Humanitario, los conceptos fundamentales de ésta área jurídica que permiten comprender de una manera adecuada su razón de ser, su naturaleza, los principios que rigen la materia y los mecanismos para su incorporación en el orden jurídico interno.

El segundo capítulo se detiene en una breve referencia de los antecedentes normativos de la Ley 200 de 1995, de los regímenes disciplinarios especiales previstos para los miembros de la fuerza pública y en la aplicación que durante la vigencia de esta normatividad tuvo el DIH.

Por su parte el capítulo tercero se ocupará esencialmente de la naturaleza, función y finalidad del derecho administrativo disciplinario en términos generales y concretamente frente a las infracciones al DIH, así como de aspectos propios de esta materia como la estructura y configuración de la falta disciplinaria.

El Capítulo cuarto analiza las denominadas por un sector de la doctrina como categorías dogmáticas del derecho disciplinario, es decir la tipicidad, culpabilidad y la ilicitud sustancial, pero además la aplicación de los conceptos que las definen en los casos constitutivos de infracciones al DIH.

Finalmente, el trabajo concreta el avance que ha tenido la aplicación de la normatividad humanitaria en materia disciplinaria y el camino que falta recorrer en torno a su efectividad.

METODOLOGÍA PARA ESTABLECER LA APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO EN EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO COLOMBIANO. REFERENCIA AL HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA

La principal fuente de información y de investigación de este trabajo, para efectos de revisar la aplicación del DIH en materia disciplinaria, está conformada por las decisiones proferidas por la Procuraduría General de la Nación en esa materia, por hechos que constituyen infracciones al derecho internacional humanitario, principalmente en dos periodos esenciales a saber, durante la vigencia del primer Código Disciplinario Único, es decir la Ley 200 de 1995 y durante la vigencia de la actual ley disciplinaria, Ley 734 de 2002.

Con el fin de obtener la información necesaria, se consultó el sistema GEDIS, Sistema de Gestión Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación y el actual sistema SIM, Sistema de Información Misional. De ésta manera, se obtuvo una relación de la totalidad de decisiones proferidas por la Procuraduría Delegada Disciplinaria para la Defensa de Los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario y del Grupo de Asesores en Derechos Humanos.³

Las bases de datos anteriormente mencionadas arrojaron los siguientes resultados:

1. Hechos ocurridos antes y durante la vigencia de la Ley 200 de 1995 y decididos durante la vigencia de esta ley, es decir desde el 28 de julio de 1995 hasta el 5 de mayo de 2002

³ Éste grupo de trabajo fue creado mediante la resolución n° 260 del 3 de septiembre de 2001, adscrito al Despacho del Procurador General, al que se les asignó la misión de asesorarlo en su objetivo de superar la impunidad por las gravísimas violaciones a los derechos humanos y graves infracciones al DIH que ocurren en Colombia. A través de la resolución n.º 331 de 15 de octubre de 2009 se modificó de tal manera que el grupo fue fusionado con la Procuraduría Delegada en esa materia.

Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos y el DIH	665
Tortura	359
Homicidio	152
Desaparición forzada	131
Otras conductas (agresiones sexuales, lesiones personales ó retenciones ilegales)	23

2. Hechos ocurridos antes y durante la vigencia de la Ley 734 de 2002 y decididos durante la vigencia de esta ley, es decir desde 5 de mayo de 2002 hasta el 22 de marzo de 2013:

Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos y el DIH	786
Tortura	123
Homicidio	432
Desaparición forzada	48
Otras conductas (agresiones sexuales, lesiones personales ó retenciones ilegales, desplazamiento forzado y vínculos con grupos paramilitares, entre otras)	183

Grupo de Asesores en DDHH y DIH	547
Homicidio	200
Otras conductas (Secuestro, vínculos con grupos paramilitares, interceptaciones telefónicas ilegales, tortura, desplazamiento forzado, lesiones personales, entre otras)	347

Es pertinente referir que el Procurador General de la Nación dispuso, a través de la directiva 18 de 21 de diciembre de 2007 que al radicar una queja o al incorporar una actuación disciplinaria en el sistema GEDIS relacionada con el homicidio de una persona protegida, ocasionada en desarrollo de operaciones y/o

procedimientos militares adelantados por miembros de la Fuerza Pública con ocasión del conflicto armado vivido en Colombia, debía ser guardada o catalogada como “infracciones al DIH - homicidio en persona protegida” seguida de los demás elementos descriptores relacionados con el contexto en que ocurrieron los hechos.

Antes de ésta disposición no se efectuó ninguna distinción, razón por la que sólo se encontró la categoría de “homicidio”. Así las cosas, en lo que respecta a las decisiones proferidas antes del 21 de diciembre de 2007, fue necesario revisar caso por caso para efectos de establecer la relación entre el hecho y el tema objeto de estudio, lográndose elaborar una relación de los casos de “homicidio en persona protegida,” específicamente de personas civiles, que si bien no se encontraron catalogados de ésta manera, el contexto geográfico, temporal y material en que se produjeron indican que pertenecen a esta categoría de infracción al DIH.

Vale la pena resaltar, que es frecuente observar casos en los que este comportamiento es cometido en concurso con otras conductas como detenciones arbitrarias, tortura ó desaparición forzada. Por otro lado, también se debe precisar que el número de decisiones anteriormente relacionadas no corresponde ni con el número de homicidios investigados ni con el número de procesos, sino con el número de personas disciplinadas. Cada decisión comprende un disciplinado y no un proceso disciplinario.

Ahora bien, para efectos de revisar la aplicación del derecho internacional humanitario durante la vigencia de la Ley 200 de 1995, se escogió un número representativo de casos ocurridos antes ó durante la vigencia de ésta normatividad y decididos durante la misma. En primer término, la selección conllevó excluir los asuntos en los que la conducta investigada no tuvo relación con el conflicto

armado ó se trató de hechos aislados, cometidos por miembros de la fuerza pública sin ninguna causa o motivación que los vinculara a dicho conflicto.⁴

En esta primera etapa, los casos seleccionados son, mayoritariamente algunas de las masacres cometidas durante éste periodo de la historia reciente del Estado Colombiano, cuyas víctimas fueron integrantes de la población civil. Los hechos fueron cometidos con la participación de miembros de la fuerza pública o por éstos con el apoyo de grupos armados al margen de la ley. Sin embargo, también se seleccionaron algunas decisiones proferidas respecto de conductas desplegadas por miembros de la fuerza pública en contra de la población civil, en las que el hecho fue presentado como un resultado positivo, producto de un supuesto combate, conductas claramente ligadas al conflicto armado colombiano.

De otra parte, para efectos de establecer la aplicación del derecho internacional humanitario durante la vigencia de la Ley 734 de 2002, igualmente se escogió un número representativo de casos ocurridos antes ó durante la vigencia de ésta normatividad y decididos durante la misma. De la misma manera, se excluyeron los asuntos en los que la conducta investigada no tuvo relación con el conflicto armado ó se trató de hechos aislados, cometidos por miembros de la fuerza pública sin ninguna causa o motivación que los vinculara a dicho conflicto. El principal criterio de selección fue que el hecho se encontrara relacionado con el conflicto armado colombiano.

Ahora bien, con el fin de verificar la aplicación que el órgano de control disciplinario hizo de el DIH al momento de investigar y juzgar conductas constitutivas de infracción a éste régimen, en cada caso seleccionado se verificó la presencia de los siguientes aspectos, en los que se asignó una calificación entre 0 y 3 dependiendo de la referencia efectuada y de la sanción impuesta así:

⁴ Como ejemplo de hechos que no guardan relación con el conflicto armado colombiano pueden ser consultados los procesos disciplinarios radicados con los números 8 - 44529 - 2000; 8 - 153183 - 1994; 8 - 26109 - 1999 y 8 - 136529 - 1993.

Aspectos generales	Aspectos específicos	Calificación
1. Aplicación DIH convencional	No refiere la normatividad nacional ni instrumentos internacionales	0
	Refiere la normatividad nacional y los instrumentos internacionales	1
	Refiere conceptos generales del DIH	2
	Refiere conceptos específicos del DIH	3
2. Aplicación DIH consuetudinario	No refiere	0
	Refiere	1
	Refiere conceptos generales	2
	Refiere conceptos específicos	3
3. Reconocimiento conflicto armado	No lo refiere	0
	Reconoce su existencia	1
	Explica motivos que justifican el reconocimiento de un CA	3
4. Sanción o reproche disciplinario	Sanciona con fundamento en otra conducta diferente al DIH	1
	Sanciona con fundamento en el DIH con suspensión en el ejercicio del cargo	1
	Sanciona con fundamento en el DIH con destitución e inhabilidad	3

Evaluación Cuantitativa:

1. Hechos ocurridos antes y durante la vigencia de la Ley 200 de 1995 y decididos durante la vigencia de esta ley, es decir desde el 28 de julio de 1995 hasta el 5 de mayo de 2002:

No.	N.º radicado	Fecha decisión	Disciplinados	Aplicación DIH Convencional	Aplicación DIH Consuetudinario	Referencia Conflicto Armado	Sanción O reproche
1	8-1131-1995 Aguachica	06/03 1998	1	1	0	0	1
2	8-145867-1993 Riofrío	11/05 1998	6	0	0	0	1
3	8-148413-1994	09/11 1998	9	1	0	0	1
4	8-144409-1993 Los doce apóstoles	25/11 1998	4	0	0	0	1
5	8-14383-1998 Barrancabermeja	26/08 1999	9	0	0	0	1
6	8-33159-1999	18/02 2000	1	2	0	1	1
7	8-5780-1996	22/02 2000	2	2	0	1	1
8	8-3380-1997	12/06 2000	2	2	0	1	1
9	8-487-1997	27/03	4	0	0	0	1

		2001					
10	8-27689-1999 La Gabarra	20/06 2001	1	0	0	0	1
11	8-52234-2001 Mapiripán	09/11 2001	6	0	0	0	1

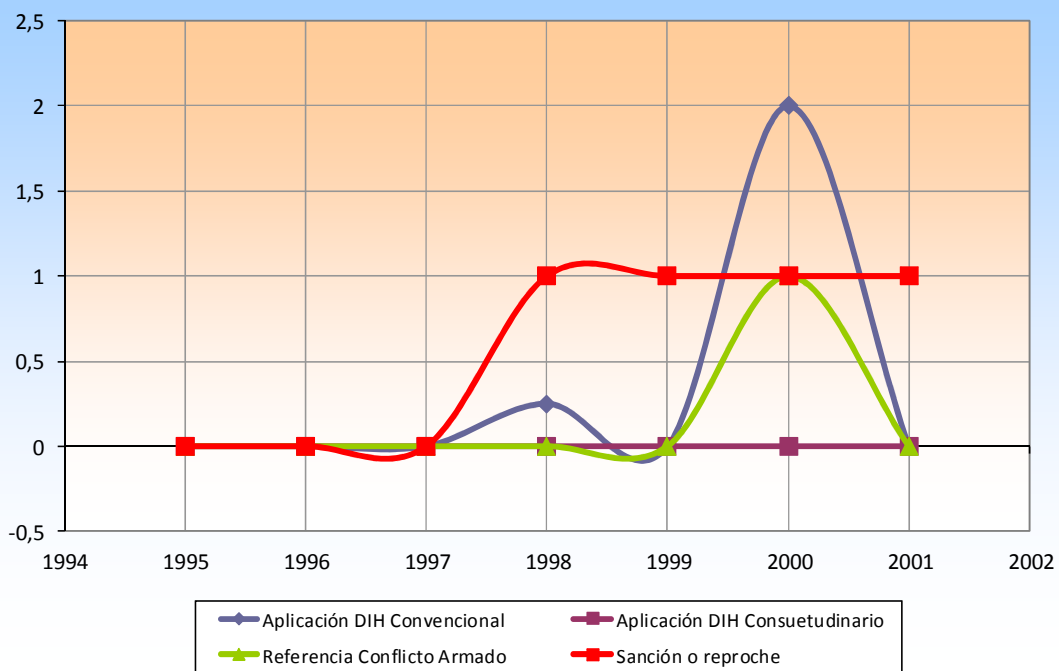
2. Hechos ocurridos antes y durante la vigencia de la Ley 734 de 2002 y decididos durante la vigencia de esta ley, es decir desde 5 de mayo de 2002 al 22 de marzo de 2013:

No	N.º radicado	Fecha decisión	Disciplinados	Aplicación DIH Convencional	Aplicación DIH Consuetudinario	Referencia conflicto armado	Sanción o reproche
1	155-45554-2000 Santo Domingo	02/10 2002	12	2	0	0	1
2	8-13041-1999	11/02 2002	29	0	0	0	1
3	8-18922-1998	22/11 2002	2	2	0	0	1
4	009-45452-2000	02/04 2003	3	2	0	0	1
5	8-23895-1999	16/05 2003	7	0	0	0	1
6	8-42083-2000	09/09 2003	1	0	0	0	1
7	8-92025-2003 La Cabuya	24/10 2003	1	0	0	0	1
8	8-43135-2000	29/03 2004	5	2	0	0	1
9	155- 61142-2001	24/08 2004	12	2	0	0	1
10	8-77763-2002	11/07 2005	2	0	0	0	1
11	008-69595-2003	11/08 2005	13	1	0	0	1
12	8-70294-2002	29/07 2005	1	0	0	0	1
13	8-81028-2003	22/08 2005	2	0	0	0	1
14	8-78156-2002	03/10 2005	3	0	0	0	1
15	8-129110-2005	20/10 2006	3	2	0	1	1
16	155-125322-05	22/06 2007	9	2	0	1	3
17	8-81715-2003	06/09 2007	3	0	0	0	1
18	155-82006-2003	14/12 2007	3	0	0	1	1
19	155-107222-04	28/08 2008	7	2	0	1	3
20	008-74002-2002	28/11 2008	2	2	0	3	3
21	008-105737-2004	04/12 2008	1	2	0	3	3
22	008-123465-2005	16/12 2008	1	2	0	3	3

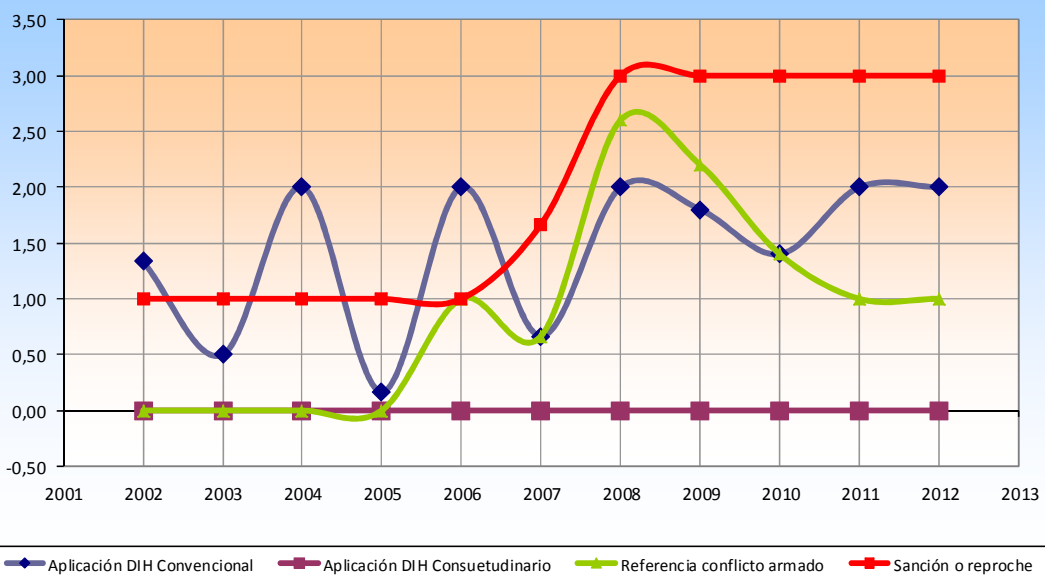
23	008-103453-2004	18/12-2008	2	2	0	3	3
24	008-74154-2002	18/12-2008	1	2	0	3	3
25	008-106191-2004	18/12-2008	1	2	0	3	3
26	008-128241-2005	18/12-2008	1	2	0	3	3
27	008-91217-2003	18/12-2008	6	2	0	3	3
28	155-108529-2004	05/08-2008	2	2	0	1	3
39	008-95138-2003	29/01-2009	1	2	0	3	3
30	008-98537-2004	30/01-2009	11	2	0	3	3
31	008-108899-2004	31/03-2009	4	2	0	3	3
32	155-126297-2005	26/11-2009	11	2	0	1	3
33	155-135893-06	18/12-2009	7	1	0	1	3
34	155-113446-06	26/03-2010	9	2	0	1	3
35	008-133586-2006	22/05-2010	5	1	0	1	3
36	008-106872-2005	21/06-2010	1	1	0	1	3
37	008-142262-2006	29/10-2010	4	1	0	1	3
38	008-144411-2007	29/10-2010	1	2	0	3	3
39	008-105374-2004	30/05-2011	2	2	0	1	3
40	008-116793-2005	31/05-2011	6	2	0	1	3
41	002-170314-2008	07/06-2011	2	3	0	1	3
42	155-103819-2004	29/08-2011	6	2	0	1	3
43	008-158193-2007	28/11-2011	2	2	0	1	3
44	008-163886-2007	30/11-2011	6	1	0	1	3
45	155-142047-2006	29/02-2012	2	2	0	1	3
46	008-107504-2004	12/03-2012	4	2	0	1	3

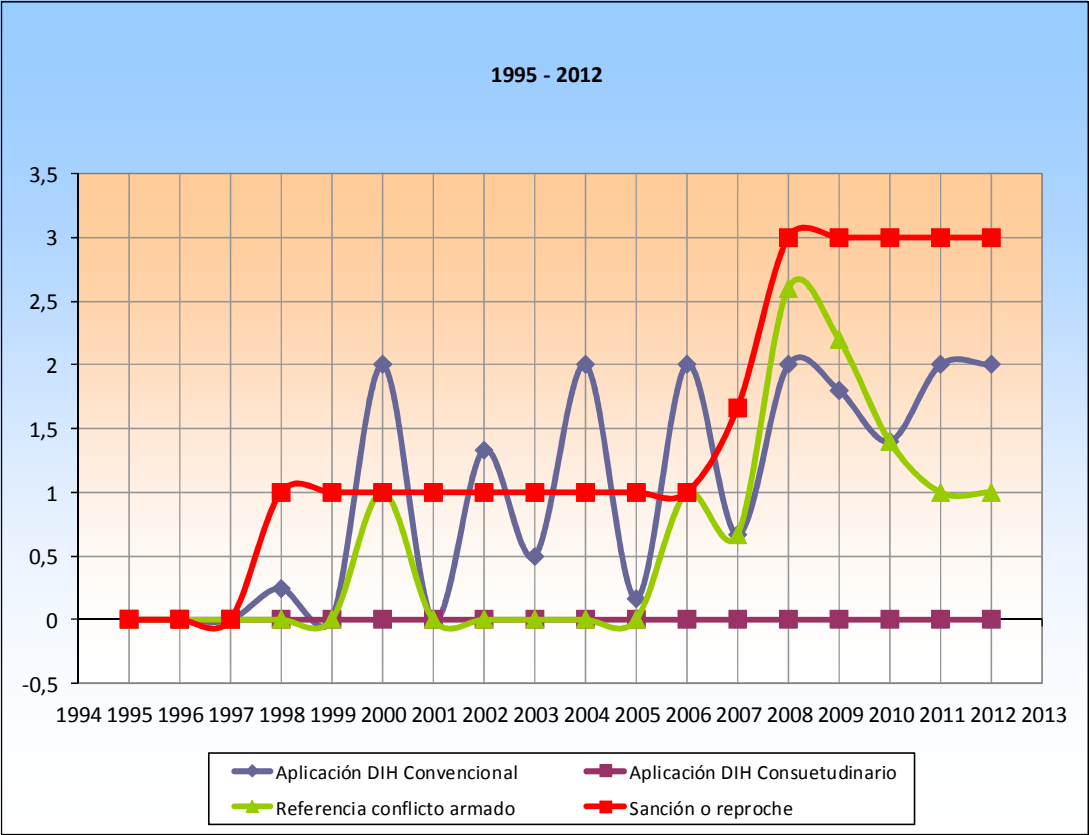
A continuación, estas calificaciones serán condensadas en un diagrama de dispersión con la finalidad de verificar la tendencia que ha seguido cada uno de los criterios señalados durante este periodo. Así, se intenta obtener un enfoque lo más objetivo posible sobre los principales aspectos que constituyen el objeto de estudio. Los resultados alcanzados serán mencionados en el acápite de conclusiones.

HECHOS OCURRIDOS ANTES Y DURANTE LA VIGENCIA DE LA LEY 200 DE 1995 Y DECIDIDOS DURANTE LA VIGENCIA DE ESTA LEY, ES DECIR DESDE EL 28 DE JULIO DE 1995 HASTA EL 5 DE MAYO DE 2002



HECHOS OCURRIDOS ANTES Y DURANTE LA VIGENCIA DE LA LEY 734 DE 2002 Y DECIDIDOS DURANTE LA VIGENCIA DE ESTA LEY, ES DECIR DESDE 5 DE MAYO DE 2002 AL 22 DE MARZO DE 2013





1. EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

1.1 NOCIÓN

Desde sus orígenes, hasta nuestros días, esta rama del derecho internacional público ha revestido cierta dificultad en su aplicación y en consecuencia su efectividad se ha visto reducida⁵, a pesar de haber sido recogida en los ordenamientos jurídicos internos de la mayoría de países del mundo⁶ y a pesar de que sus normas se fundamentan en principios que reconocen a las personas, su condición de ser humano, en situaciones límite de conflicto armado.⁷

El derecho internacional humanitario, ha sido definido como "el cuerpo de normas internacionales, de origen convencional o consuetudinario, específicamente

⁵ “La aplicación del derecho humanitario es totalmente diferente para cada uno de los factores armados. El gobierno dice que existe un claro compromiso con el derecho humanitario, el Ejército colombiano dice respetar las normas humanitarias, los fiscales y los jueces dicen aplicar dichas normas, algunos grupos paramilitares decían que estaban dispuestos a una supervisión del cumplimiento del derecho humanitario, (...), las FARC EP dicen que no les es aplicable el derecho humanitario porque no son un Estado y porque ellos tienen sus propias normas internas sobre la materia, (...). Poco han servido tales manifestaciones porque no cesan las ejecuciones extrajudiciales, la toma de rehenes y el reclutamiento de menores en las filas de combate, entre otras transgresiones al derecho humanitario. Existe un divorcio en materia humanitaria entre lo que se predica y lo que se practica por las partes contendientes. (...) Se debe continuar reclamando a las partes en conflicto la aplicación del derecho internacional humanitario en su sentido complementario y moderador. Complementario de las gestiones políticas y moderador de la barbarie de la confrontación” Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y USAID, Coordinador Alejandro Valencia Villa, Derecho Internacional Humanitario, Conceptos Básicos Infracciones en el Conflicto Armado Colombiano, Bogotá 2007, Pág. 14

⁶ “Con las últimas siete ratificaciones desde el año 2000, la aplicación de los Convenios de Ginebra ha llegado a ser universal, ya que cuenta con 194 Estados Partes” Ceremonia para celebrar el 60º aniversario de los Convenios de Ginebra: orígenes y pertinencia actual, Discurso pronunciado por Philip Spoerri, director de Derecho Internacional del CICR. <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/statement/geneva-conventions-statement-120809.htm> citado en 3 de mayo de 2012

⁷ Así se ha reconocido por la Corte Constitucional Sentencia C-225 de 1995 M.P Alejandro Martínez Caballero “El derecho humanitario en manera alguna legitima la guerra. Lo que busca es garantizar que las partes en contienda adopten las medidas para proteger a la persona humana”. Y más adelante “la finalidad del Protocolo II es la de proteger a las víctimas de los conflictos armados no internacionales, pues este tratado busca disminuir los estragos de la guerra, al imponer a las partes enfrentadas obligaciones humanitarias destinadas a preservar a la persona humana en las difíciles condiciones de un conflicto armado no internacional”.

destinado a ser aplicable 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 (Derecho de la Haya), o que protege a las personas y los bienes afectados o que pueden estar afectados, por el conflicto (Derecho de Ginebra).⁸

En una acepción más general se ha dicho que "el derecho humanitario es esa considerable porción del derecho internacional Público que se inspira en el sentimiento de humanidad y que se centra en la protección de la persona humana en caso de guerra."⁹ Jean Pictet reconoce cómo, en principio se criticó esta definición, pues se consideró que en ella se confundían nociones de carácter jurídico y moral. Sin embargo, se observó pronto que el DIH está conformado precisamente por disposiciones fundadas en consideraciones de carácter moral, éticas y humanitarias.¹⁰

⁸ SWINARSKI, Christophe, Introducción al Derecho Internacional Humanitario. San José / Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1984, Pág. 15; De igual manera se ha señalado "La expresión Derecho Internacional Humanitario alude a una rama del Derecho Internacional Público destinada a limitar los efectos de los conflictos armados en atención a consideraciones de carácter humanitario" Hernández Juan, Fabián (coordinador), Derecho Internacional Humanitario, Pontificia Universidad Católica del Perú, Instituto de Estudios Internacionales (IDEI). Fondo Editorial, Lima Perú 2003, Pág. 89; Asimismo se refirió en exposición de motivos del proyecto de ley por medio del cual se aprueba el "Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional" (Protocolo II) al Derecho Internacional Humanitario como "el conjunto de normas positivas de derecho internacional público aplicables en los conflictos armados, es decir, las normas que limitan, por razones humanitarias, el derecho de las partes en conflicto a elegir libremente los métodos y los medios utilizados en combate, así como las disposiciones encaminadas a proteger a las víctimas y a los bienes susceptibles de verse afectados por un conflicto armado" También señaló la Corte Constitucional en sentencia C-574 de 28 de octubre de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón: "El derecho internacional humanitario constituye la aplicación esencial, mínima e inderogable de los principios consagrados en los textos jurídicos sobre derechos humanos en las situaciones extremas de los conflictos armados. De ahí su carácter de legislación civilizadora y humanizadora, aplicable en los conflictos armados tanto nacionales como internacionales."

⁹ PICTET, Jean. Desarrollo y Principios del Derecho Internacional Humanitario, Instituto Henry Dunat, Comité Internacional de la Cruz Roja, Graficas Ducal Ltda., tercera reimpresión, Bogotá 2001, Pág. 9

¹⁰ "Los orígenes del DIH se remontan a la aplicación de reglas morales y consuetudinarias a la guerra, para mejorar la suerte de los combatientes heridos o hechos cautivos. Estas reglas ya se aplicaban en la China feudal y en la Europa de la Edad Media", Mario Madrid-Malo Garizábal, Conflicto Armado y Derecho humanitario, Tercer Mundo Editores, Bogotá 1997, Pág.131 "Esta legalidad pretende civilizar o mitigar de alguna manera los efectos de las confrontaciones armadas por intermedio de una ética en el combate." Ob cit.

Se trata de una rama del derecho internacional público que “no pretende hacer de la guerra una actividad de ‘buen tono’ y en esencia humana (...). Propone impedir que las partes de un conflicto armado actúen con una crueldad ciega e implacable, y genera condiciones de protección fundamental para las personas afectadas por el conflicto, sin que por ello la guerra deje de seguir siendo lo que siempre ha sido: un fenómeno aterrador.¹¹ “El DIH pretende un equilibrio entre las necesidades militares y el principio de humanidad, es decir, entre lo que es necesario para vencer al adversario y lo que simplemente denota crueldad”.¹²

Esta normatividad adquiere sus verdaderas dimensiones por estar estrechamente relacionada con la persona humana, de esta parte del derecho, y no de otra, pueden depender la vida y la libertad de innumerables seres humanos.¹³ Por lo anterior se ha dicho que el bien jurídico protegido por el Derecho Internacional humanitario “es la -humanidad- percibida *no tanto su última ratio legis* como un sentimiento o una actitud de un ser humano ante las vicisitudes del destino de otro sino, sobre todo, como la actitud ante un conjunto de seres humanos que tienen que seguir existiendo, superando los peligros de la guerra.”¹⁴

Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y USAID, Pág. 16 Asimismo, la Corte Constitucional en Sentencia C -156 de 1999 refiriéndose al Derecho internacional de los Derechos Humanos y al Derecho internacional Humanitario ha señalado “Son pues normatividades complementarias que, bajo la idea común de la protección de principios de humanidad, hacen parte del mismo genero: el régimen internacional de protección de los derechos de la persona humana (...).”

¹¹ HUERTAS DÍAZ, Omar. Formación en Derecho Internacional humanitario – Aproximaciones para su comprensión -, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá 2008, Pág. 32

¹² SALMON, Elizabeth. <introducción al Derecho Internacional Humanitario, Instituto de Democracia y Derechos Humanos, Pontificia Universidad Católica de Perú, Lima Perú, 2004, Pág.23 tomado de Bettati Mario, Droit Humanitaire, París, Editions du Seuil, 2000, Pág. 19

¹³ PICTET, Ob cit. Introducción.

¹⁴ SWINARSKI, Christophe, Principales nociones e institutos del Derecho Internacional Humanitario como sistema de protección de la persona humana, segunda edición revisada, Instituto interamericano de San José, Costa Rica, 1991, Pág. 20

1.1.1 Derecho Internacional Humanitario Convencional y Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario

Como inicialmente se refirió, el DIH está conformado por un cuerpo de normas internacionales, de origen convencional o consuetudinario. Sobre el derecho internacional humanitario convencional vale la pena señalar que está conformado por una serie de normas escritas contempladas en diferentes tratados, convenios, convenciones, protocolos y estatutos.¹⁵ Asimismo se ha señalado que está “bien desarrollado y cubre numerosos aspectos de la guerra, brinda protección a diversas categorías de personas en tiempo de guerra y limita los medios y los métodos bélicos permitidos.”¹⁶

Pese a lo anterior, se pudo establecer que el DIH convencional presentaba algunas dificultades en lo que tiene que ver con su aplicación, hecho que motivó, por petición y recomendación de la XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja de 1995, al CICR a realizar un estudio del DIH consuetudinario, finalmente publicado en el año 2005 en idioma inglés y en 2007 en idioma español. Las dos principales dificultades presentadas fueron las siguientes: “en primer lugar, los tratados se aplican solamente a los Estados que los han ratificado, lo que significa que los distintos tratados de derecho

¹⁵ Sobre la conformación del derecho humanitario internacional puede referirse: “Los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales contienen una amplia normativa para la protección de las personas que no participan o han dejado de participar en las hostilidades. La regulación de los medios y métodos de guerra en el derecho convencional se remonta a la Declaración de San Petersburgo de 1868, a los Reglamentos de La Haya de 1899 y 1907 y al Protocolo de Ginebra de 1925 sobre Gases Asfixiantes. Más tarde se abordó esta cuestión en la Convención de 1972 sobre Armas Biológicas, los Protocolos adicionales de 1977, la Convención de 1980 sobre Ciertas Armas Convencionales y sus cinco Protocolos, la Convención de 1993 sobre Armas Químicas y la Convención de Ottawa de 1997 sobre la prohibición de las minas antipersonal. La protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado está regulada en detalle por la Convención de La Haya de 1954 y sus dos Protocolos. El Estatuto de 1998 de la Corte Penal Internacional contiene, entre otras cosas, una lista de crímenes de guerra sometidos a su jurisdicción.” Comité Internacional de la Cruz Roja, Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario: una contribución a la comprensión y al respeto del derecho de los conflictos armados, *International Review of the Red Cross*, Pág. 4

¹⁶ Ídem, Pág. 5

internacional humanitario se aplican a los diferentes conflictos armados según qué tratados hayan suscrito los Estados implicados (...).”¹⁷ Asimismo se dijo, “en segundo lugar, el derecho humanitario convencional no regula con suficiente detalle gran parte de los conflictos armados actuales, es decir, los conflictos armados no internacionales, porque estos conflictos están sujetos a muchas menos normas convencionales que los conflictos internacionales. Sólo un número limitado de tratados son aplicables a los conflictos armados no internacionales.”¹⁸

Entonces, “la primera finalidad del estudio era determinar qué normas del derecho internacional humanitario forman parte del derecho internacional consuetudinario y, por ende, son aplicables a todas las partes en un conflicto, hayan ratificado o no los tratados que contienen esas normas u otras similares. (...) La segunda finalidad del estudio era determinar si el derecho internacional consuetudinario regula los conflictos armados no internacionales de manera más detallada que el derecho convencional y, en caso afirmativo, en qué medida.”¹⁹

Valga la pena precisar que la para la elaboración de este estudio, el CICR recurrió a conceptos establecidos en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, tales como “derecho consuetudinario”, entendido como una “práctica generalmente aceptada como derecho”, así como los elementos exigidos para determinar la existencia de una norma internacional de derecho consuetudinario, a saber, la

¹⁷ Ídem, Pág. 5

¹⁸ Ídem, Pág. 5 En el estudio elaborado por el Comité se mencionan los siguientes: la Convención (enmendada) sobre Ciertas Armas Convencionales, el Estatuto de la Corte Penal Internacional, la Convención de Ottawa sobre la prohibición de las minas antipersonal, la Convención sobre Armas Químicas, la Convención de La Haya para la Protección de los Bienes Culturales y su Protocolo II y, como acabamos de señalar, el Protocolo adicional II y el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra. Aunque el artículo 3 común tiene una importancia fundamental, sólo proporciona un marco rudimentario de exigencias mínimas. El Protocolo adicional II es un complemento útil del artículo 3 común, pero es menos detallado que las normas que rigen los conflictos armados internacionales contenidas en los Convenios de Ginebra y en el Protocolo adicional I.

¹⁹ Ídem

práctica estatal (usus) y la creencia de que esa práctica se exige, prohíbe o permite como derecho (opinio juris sive necessitatis). Asimismo se tuvo en cuenta y reconoció la influencia del derecho convencional que si bien puede ser la codificación del derecho internacional consuetudinario, también puede con frecuencia sentar las bases para el desarrollo de la costumbre.²⁰

Sobre la importancia que revisten las normas del DIH consuetudinario, más aún en materia de conflictos armados no internacionales se ha dicho que “ofrecen una orientación jurídica a las partes,”²¹ “la práctica ha creado un número considerable de normas consuetudinarias que son más detalladas que las a menudo rudimentarias disposiciones del Protocolo adicional II y, por consiguiente, ha llenado importantes lagunas en la regulación de los conflictos internos.”²²

Por otra parte, el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia se pronunció en el siguiente sentido:

Las reglas internacionales que regulan los conflictos internos aparecieron sobre dos ámbitos: el derecho consuetudinario y el derecho convencional. Dos categorías de reglas que de manera alguna son contrarias e incoherentes, sino que, ante todo, se soportan y apoyan mutuamente, habiéndose así cristalizado mutuamente. De hecho, la interacción entre estas dos categorías es tal que ciertas reglas de derecho convencional se

²⁰ Ídem, Pág. 7 y ss. Ver metodología aplicada por el CICR en el desarrollo del estudio.

²¹ XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, el derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos, Ginebra, octubre de 2011, documentado por el CICR, Pág. 14

²² Ob cit. Comité Internacional de la Cruz Roja, Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario: una contribución a la comprensión y al respeto del derecho de los conflictos armados, *International Review of the Red Cross*, 19 y ss. “la regulación de la conducción de las hostilidades que establece el Protocolo adicional II las ha colmado, en gran medida, la práctica de los Estados, que ha dado lugar a la creación de normas paralelas a las del Protocolo adicional I pero que son aplicables, como derecho consuetudinario, a los conflictos armados no internacionales.”

integraron progresivamente al derecho consuetudinario.²³

Así las cosas, el DIH consuetudinario constituye una importante fuente del derecho humanitario y en especial el estudio elaborado por el CICR anteriormente referido es ahora un instrumento de consulta obligatorio para las partes de un conflicto armado y para legisladores y jueces que deban aplicar la normatividad humanitaria.

1.2 PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Al igual que otras disciplinas jurídicas, el derecho humanitario goza de una serie de principios²⁴ en los que se inspira y que constituyen una guía al momento de interpretar y aplicar su normatividad. A continuación se hará una exposición siguiendo principalmente a Jean Pictet quien elabora una clasificación muy interesante que principalmente ofrece un panorama muy completo acerca de la esencia de esta rama jurídica. Tal clasificación distingue entre principios fundamentales, principios comunes, principios aplicables a las víctimas de los conflictos y principios propios de la guerra.

1.2.1 Principios Fundamentales

²³ Tribunal penal internacional para la Antigua Yugoslavia, Sala de Apelaciones, asunto Fiscal Vs. Dusko Tadic, a. Dule, sentencia relativa a la apelación de la defensa concerniente a la excepción previa de incompetencia, proferida el 2 de octubre de 1995, Párr. 98 consultada en <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm> “The emergence of international rules governing internal strife has occurred at two different levels: at the level of customary law and at that of treaty law. Two bodies of rules have thus crystallised, which are by no means conflicting or inconsistent, but instead mutually support and supplement each other. Indeed, the interplay between these two sets of rules is such that some treaty rules have gradually become part of customary law.” Traducción extraída de Jurisprudencia Penal Internacional Aplicable en Colombia, Ramelli Arteaga Alejandro, GIZ, Universidad de los Andes, Embajada de la República Federal de Alemania, Bogotá 2011, Pág. 86

²⁴ Sobre los principios y reglas del DIH ver en Hernández Hoyos Diana, Lecciones de Derecho Internacional Humanitario, Ediciones Nueva Jurídica, Segunda Edición, Bogotá 2002, Pág. 77 y SS.

I. Principio del Derecho Humano,²⁵ según el cual, "las exigencias militares y el mantenimiento del orden público serán siempre compatibles con el respeto a la persona humana",²⁶ "se encuentra ligado a la noción de dignidad y solidaridad humana"²⁷ en otras palabras "la conducción de las hostilidades y, en todo tiempo, el mantenimiento del orden público no podrán menospreciar los imperativos irreductibles del derecho humanitario".²⁸

II. Principio del Derecho Humanitario²⁹ (o derecho de los conflictos armados) en cuya virtud "las partes en conflicto no causaran a su adversario males desproporcionados con respecto al objetivo de la guerra, que es destruir o debilitar el potencial militar del enemigo."³⁰

III. Principio del Derecho de Ginebra,³¹ el cual ordena que "las personas puestas fuera de combate y las que no participan directamente en las hostilidades serán respetadas, protegidas y tratadas con humanidad",³² "desarrolla el principio de distinción".³³

²⁵ Artículo 27 Convenio IV de Ginebra de 1949, artículo 75 Protocolo Adicional I de 1977, artículo 3° común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, artículo 4° Protocolo Adicional II de 1949

²⁶ Ob Cit. Pictet, Pág. 72

²⁷ NOVAK, Fabián, Derecho Internacional Humanitario, Pontificia Universidad Católica del Perú, Instituto de Estudios internacionales (IDEI), Fondo Editorial, Lima Perú 2003, Pág. 135

²⁸ Ob Cit. Pictet, Pág. 72, Ver CICR, Derecho Consuetudinario "Garantías Fundamentales", Normas 87 y ss, Pág. 39 y ss

²⁹ Artículos 35, 48, 57 y 58 del Protocolo Adicional II de 1977

³⁰ Ob Cit. Pictet, Pág. 74

³¹ Artículos 48, 50 y 52 del Protocolo Adicional I de 1977

³² Ob Cit. Pictet, Pág. 75

³³ Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y USAID, Alejandro Valencia Villa, Derecho Internacional Humanitario, Conceptos Básicos Infracciones en el Conflicto Armado Colombiano, Bogotá 2007, Pág. 119

IV. Principio del Derecho de la Guerra³⁴ (La Haya), el cual se traduce en que el derecho de las partes en conflicto a elegir los métodos y los medios de la guerra no es ilimitado, “desarrolla el principio de limitación”.³⁵

1.2.2 Principios Comunes al derecho de Ginebra y a los derechos humanos

En este punto conviene referir que “el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho humanitario hacen parte del derecho internacional público y tienen en común la protección de los derechos más fundamentales de la persona humana”³⁶. “Tienen como sustrato una inquietud compartida por salvaguardar derechos fundamentales de la persona humana”.³⁷ Sin embargo presentan importantes diferencias, veamos: “Mientras el derecho internacional de los derechos humanos se aplica en todo momento, el derecho humanitario se aplica exclusivamente en situaciones de conflicto armado.”³⁸ Refiriéndose al mismo aspecto la Corte Constitucional señaló, “la diferencia es entonces de aplicabilidad, puesto que si bien un grupo de esos ordenamientos están diseñados en lo esencial para situaciones de paz y otros operan en situaciones de conflicto armado, ambos cuerpos normativos están concebidos para proteger los derechos humanos”.³⁹

Otras importantes diferencias se presentan, “mientras el derecho internacional de

³⁴ Artículos 35, 48, 53, 55 y 56 del Protocolo Adicional I de 1974

³⁵ Ídem

³⁶ Ob Cit. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y USAID, Pág. 110

³⁷ RUDA, Juan José, El derecho Internacional Humanitario y el Derecho internacional de los Derechos Humanos. En Novak Fabián Derecho Internacional Humanitario, Pontificia Universidad Católica del Perú, Instituto de Estudios internacionales (IDEI), Fondo Editorial, Lima Perú 2003, Pág. 157

³⁸ Ob cit. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y USAID, Pág. 110

³⁹ Corte Constitucional Sentencia C – 156 de 1999 M.P. Maria Victoria Sáchica Méndez

los derechos humanos parte de que el deber de respeto y garantía de los derechos está en cabeza de los Estados, el derecho humanitario señala que el deber de respeto de las normas humanitarias está en cabeza de las partes en conflicto”.⁴⁰ En éste último caso, bien puede tratarse de Estados cuando se trata de conflictos armados internacionales o de Estados y fuerzas armadas que cumplan las condiciones exigidas por el artículo 3° común y el Protocolo II, en el caso de los conflictos armados no internacionales. “Mientras el derecho internacional de los derechos humanos protege a toda persona que se encuentre bajo jurisdicción de un Estado, el derecho humanitario protege solamente a quienes no participan o han dejado de participar en las hostilidades.”⁴¹ Efectuada esta precisión, obsérvese los tres principios que las dos ramas del derecho internacional público comparten:

I. Principio de Inviolabilidad⁴² refiere que el individuo tiene derecho al respeto de su vida, de su integridad física y moral y de los atributos inseparables de la personalidad.

II. Principio de no discriminación⁴³ indica que las personas serán tratadas sin distinción alguna, fundada en la raza, el sexo, la nacionalidad, el idioma, la clase social, la fortuna, las opiniones políticas, filosóficas o religiosas o en otro criterio

⁴⁰ Ob cit. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y USAID, Pág. 111

⁴¹ Ob cit. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y USAID, Pág. 111 En otras palabras “Los derechos humanos (...) abarcan a toda clase de personas, mientras el derecho internacional humanitario ampara, fundamentalmente, a las llamadas personas protegidas”. Ruda Juan José, Derecho Internacional Humanitario, Pontificia Universidad Católica del Perú, Instituto de Estudios internacionales (IDEI), Fondo Editorial, Lima Perú 2003, Pág. 163

⁴² Artículo 3° común a los cuatro Convenios de 1949, artículo 75 del Protocolo Adicional I de 1977 y artículo 4° del Protocolo Adicional II de 1977

⁴³ Artículo 3° común a los cuatro Convenios de 1949, artículo 75 del Protocolo Adicional I de 1977 y artículo 2° del Protocolo Adicional II de 1977, Ver CICR, Derecho Consuetudinario “Garantías Fundamentales”, Normas 88 y ss, Pág. 39 y ss

análogo.

III. Principio de Seguridad⁴⁴ según el cual, el individuo tiene derecho a la seguridad de su persona.

1.2.3 Principios aplicables a las víctimas de los conflictos (Ginebra)

I. Principio de Neutralidad,⁴⁵ en virtud del cual la asistencia humanitaria nunca es una injerencia en el conflicto.

II. Principio de Normalidad,⁴⁶ según el cual las personas protegidas deben llevar la vida más normal posible.

III. Principio de Protección,⁴⁷ que obliga al Estado a asumir la protección, nacional e internacional, de las personas que tenga en su poder.

1.2.4 Principios propios del derecho de la guerra

Se ha dicho que “desde 1977, se dispone de un conjunto de reglas dignas de este nombre, que remedia una intolerable deficiencia en particular por lo que atañe a la protección de la población civil contra los ataques aéreos (...). Del gran principio del derecho de la guerra, se deducen otros tres principios.”⁴⁸

⁴⁴ Artículo 3° común a los cuatro Convenios de 1949, artículo 75 del Protocolo Adicional I de 1977 y artículo 4°, 57 y 58 del Protocolo Adicional II de 1977

⁴⁵ Artículo 27 Párr. 3 del Convenio I de 1949, artículo 16 Párr. 1, artículo 17 Párr. 1, artículo 64 Párr. 1 y artículo 70 del Protocolo Adicional I de 1977

⁴⁶ Artículos 13, 14, 15 y 16 del Protocolo Adicional II de 1977,

⁴⁷ Artículo 2° y 5 del Protocolo Adicional II de 1977, artículos 1, 10, 11, 51 y 75 del Protocolo Adicional I de 1977, artículos 4 y 5 III Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949

⁴⁸ Ob Cit. Pictet, Pág. 75

I. Principio de Limitación – Ratione Personae – o Principio de Distinción.⁴⁹ De este principio se deriva la obligación de distinguir entre combatientes y personas civiles y busca proteger a la población civil que no participa de las hostilidades,⁵⁰ “se deriva del postulado según el cual se debe proteger a la población civil de los efectos de la guerra, ya que en tiempos de conflicto armado, sólo es aceptable el debilitamiento del potencial militar del enemigo”⁵¹.

Obsérvese lo dispuesto en el artículo 48 del Protocolo adicional I:

“A fin de garantizar el respeto y la protección de la población civil y de los bienes de carácter civil, las partes en conflicto harán distinción, en todo momento entre la población civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares”

A su turno, el artículo 51 del Protocolo adicional I de 1977 establece un marco general de derechos inherentes a la población civil, así como una serie de prohibiciones dirigidas a quienes toman parte en las hostilidades y que claramente imponen a estos últimos la obligación de distinguir entre combatientes y población civil en aras de salvaguardar sus derechos. Sobre este particular volveremos más

⁴⁹ Artículos 48, 50, 51 Párrs. 1, 2 y 6, 52, 57 y 58 del Protocolo Adicional I de 1977. Ver CICR, Derecho Consuetudinario “El principio de Distinción, distinción entre civiles y combatientes”, Normas 1 a 24, Pág. 30 y ss

⁵⁰ “Este principio se basa en la distinción que debe existir entre la población civil y los combatientes, es decir, entre quien participa directamente en las hostilidades y quien no lo hace. Esta distinción servirá también para conocer quién es y quién no es un objetivo militar concreto, y, en consecuencia, para saber con precisión si puede o no ser objeto de ataque militar”. Novak Fabián, Derecho Internacional Humanitario, Pontificia Universidad Católica del Perú, Instituto de Estudios internacionales (IDEI), Fondo Editorial, Lima Perú 2003, Pág. 137

⁵¹ APONTE CARDONA, Alejandro. Persecución Penal de Crímenes Internacionales, Diálogo Abierto entre la Tradición Nacional y el Desarrollo Internacional, Grupo Editorial Ibáñez, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá p. 67

adelante para estudiar la protección que el Derecho Internacional Humanitario ofrece a la población civil.

Debe precisarse antes de terminar que “este principio de distinción tiene una formulación diferente tratándose de conflictos armados internacionales o conflictos armados no internacionales. Mientras en los primeros se utiliza la expresión de combatientes en los segundos se habla de personas que participan directamente en las hostilidades”.⁵²

II. Principio de Limitación – Retiōne Loci⁵³ – Los ataques deben limitarse estrictamente a los objetivos militares. En virtud de este principio, los artículos 52, 53 y 56 del Protocolo I adicional de 1977 establecen una serie de prohibiciones dirigidas a los combatientes para atacar localidades específicas que por lo regular prestan algún servicio a la ciencia o a la beneficencia; aquellos cuyo ataque puedan generar un peligro para la población civil o aquellos indispensables para la supervivencia de la población civil.

III. Principio de Limitación – Ratiōne Conditionis – o Principio de Proporcionalidad⁵⁴ En virtud de este principio se prohíben a todas las armas y los métodos de guerra que puedan causar pérdidas inútiles o sufrimientos excesivos, “se predica cuando se van a realizar ataques contra objetivos militares o contra combatientes, y establece que los medios y los métodos de combate deben ser

⁵² Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y USAID, Alejandro Valencia Villa, Derecho Internacional Humanitario, Conceptos Básicos Infracciones en el Conflicto Armado Colombiano, Bogotá 2007, Pág. 121. Asimismo leer: “La razón esencial de esa primera diferenciación radica en la negativa de reconocer el estatuto de combatiente en cabeza de los miembros de los grupos armados no estatales que participen en un conflicto armado no internacional.”

⁵³ Artículos 52 Párr. 2, 53 y 56 del Protocolo Adicional I de 1977 Ver CICR, Derecho Consuetudinario “El Principio de Distinción, personas y bienes especialmente protegidos”, Normas 25 y ss, Pág. 32 y ss

⁵⁴ Artículo 23, Lit. e del Reglamento de la Haya de 1907, Artículos 35 Párr. 2, 51 Párr. 4, 54 Párr. 1, 57 Lit. a – iii del Protocolo Adicional I de 1977, Convención de 1980 sobre ciertas armas convencionales. Ver CICR, Derecho Consuetudinario “Principios generales sobre el empleo de las armas”, Normas 70 y ss, Pág. 37 y ss

adecuados conforme a la ventaja militar definida”.⁵⁵ El numeral 1 del artículo 35, Protocolo I de 1977 establece:

“en todo conflicto armado, el derecho de las partes en conflicto a elegir los métodos o medios de hacer la guerra no es limitado”.

Siguiendo a Pictet, “aquí la norma es de otra naturaleza: ya no se trata solamente de salvar a las personas que no participan en las hostilidades; se trata de evitar, también a los combatientes, males inútiles o sufrimientos excesivos que sobrepasan lo que es necesario para poner al adversario fuera de combate”. En otras palabras “exige que los medios y métodos de combate que usen los beligerantes no sean desproporcionados; en tal sentido, prohíbe el uso de aquellos que causan daños superfluos e innecesarios”.⁵⁶

Obsérvese la siguiente cita, muy útil en nuestros días:

“El problema es saber donde está el límite permitido. ¿Qué pérdidas son – inútiles- que males son –superfluos-, que sufrimientos son –excesivos-? Para cada arma se trata de poner en la balanza, por un lado, las ventajas militares, y por otro lado, las exigencias humanitarias. Si se puede poner fuera de combate a un militar capturándolo, no hay que herirlo; si se puede lograr este resultado hiriéndolo, no hay que matarlo. Si, para la misma ventaja militar, se dispone de dos medios, uno de los cuáles causa males menores, ha de elegirse éste. En resumen lo que se quiere condenar son las armas y los métodos que sobrepasan cierto límite tolerable de sufrimiento.”⁵⁷

⁵⁵ Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y USAID, Alejandro Valencia Villa, Derecho Internacional Humanitario, Conceptos Básicos Infracciones en el Conflicto Armado Colombiano, Bogotá 2007, Pág. 169

⁵⁶ Ob Cit. Novak Fabián, Derecho Internacional Humanitario, Pontificia Universidad Católica del Perú, Instituto de Estudios internacionales (IDEI), Fondo Editorial, Lima Perú 2003, Pág. 137

⁵⁷ Ob cit., Pictet Pág.89

También se ha señalado “la norma de proporcionalidad no es clara sobre cual es el grado de cuidado que se exige al soldado ni sobre cuál es el grado de riesgo que este debe asumir. Todo depende del blanco, de la urgencia del momento, de la tecnología a disposición”⁵⁸, “los combatientes deberán abstenerse de decidir un ataque, o deberán suspenderlo o anularlo cuando sea de prever que causará incidentalmente muertos o heridos en la población civil, daños de carácter civil o ambas, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista. La legitimidad de un blanco militar no proporciona una licencia ilimitada para atacarlo.”⁵⁹

IV Inmunidad de la Población Civil. Este principio impone la prohibición de atacar a quienes no participan en las hostilidades. “Implica la prohibición absoluta de utilizar ciertos métodos de combate tales como los ataques directos contra la población civil y los actos de terror”.⁶⁰ Se encuentra consagrado en el artículo 13.1 del Protocolo II “La población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares”.

1.3 NATURALEZA DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Conviene señalar que el Derecho Internacional Humanitario es una normatividad que continuamente genera discusión en la medida en que pretende regular

⁵⁸ Tomado de A.P.V. Rogers, “Conducto f combat and risks run by the civilian population”, *Military Law and of War Rewiew*, 1982, p. 310, por la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y USAID, Alejandro Valencia Villa, *Derecho Internacional Humanitario, Conceptos Básicos Infracciones en el Conflicto Armado Colombiano*, Bogotá 2007, Pág. 171

⁵⁹ Ob cit., Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos - Defensoría del Pueblo, *Manual de calificación de conductas violatorias de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario*. Vol. II, primera edición, Bogotá 2004 Pág. 124

⁶⁰ Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y USAID, Alejandro Valencia Villa, *Derecho Internacional Humanitario, Conceptos Básicos Infracciones en el Conflicto Armado Colombiano*, Bogotá 2007, Pág. 179

situaciones de guerra que por su misma naturaleza, como se verá, se encuentran por fuera del derecho. Se llegó a decir que su aplicación permite la prolongación de los conflictos en la medida en que entre más devastador sea, más rápido tendrá fin⁶¹. Son diversos los argumentos que se presentaron en su contra y que sin duda intentaron, en sus inicios, entorpecer su aplicación y su eficacia.

Para comprender su naturaleza, conviene hacer referencia a tales críticas y objeciones así como a los razonamientos que se han expuesto en su defensa. Ello, por cuanto es una disciplina jurídica que constantemente genera interés en la comunidad nacional e internacional y sobre la cual, vale la pena reflexionar para precisar la conveniencia de observar y aplicar sus disposiciones. Jean Pictet⁶² expone uno por uno los principales cuestionamientos que han surgido en torno a la utilidad y eficacia del DIH, expone su pensamiento y en algunos casos, señala hechos concretos que les restan fundamento. Veamos:

a) El primer cuestionamiento se refiere a si “¿es posible limitar los males originados por los conflictos? (...). Esto en atención a que reiteradamente se ha señalado que la guerra es por definición la ruptura del orden y el desencadenamiento de la fuerza. Por consiguiente la guerra sería la sustitución del derecho por la fuerza. (...)”⁶³

Frente a dicho argumento, responde el profesor Pictet que en efecto - la guerra es el recurso a la fuerza, pero no a la fuerza sin freno. La guerra (...) no puede suprimir todos los logros de la civilización y de las costumbres establecidas; por encima de los actos de violencia subsiste un conjunto de derechos y deberes; estos son las leyes de la guerra que proceden de la razón tanto como del

⁶¹ “en una cosa tan peligrosa como la guerra, son precisamente los errores resultantes de la bondad del alma los que resultan más perniciosos”. Clausewitz, referido por Pictet Pág. 95

⁶² Pictet, Ob cit. Pág.93

⁶³ Pictet, Ob cit. Pág.94

sentimiento de humanidad y cuya observancia obliga a todos.

Es decir, "a primera vista, resulta improbable la coexistencia de una situación de guerra, caracterizada por el uso de la fuerza, simultáneamente regulada por normas jurídicas que encuentran su fundamento en sentimientos de humanidad".⁶⁴ Desplegar una conducta basada en este tipo de consideraciones se estimó dañoso o perjudicial para el objetivo en la guerra cual sería derribar al enemigo. Sin embargo, oportunamente, el hombre se percató de que este objetivo no podría conseguirse a cualquier precio y en el evento de haber derribado al enemigo no debía causársele sufrimientos ni penurias innecesarias.

Para algunos autores, es preciso "entender que la dinámica de la guerra ha construido implícitamente reglas claras para el combate. La guerra ha construido sus propios límites, no ha sido de manera anárquica (...)"⁶⁵ En efecto, la guerra ha

⁶⁴ "Sobre el particular se ha dicho: "La guerra es un acto de violencia y no existen límites a esta manifestación de violencia. En un asunto tan peligroso como es la guerra, los errores debidos a los buenos sentimientos constituyen el peor de los errores (...) no se podría introducir un principio moderador en la filosofía de la guerra sin cometer un absurdo". Ramelli Arteaga Alejandro. Derecho Internacional Humanitario y Estado de Beligerancia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho n° 12, Universidad Externado de Colombia, segunda edición, Bogotá 2004, Pág. 77, tomado de Clausewitz (siglo XIX).

⁶⁵ CARRANZA PIÑA, Jorge Eduardo. Infracciones Graves al Derecho Internacional Humanitario y Crímenes de lesa humanidad en el Código Penal, Ediciones Nueva Jurídica, Ediciones Nueva Jurídica, segunda edición, Bogotá 2010, Pág. 24 Ver también en similar sentido "Los métodos y medios de combate son tan antiguos como la misma humanidad: desde la aparición del hombre sobre la faz de la tierra, su tendencia casi natural – primero, como instinto de supervivencia y, luego, para afianzar su poder- ha sido la de enfrentarse con los de su misma especie. (...) Ahora bien, en la medida en que la cuestión se formule en función de métodos alternativos para resolver los conflictos, también se podrá constatar, por fortuna, que el hombre busca de manera permanente los medios pacíficos para lograr su convivencia con los demás; incluso si tales instrumentos son provocados por el mismo hecho violento que significa la confrontación armada. Lo anterior es tan cierto como el hecho de que los acuerdos de paz no se presentan sino para dar por terminada una guerra y, cuando aquellos no se logran celebrar, se procura establecer ciertos límites o la regulación de los métodos y medios que se deberían emplear en dicho contexto. Así ha ocurrido desde los tiempos más antiguos". Prieto San Juan Rafael, Conducción de Hostilidades y Derecho Internacional Humanitario. A propósito del centenario de las Conferencias de la Haya de 1907, Editorial Dike Biblioteca Jurídica, Pontificia Universidad Javeriana, Medellín 2007, 20 y 21; en similar sentido "El derecho de la guerra nació de los enfrentamientos entre fuerzas armadas en el campo de batalla. Hasta mediados del siglo XIX, la naturaleza de esas normas fue consuetudinaria y se reconocían porque habían existido desde tiempos inmemoriales y porque respondían a las exigencias de la civilización. Todas las civilizaciones han establecido normas para minimizar la violencia, incluso la forma institucionalizada de violencia que llamamos guerra, puesto que limitar la violencia es la esencia misma de la civilización". Jakob Kellenberger, Presidente del Comité Internacional de la Cruz Roja,

sido connatural a la existencia del hombre y desde las civilizaciones más antiguas se han establecido reglas claras para los guerreros como una especie de derecho consuetudinario que se va creando de acuerdo con las características propias de los conflictos y de las necesidades que demanden las circunstancias fácticas del mismo.

b) Asimismo, se preguntan si ¿es deseable disminuir los rigores de los combates? Ello, por cuanto para algunos, las guerras más humanas eran las más terribles, ya que, por esta causa, eran las más cortas, y por consiguiente no era necesario pensar en «humanizarlas».

Al respecto, precisa Pictet cómo “tras las dos guerras mundiales, que fueron las más terribles y las más largas de todos los tiempos, con esta teoría ya no se engaña a nadie. Y se ha visto que los métodos más destructores, como el aplastamiento de las ciudades por los bombardeos o la muerte lenta en los campos de concentración no hacen que finalicen las guerras, sino que exacerban la resistencia, dando lugar a que haya desesperados, que no piensen más que en la venganza, con desprecio de la propia vida”.

En efecto, se pensó que la aplicación de las normas humanitarias no contribuiría a la pronta culminación de la guerra, pues la convertiría en una situación, tal vez, más tolerable. Sin embargo, sobre ese particular vale la pena anotar que las situaciones de conflicto adquieren diferentes características. Son diversas las causas que dan origen, ponen fin o permiten la prolongación en el tiempo de las guerras, de tal manera que reviste excesiva dificultad tratar de establecer una relación directamente proporcional entre la crueldad del conflicto y su tiempo de duración. Lo que si es cierto, es que siempre causan dolor y sufrimiento en los pueblos que las soportan y heridas irreparables que pretenden ser mitigadas por el

en Henckaerts Jean Marie, Louise Doswald-Beck, El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, Volumen I, Comité Internacional de la Cruz Roja, 2005.

DIH.

c) En la carta de las Naciones Unidas se prohíbe la guerra o incluso recurrir de cualquier modo a la violencia.

Por desgracia se sigue haciendo la guerra tanto como antes pero ya no se quiere admitir que se hace. Y naturalmente, los Estados tienden a no aplicar el derecho de los conflictos armados, ya que niegan estar en estado de conflicto. Debe buscarse la solución en la famosa distinción formulada por Quincy Wright en 1942, y que la doctrina adoptó inmediatamente, entre el *jus ad bellum* (derecho a la guerra), que define las circunstancias en las que se puede recurrir a las armas - ámbito en el cual puede haber sanciones contra el agresor- y el *ius in bello* (derecho en la guerra), que determina las condiciones de la lucha y que debe aplicarse por igual a todas las víctimas. Esta distinción es capital y ha de mantenerse en todas las circunstancias. De este modo, si hacer la guerra es un crimen, hacerla despreciando el derecho humanitario es un segundo crimen.⁶⁶

Entre los especialistas en el tema y desde el punto de vista del Derecho Internacional Público surge el siguiente interrogante "¿cómo conciliar la existencia de reglas que prohíben de manera general el uso de la fuerza entre Estados, con la existencia de un DIH que reglamenta dicho uso?"⁶⁷ No obstante dicha prohibición, los conflictos armados en el mundo continúan presentándose. Frente a la imposibilidad de poder evitarla "el DIH cumple la función de limitar la violencia una vez que la legalidad internacional se ha visto transgredida".⁶⁸ Se requiere comprender el sentido del DIH, "el cual reconociendo que en determinadas

⁶⁶ Pictet, Ob Cit., Pág.97

⁶⁷ NOVAK, Fabián. Derecho Internacional Humanitario, Pontificia Universidad Católica del Perú, Instituto de Estudios internacionales (IDEI), Fondo Editorial, Lima Perú 2003, Pág. 91

⁶⁸ Ídem

circunstancias nos vemos enfrentados a conflictos bélicos, considera que es factible lograr un cierto equilibrio entre las necesidades de la guerra y las consideraciones humanitarias, centradas en la dignidad humana.”⁶⁹

d) Señala Pictet cómo, las normas del Derecho Internacional Humanitario, más que otras corren el riesgo de no ser observadas. Se puede incluso decir que el ideal en que se inspira el derecho humanitario es difícil de realizar porque exige de los individuos un comportamiento contrario al instinto natural, que empuja hacia el odio al enemigo. (...) El tiempo de conflicto es un periodo de crisis. (...) Durante el combate el soldado no está en su estado normal, ha visto caer a su alrededor a algunos de sus compañeros y a otros agonizar ante sus ojos. Por ello teme en todo instante a una emboscada; desconfía de todos los que se acercan a él, todo su ser está orientado hacia la defensa, la respuesta en una palabra, la violencia. Además en tiempo de guerra, una vida humana a veces pesa bastante poco en la balanza. Por lo tanto, hay peligro de que el militar no se comporte entonces de manera razonable, civilizada, moderada. Así pues se debe saber que el derecho humanitario no siempre es respetado, incluso podría decirse que nunca es respetado completamente.

En efecto, la hostilidad y el rigor del conflicto ponen al combatiente en una posición de dificultad extrema en la que pese a la amenaza constante por parte del enemigo a su integridad, a su vida y a cualquiera que sea su objeto de protección, debe reaccionar y adoptar un comportamiento que garantice unos derechos mínimos a su opositor. A esto debe agregarse que son incontables las circunstancias particulares que rodean y caracterizan una confrontación armada, como cuando se ve involucrada directa o indirectamente la población civil o cuando el adversario tiene claro que no atenderá las reglas del combate, el uso de armas y métodos no convencionales, en fin diversas circunstancias que exacerban

⁶⁹ UPRIMY, Rodrigo. Sentido y Aplicabilidad del Derecho Internacional Humanitario en Colombia, Compilador Villarraga Sarmiento Álvaro, Derecho Internacional Humanitario en Colombia – Problemática y Aplicación TM Editores – Oficina del Alto Comisionado para la Paz, Bogotá 1998; Tomo II Pág. 83

las condiciones del enfrentamiento.⁷⁰

Conclusiones

Así, se observa en el Derecho Internacional Humanitario una normatividad que presenta características realmente excepcionales, consagrada en instrumentos multilaterales o simplemente creada por la costumbre desde el tiempo mismo del origen del hombre, aceptada en casi todos los países del mundo, precisamente en atención a los fines que persigue, que es la defensa del ser humano y en últimas de la humanidad, aplicable en situaciones verdaderamente críticas como los conflictos armados, caracterizados generalmente por el radicalismo y el fundamentalismo.

Llama la atención cómo el derecho humanitario surge de las experiencias desafortunadas que han constringido las distintas guerras que ha soportado la humanidad y los estragos que han causado, precisamente es con base en la experiencia que se predica su necesidad, en tanto los conflictos armados internacionales o sin carácter internacional parecen inevitables. Con todo, pese a esa aceptación generalizada, todavía existe reticencia al momento preciso de ser exigible su aplicación. Esto puede obedecer a que ello conlleva el reconocimiento implícito de tener que acudir a la fuerza, lo cual parece no ser justificable y en caso de serlo, constituye una piedra en el camino, sobre todo en el ámbito de los conflictos armados internacionales en los que se quiere vencer al adversario de cualquier manera. En el caso de los conflictos armados no internacionales, tener que acudir a esta normatividad parece reconocer implícitamente cierto debilitamiento del Estado.

⁷⁰ Aquí es oportuno referir: “La finalidad primordial del Derecho Internacional Humanitario es tratar de hacer escuchar la voz de la razón y de la ley en aquellas situaciones en que las armas puedan acallarla, recordando que un ser humano, incluso un enemigo, sigue siendo una persona digna de respeto y de protección” Ob. Cit., C. Swinarski, Principales Nociones e Institutos del DIH, Pág. 90

Sin embargo, tan fundamental resulta ser esta normatividad que está regida por una serie de principios universalmente reconocidos, cuyo respeto es tan deseable cuando se presentan las circunstancias fácticas que exigen su vigencia, como reprochable es su desconocimiento en esas mismas condiciones.

1.4 CONFLICTOS ARMADOS SIN CARÁCTER INTERNACIONAL

Sobre este asunto enseña el profesor Pictet "de 1900 a 1941, de 24 conflictos armados, 19 fueron internacionales y 5 solamente no internacionales. Desde entonces la proporción se ha invertido. De 1945 a 1969 de 97 conflictos 15 solamente fueron internacionales, 26 no internacionales, mientras que 56 fueron mixtos o guerras de liberación" y agrega: "Finalizada la segunda conflagración mundial se vio muy pronto que habría cada vez menos guerras internacionales y cada vez más guerras civiles: No cabe duda de que la subversión ha llegado a ser el arma favorita."⁷¹ Asimismo, "el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) presentó su -informe sobre la protección de las víctimas de la guerra- a la Conferencia internacional para la protección de las víctimas de la guerra (Ginebra, 30 de agosto al 1° de septiembre de 1993), en el cual se destacan dos puntos: (...) b) la gran mayoría de los conflictos armados son de índole interna y la gran mayoría de víctimas de estos son civiles."⁷²

Los conflictos armados no internacionales se desarrollaron "al amparo del principio de autodeterminación de los pueblos, según el cual -los pueblos establecen libremente su condición política y proveen su desarrollo económico, social y

⁷¹ Pictet J. Ob. Cit Pág. 93 Ver también a Gerhard Werle, Tratado de Derecho Penal Internacional, Editorial Tirant to Blanch, Valencia 2005, Pág. 434 "Desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, nuevas formas de conflicto – por cierto no previstas en las guerras clásicas – han pasado a un primer plano. De distinto modo a lo que pudo ser constatado por Rousseau en el siglo XVIII, los Estados ya no tienen sólo a otros Estados como enemigos."

⁷² CAMARGO, Pedro Pablo. Derecho Internacional Humanitario, Leyer Editorial, segunda edición, Bogotá 2007, Pág. 112

cultural.”⁷³ Su continua ocurrencia, exigió al CICR adoptar medidas tendientes a la protección de las víctimas que de estos resultan. Lo primero fue introducir el artículo 3º común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949. Este hecho afrontó una primera dificultad: “someter al derecho internacional un fenómeno nacional”.⁷⁴ Inmediatamente, relucieron conceptos como el de soberanía del Estado, en virtud del cual, éste tiene total y plena independencia con relación a otros Estados y excluye la existencia de un poder distinto al establecido, aquel que quiere tener el que se subleva.”⁷⁵

En palabras del profesor J. Pictet -había que salvar dos obstáculos enormes, casi insuperables: las murallas de las dos sacrosantas ciudadelas que se llaman la soberanía nacional y la seguridad del Estado-. De allí se deriva, "la obsesión de los Estados que viven un conflicto armado interno de negarse a reconocer la existencia misma del conflicto y de la otra parte. - Este fenómeno, indudablemente - "está relacionado con el rechazo a eventuales injerencias en la situación interna por parte de otros Estados u organizaciones internacionales, y por las consecuencias que se puedan derivar en el status de los rebeldes.”⁷⁶ Sin embargo, el proceso evolutivo del derecho internacional a favor del ser humano, introdujo "la

⁷³ Ídem

⁷⁴ J. Pictet, Op cit Pág. 57

⁷⁵ HEYCK PUYANA, Ana Caterina. Sí al acuerdo humanitario, Razones históricas, políticas y jurídicas para realizarlo, La Silueta Ediciones Ltda., Primera edición. Bogotá 2004 “Cuestiones como el reconocimiento de beligerancia, el estatuto de prisioneros de guerra y la soberanía estatal continúan siendo piedras en el zapato en el avance del Derecho Internacional Humanitario aplicable a los conflictos armados. No obstante que hoy en día en el derecho internacional, el concepto de soberanía estatal se entiende revitalizado en función de los derechos humanos; lo cual se evidencia en la jurisdicción universal, la creación de tribunales penales internacionales; como el de Yugoslavia, Ruanda y la Corte Penal Internacional; todavía continúa siendo esgrimido como excusa para inaplicar el Derecho internacional Humanitario en los conflictos de carácter interno” Pág. 28

⁷⁶ Al escribir sobre los obstáculos en la aplicación del DIH, el doctor Valencia Villa señala: “Los gobiernos no rechazan la observancia de esas normas humanitarias, pero lo que les preocupa realmente es que aceptar su aplicación es reconocer la existencia misma del conflicto armado, lo cual debilita su situación política ya que el interés esencial del Estado es protegerse a si mismo”. Valencia Villa Alejandro, Derecho Humanitario para Colombia, Defensoría del Pueblo. Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá 1994

preocupación por la promoción de la dignidad del ser humano y su protección en la esfera internacional, emergiendo, junto al clásico principio de soberanía de los Estados, el del reconocimiento y protección internacional de la persona."⁷⁷

Así, la expresión de conflicto armado de carácter no internacional o conflicto interno se consagró por primera vez en el artículo 3° común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949. Hasta su expedición, "los conflictos armados internos eran tratados bajo el dominio reservado de los Estados y se regían por el derecho interno, sobre todo por el régimen de los estados de excepción."⁷⁸ Posteriormente, el Protocolo Adicional II de 1977 fue concebido como un instrumento que continuaría con la tarea iniciada por el artículo 3° común. Se considera de vital importancia revisar el texto de una y otra normatividad:

Artículo 3° común a los cuatro Convenios de Ginebra:

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

Nótese, se trata de una serie de normas jurídicas dirigidas a proteger a las personas que no participan directamente en las hostilidades, las personas puestas fuera de combate y los heridos enfermos y náufragos. A su turno, el artículo 1 del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, al referir el ámbito de aplicación material dispone:

⁷⁷ F. Novak. Ob. cit Pág. 259

⁷⁸ P. Camargo Ob. cit Pág. 112

1. *El presente Protocolo, que desarrolla y complementa el artículo 3° común a los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, sin modificar sus actuales condiciones de aplicación, se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1° del Protocolo Adicional a los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo.*

2. *El Presente Protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados.*

Obsérvese, ninguno de los dos instrumentos contiene una definición de lo que debe entenderse por conflicto armado interno. El artículo 3° Común enuncia las disposiciones mínimas que deberán ser observadas por las "partes" en conflicto, pero no señala lo que debe entenderse por conflicto armado sin carácter internacional. Al parecer, se consideró que la ausencia de una definición resultaba conveniente para no restringir la aplicación del llamado por la doctrina "convenio en miniatura".⁷⁹

Por su parte el artículo 1° del Protocolo II establece que sus normas se aplicaran a los conflictos sin carácter internacional que se desarrollen en el territorio de una

⁷⁹ Ver a TORREBLANCA, Godofredo, Jurista de la Delegación Regional del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) en Lima, artículo titulado: El Derecho Internacional Humanitario en el caso del Conflicto Armado no Internacional, Coordinador F. Novak, Ob. cit, Pág.268

Alta Parte Contratante, entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados y optó por establecer algunos criterios relativamente objetivos para determinar su aplicabilidad. “Lejos de establecer un criterio que permita definir el conflicto armado que no presenta el carácter internacional, el Protocolo adicional II se limita a desarrollar y completar las reglas establecidas por el artículo 3° sin modificar sus condiciones de aplicación.”⁸⁰

Es por ello que ha sido necesario recurrir a la jurisprudencia internacional y a la doctrina con el fin de dejar sentados algunos parámetros que permitan determinar con mayor grado de claridad o de certeza los principales hechos que caracterizan una situación de conflicto armado interno y que en consecuencia, son regulados por el artículo 3° Común y por el Protocolo Adicional II.

Para aclarar un poco el panorama en el que nos deja las disposiciones mencionadas seguiremos al profesor Alejandro Ramelli,⁸¹ quien elabora un análisis sobre el particular, por supuesto sin dejar de acudir para el mismo efecto a las fuentes jurisprudenciales de los Tribunales Internacionales. En efecto, en lo que hace relación al artículo 3° común a los cuatro Convenios se coligen dos aspectos importantes. En primer lugar, que no se trate de un conflicto armado entre Estados ni de los que refiere el numeral 4° del artículo 1° - Protocolo Adicional I, es decir aquellos en los que los pueblos luchan contra la dominación colonial, la ocupación extranjera o los regímenes racistas.

⁸⁰ TPIR, caso del Fiscal vs. Jean Paul Akayesu, Sentencia proferida el 2 de septiembre de 1998 por la Sala de Primera Instancia “Additional Protocol II does not in itself establish a criterion for a non-international conflict, rather it merely develops and supplements the rules contained in Common Article 3 without modifying its conditions of application.” <http://www.unict.org/Portals/0/Case/English/Akayesu/judgement/akay001.pdf> Traducción extraída de Jurisprudencia Penal internacional Aplicable en Colombia, Ramelli Arteaga Alejandro, GIZ, Universidad de los Andes, Embajada de la República Federal de Alemania, Bogotá 2011, Pág. 103

⁸¹ RAMELLI ARTEAGA, Alejandro. La Constitución Colombiana y el Derecho Internacional Humanitario, 2ª Edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, Pág. 54 y ss.

Por otro lado, la disposición consagra la expresión de -conflicto armado-, concepto que debe entenderse de acuerdo con lo señalado por el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia de la siguiente manera:

(...) existe un conflicto armado siempre que se recurre a la fuerza armada entre los Estados o violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados, o entre tales grupos dentro de un Estado. El derecho internacional humanitario se aplica a partir de la iniciación de tales conflictos armados y se extiende más allá del cese de las hostilidades hasta que se celebra un tratado de paz; o en el caso de los conflictos internos, se alcanza un acuerdo pacífico. Hasta ese momento, el derecho internacional humanitario continúa aplicándose en el territorio entero de los Estados en guerra o, en el caso de los conflictos internos, todo el territorio bajo el control de una parte, si ahí toma lugar o no un combate real.⁸²

Ahora bien, en el caso de los conflictos armados internos, específicamente sobre el alcance del artículo 3° común, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos hizo un importante pronunciamiento⁸³ en el que refirió la necesidad de que la situación por definir haya trascendido un mero “disturbio interior” o “tensión interna”, para constituir un conflicto armado de carácter no internacional que permita la aplicación de las normas humanitarias. Para ese efecto, la Comisión

⁸² Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso Fiscal Vs Dusko Tadic, sentencia relativa a la apelación de la defensa concerniente a la excepción previa de incompetencia, proferida el 2 de octubre de 1995, Párr. 70 consultada en <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm> On the basis of the foregoing, we find that an armed conflict exists whenever there is a resort to armed force between States or protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State. International humanitarian law applies from the initiation of such armed conflicts and extends beyond the cessation of hostilities until a general conclusion of peace is reached; or, in the case of internal conflicts, a peaceful settlement is achieved. Until that moment, international humanitarian law continues to apply in the whole territory of the warring States or, in the case of internal conflicts, the whole territory under the control of a party, whether or not actual combat takes place there. Traducción no oficial tomada de Prieto Sanjuán Rafael, Tadic: Internacionalización de los conflictos internos y responsabilidad individual, Pontificia Universidad Javeriana, Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá, 2005, Pág. 126

⁸³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos Caso 11.137 (Argentina) Informe aprobado el 18 de noviembre de 1997, consultado en <http://www.cidh.oas.org/annualrep/97span/Argentina11.137c.htm>

refirió un comentario de 1973 al Proyecto de Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra, en el que el Comité Internacional de la Cruz Roja definió esos conceptos a través de tres ejemplos que no son taxativos, a saber:

- motines, vale decir, todos los disturbios que desde su comienzo no están dirigidos por un líder y que no tienen una intención concertada;
- actos de violencia aislados y esporádicos, a diferencia de operaciones militares realizadas por las fuerzas armadas o grupos armados organizados;
- otros actos de naturaleza similar que entrañen, en particular, arrestos en masa de personas por su comportamiento u opinión política

De igual manera, vale la pena mencionar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos acoge lo referido por el CICR, para efecto de considerar -el nivel de violencia que comportan- tales “tensiones graves” o “disturbios interiores”, como rasgo principal de diferenciación. En el mismo sentido, la Comisión destaca el concepto que sobre disturbios interiores refirió dicho Comité, para el efecto dice que se trata de:

(...) situaciones en las cuales no existe un conflicto armado sin carácter internacional como tal, pero se produce una confrontación dentro de un país, que se caracteriza por cierta gravedad o duración y que trae aparejados actos de violencia (...). En esas situaciones que no conducen necesariamente a la lucha abierta, las autoridades en el poder emplazan fuerzas policiales numerosas, o incluso fuerzas armadas, para restablecer el orden interno.

Vale la pena resaltar también aspectos fundamentales mencionados por la Comisión Interamericana dentro del mismo caso, al referir las características o hechos relevantes que se presentan en un conflicto armado interno, de acuerdo

con lo dispuesto por el artículo 3° común. Obsérvese principalmente que en criterio de la Comisión, la intensidad del conflicto armado no necesariamente debe ser de gran escala:

“(…) El artículo 3 común simplemente hace referencia a este punto pero en realidad no define "un conflicto armado sin carácter internacional". No obstante, en general se entiende que el artículo 3 común se aplica a confrontaciones armadas abiertas y de poca intensidad entre fuerzas armadas o grupos relativamente organizados, que ocurren dentro del territorio de un Estado en particular. Por lo tanto, el artículo 3 común no se aplica a motines, simples actos de bandolerismo o una rebelión no organizada y de corta duración. Los conflictos armados a los que se refiere el artículo 3, típicamente consisten en hostilidades entre fuerzas armadas del gobierno y grupos de insurgentes organizados y armados. También se aplica a situaciones en las cuales dos o más bandos armados se enfrentan entre sí, sin la intervención de fuerzas del gobierno cuando, por ejemplo, el gobierno establecido se ha disuelto o su situación es tan débil que no le permite intervenir. Es importante comprender que la aplicación del artículo 3 común no requiere que existan hostilidades generalizadas y de gran escala, o una situación que se pueda comparar con una guerra civil en la cual grupos armados de disidentes ejercen el control de partes del territorio nacional. La Comisión observa que el Comentario autorizado del CICR sobre los Convenios de Ginebra de 1949 indica que, a pesar de la ambigüedad en el umbral de aplicación, el artículo 3 común debería ser aplicado de la manera más amplia posible.”

Y continúa la Comisión:

“El problema más complejo en lo que se refiere a la aplicación del artículo 3 común no se sitúa en el extremo superior de la escala de violencia interna, sino en el extremo inferior. La línea que separa una situación particularmente violenta de disturbios internos, del conflicto armado de nivel

"inferior", conforme al artículo 3, muchas veces es difusa y por lo tanto no es fácil hacer una determinación. Cuando es necesario determinar la naturaleza de una situación como la mencionada, en el análisis final lo que se requiere es tener buena fe y realizar un estudio objetivo de los hechos en un caso concreto."

A su turno, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda⁸⁴ ha referido como criterios de distinción entre conflictos armados internos y situaciones de disturbios interiores la intensidad y gravedad que en numerosas ocasiones, los conflictos armados internos pueden registrar, ó aquél y la organización de las partes. Obsérvese:

"Para pronunciarse acerca de la existencia de un conflicto armado interno se deben apreciar dos elementos: 1) la intensidad del conflicto; y 2) la organización de las partes. Estos elementos sirven, al menos y únicamente, para diferenciar un conflicto armado del bandolerismo, de insurrecciones desorganizadas y de corta duración, o de actividades terroristas, que no son reguladas por el derecho internacional humanitario. El campo de aplicación especial y temporal del anterior criterio hace parte de una jurisprudencia constante: el tribunal conoce de los crímenes cometidos sobre el conjunto del territorio controlado por una parte en el conflicto, hasta que un arreglo pacífico haya sido alcanzado."

Ahora bien, el artículo 3° tampoco señala quiénes podrían ostentar la calidad de -

⁸⁴ TPIR, caso del Fiscal vs. Jean Paul Akayesu, Sentencia proferida el 2 de septiembre de 1998 por la Sala de Primera Instancia TPIR. Consultada en <http://www.icty.org/x/cases/limaj/tjug/en/lim-tj051130-e.pdf> "Under this test, in establishing the existence of an armed conflict of an internal character the Chamber must assess two criteria: (i) the intensity of the conflict and (ii) the organisation of the parties. These criteria are used "solely for the purpose, as a minimum, of distinguishing an armed conflict from banditry, unorganized and short-lived insurrections, or terrorist activities, which are not subject to international humanitarian law."296 The geographic and temporal framework of this test is also settled jurisprudence: crimes committed anywhere in the territory under the control of a party to a conflict, until a peaceful settlement of the conflict is achieved, fall within the jurisdiction of the Tribunal." Traducción extraída de Jurisprudencia Penal internacional Aplicable en Colombia, Ramelli Arteaga Alejandro, GIZ, Universidad de los Andes, Embajada de la República Federal de Alemania, Bogotá 2011, Pág. 106

parte-. Ramelli propone que se entienda “toda agrupación que sostenga un enfrentamiento armado, bien sea contra otra organización que comparta similares características, o contra las fuerzas armadas o de policía del Estado. Debe así mismo disponer de cierta organización, lo cual comporta una distribución de tareas, sin que sea necesaria la existencia de una jerarquía rígida y de un mando responsable, propios de un ejército regular. (...) Normalmente persigue la consecución de unos objetivos políticos y militares más o menos definidos.” Asimismo, se refiere que es usual a tales organizaciones el uso de una simbología que los represente así como a los ideales y valores que pregonan.

Otra circunstancia de trascendental importancia por la discusión que genera, es que la normatividad no impone que el conflicto armado interno se encuentre localizado en uno o varios lugares específicos del territorio del Estado o diseminado en todo el territorio. Esto no es requisito para que una organización sea reconocida como parte en el conflicto armado.

En cuanto lo dispuesto en el artículo 1 del Protocolo Adicional II, se colige la exigencia de las siguientes condiciones esenciales para su aplicación, sobre las que se ha dicho “resulta bastante inusual que éstos se encuentren presentes cumulativamente”⁸⁵

El Protocolo II, al igual que el artículo 3° común descarta su aplicación para los conflictos que se presentan entre Estados y expresamente menciona que sus normas se dirigen a aquellos que no sean de los mencionados en el numeral 4 del artículo 1° Protocolo Adicional I. “Esta definición por exclusión de las situaciones enmarcadas en el Protocolo I establece la distinción entre los conflictos armados internacionales y los conflictos armados no internacionales. Los sujetos de derecho que se enfrentan difieren según la categoría del conflicto. En un conflicto

⁸⁵ Ob cit, Ramelli, Pág. 61

armado no internacional se enfrentan partes cuyo estatuto jurídico es fundamentalmente desigual. Los insurrectos, es decir, la mayoría de las veces una parte de la población, lucha contra el gobierno establecido, que actúa en el ejercicio del poder público originario.”⁸⁶ Si bien, no consagra la definición de conflicto armado interno, describe una serie de condiciones bajo las cuales debe entenderse que éste se presenta, a saber:

- a. El conflicto debe desarrollarse en el territorio de una Alta Parte contratante. Sobre este particular la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al referirse al artículo 3° común señaló que éste atañe a las confrontaciones armadas que ocurren dentro del territorio de un Estado en particular, no siendo necesario que los enfrentamientos armados se desarrollen en una extensión mínima determinada del territorio.⁸⁷

Asimismo, el Tribunal penal Internacional para Ruanda, al pronunciarse sobre el contenido del artículo 3° y el Protocolo II señaló:⁸⁸

“Esta concepción se refleja en el hecho de que los beneficiarios del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra son los que no participan directamente (o han dejado de participar) en las hostilidades. Esto indica que las normas

⁸⁶ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos – Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional, Vol. III, tercera Edición, Bogotá 2003, Pág. 44, tomado de V. Actas VIII, pp. 209-210 CDDH/I/SR.22, párrs. 13-14 – Comentario del Título I del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, S. Janés, Bogotá CICR, Ginebra, 1998. versión español publicada por el CICR y Plaza y Janés, Bogotá, 1998.

⁸⁷ Ob Cit. CIDH, Juan Carlos Abella Vs. Argentina, informe n.º 55/97, caso 11.137, Párr. 152

⁸⁸ Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso Fiscal Vs Dusko Tadic, sentencia relativa a la apelación de la defensa concerniente a la excepción previa de incompetencia, proferida el 2 de octubre de 1995, Párr. 69 consultada en <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>, traducción informar “This conception is reflected in the fact that beneficiaries of common Article 3 of the Geneva Conventions are those taking no active part (or no longer taking active part) in the hostilities. This indicates that the rules contained in Article 3 also apply outside the narrow geographical context of the actual theatre of combat operations.”

contenidas en el artículo 3 también se aplican fuera del estrecho marco geográfico del teatro real de las operaciones de combate.”

Es decir, el Tribunal ha señalado que “la aplicación de las normas del Derecho Internacional humanitario no se circunscribe solamente al territorio donde se desarrollan las hostilidades, una vez que éstas han sido constatadas, sino que exceden su extensión en la medida en que sea necesario, para garantizar eficazmente su función protectora.”⁸⁹

b. Entre las Fuerzas armadas de una Alta Parte contratante y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados.

Estos últimos, las fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados deben cumplir con una serie de condiciones para ser consideradas como parte dentro de un conflicto armado interno. Pero antes de continuar, precítese que el Protocolo II no define ni aporta criterio alguno bajo el cual deban entenderse tales conceptos. En el caso de las fuerzas armadas disidentes podría entenderse que “una parte del ejército gubernamental se subleva”⁹⁰ y en cuanto al término -grupos armados organizados- puede derivarse de la “índole colectiva del enfrentamiento, que no puede ser el hecho de individuos aislados sin coordinación”.⁹¹

El profesor Ramelli hace algunos intentos teniendo como punto de referencia los proyectos presentados por algunos países antes de su aprobación. Así, refiere el proyecto presentado por Pakistán en el que se dijo que las fuerzas disidentes deben realizar “actos hostiles contra las autoridades en el poder”. También refiere

⁸⁹ Ver a TORREBLANCA, Godofredo, Jurista de la Delegación Regional del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) en Lima, artículo titulado: El Derecho Internacional Humanitario en el caso del Conflicto Armado no Internacional, Coordinador F. Novak, Ob. cit, Pág.272

⁹⁰ Ob Cit. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos – Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional, Vol. III, tercera Edición, Bogotá 2003, Pág. 45

⁹¹ Ídem

una aclaración de voto presentada por Zaire en la que se precisó que las fuerzas disidentes eran “ante todo un grupo rebelde que carece de personalidad jurídica internacional (...). Su único estatuto jurídico es el que se les ha acordado dentro del marco del derecho interno de su Estado nacional”.

Ahora bien, frente a los grupos armados organizados refiere Ramelli que la Conferencia Diplomática reunida de 1974 – 1977 quiso darle un marco jurídico a un fenómeno que se ha presentado de manera constante y que no es ajeno al contexto latinoamericano, el fenómeno de guerrilla, insurgentes, rebeldes, alzados en armas, subversivos, grupos terroristas o narcotraficantes.

c. Que esté bajo la dirección de un mando responsable.

Es decir, “es necesario que los grupos organizados tengan una organización mínima, (...) algunos autores señalan que a esa organización mínima debe sumarse una noción o carácter de colectividad.”⁹² Este requisito básicamente se refiere a que, al “organizarse el grupo armado se distribuyen las tareas, se fijan responsabilidades individuales, se establece una jerarquía que puede llegar a ser totalmente vertical y por lo general se fijan unas reglas para la sucesión en el mando en caso de muerte durante el combate. Se adopta de esta manera una estructura similar a la castrense, en especial durante una etapa muy avanzada del conflicto armado interno.”⁹³

Por su parte la Comisión Interamericana de Derechos Humanos dijo, sobre éste

⁹² Ob. Cit TORREBLANCA, Godofredo, Pág. 272

⁹³ Ob cit. Ramelli, Pág. 68 Ver también en Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos – Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional, Vol. III, tercera Edición, Bogotá 2003, Pág. 46 “La existencia de un mando responsable implica una cierta organización de los grupos armados insurrectos o de las fuerzas armadas disidentes, pero ello no significa forzosamente la implantación de un sistema de organización militar jerárquico similar al de las fuerzas armadas regulares. Se trata de una organización suficiente para concebir y realizar, operaciones militares sostenidas y concertadas y, por otra, para imponer una disciplina en nombre de una autoridad de hecho”.

particular que “los grupos enfrentados deben ser relativamente organizados.”⁹⁴ Asimismo el TPIR refirió que “el término conflicto armado, por sí mismo sugiere (...) hostilidades entre fuerzas armadas organizadas, en mayor o menor medida.”⁹⁵

d. Que ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones sostenidas y concertadas.

Sobre este aspecto se ha dicho que “el control se traduce en el dominio de una parte del territorio (...) No se especifica la porción del territorio (...) Es la palabra – tal- la que da la clave de la interpretación. El control debe ser suficiente para poder realizar operaciones sostenidas y concertadas y aplicar el protocolo”⁹⁶ “La continuidad de las operaciones significa que éstas no sean esporádicas. Son concertadas a partir del momento que responden a la ejecución de un plan acordado con cierta antelación por los miembros de un grupo organizado.”⁹⁷

Vale la pena mencionar que a diferencia de lo establecido sobre éste elemento en el Protocolo Adicional II, el Estatuto de Roma no lo exige para efectos de su aplicación, así como tampoco que se encuentre bajo la dirección de un mando responsable, sino que se trate de grupos armados, los cuales deben tener un grado suficiente de organización, a fin de que puedan llevar a cabo una violencia armada prolongada.⁹⁸

⁹⁴ Ob Cit. CIDH Juan Carlos Abello Vs. Argentina Párr. 152

⁹⁵ Ob Cit. TPIR, caso del Fiscal vs. Jean Paul Akayesu, Sentencia proferida el 2 de septiembre de 1998 por la Sala de Primera Instancia, “the term armed conflict in itself suggests hostilities between armed forces organized to a greater or lesser extent.”Párr 620 Traducción informal.

⁹⁶ Ob. Cit. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos – Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional, Vol. III, tercera Edición, Bogotá 2003, Pág.46

⁹⁷ Ob cit. Ramelli, Pág. 69

⁹⁸ Ver Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 8, 2 (f). Así lo ha reconocido la Corte Penal Internacional en decisión de 14 de marzo de 2012, asunto the Persecutor Vs. Thomas Lubanga Dyilo, Párr 536

- e. Por último, para que la fuerza disidente o grupo armado sea reconocido como parte en un conflicto armado interno, se le impone la obligación de aplicar el Protocolo II.

Por supuesto “se trata de una exigencia que propende por una cierta igualdad en relación con las obligaciones internacionales a las que se encuentran sometidos los combatientes a pesar de tratarse de conflictos que son por esencia asimétricos (desde el punto de vista legal y por las condiciones materiales en que se encuentran las dos partes en contienda), y que busca alcanzar una mayor protección para quiénes no participan directamente en las hostilidades.”⁹⁹ También se ha dicho “cabe razonablemente esperar que las partes apliquen las normas que ha desarrollado el protocolo, puesto que poseen la infraestructura mínima indispensable.”¹⁰⁰

Ahora bien, no se puede pasar por alto lo dispuesto en el numeral 2°, artículo 1° del Protocolo adicional II, que expresamente excluye de su ámbito de aplicación las situaciones de tensiones internas y disturbios interiores, ejemplificando como tales los motines y los actos esporádicos y aislados de violencia que en todo caso no son conflictos armados internos. Es por tanto, imperioso contar con una aproximación al significado de estos términos para efectos de determinar en que casos los hechos revisten características propias de un conflicto armado y en qué casos no.

Sobre el particular, la Sala de Primera Instancia del TPIY en el caso Fiscal vs. Fatmir Limaj, anteriormente citado, reiterando lo señalado en la sentencia del caso

⁹⁹ Ob cit. Ramelli, Pág. 69

¹⁰⁰ Ob Cit. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos – Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional, Vol. III, tercera Edición, Bogotá 2003, Pág. 48

Tadic dijo:

“Los dos elementos determinantes de un conflicto armado, la intensidad del conflicto y la organización de las partes, sirven -únicamente a efectos de distinguir un conflicto armado del bandolerismo, de insurrecciones desorganizadas y de corta duración, y de actividades terroristas, que no se encuentran sometidas al derecho internacional humanitario.- Bastará, por tanto, con que exista un cierto grado de organización entre las partes para que se presente un conflicto armado.”

En consecuencia, para determinar la existencia de un conflicto armado la Sala aplicará el criterio planteado en el asunto “Tadic”, relativo a la competencia. Como lo han concluido otras Salas del tribunal y del TPIR, la intensidad de un conflicto y la organización de las partes son cuestiones fácticas que deben ser resueltas a la luz de los elementos de prueba. Por ejemplo, para apreciar la intensidad de un conflicto ciertas Salas han tomado en cuenta unos elementos, tales como la gravedad de los ataques y la multiplicación de los enfrentamientos armados, la propagación de los enfrentamientos sobre un territorio y un período dados, el reforzamiento de los efectivos de las fuerzas gubernamentales y la intensificación de los armamentos de ambas partes en conflicto, así como la cuestión de determinar si el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas se ha interesado por el conflicto y ha adoptado resoluciones. Tratándose de la organización de las partes en conflicto, algunas Salas del tribunal han tenido en cuenta elementos como la existencia de un cuartel general y de un teatro de operaciones definido, así como la capacidad para procurarse, transportar y distribuir armas”.¹⁰¹

¹⁰¹ TPIY, caso Fiscal vs. Fatmir Limaj Decisión, Párr. 89 y 90 consultada en <http://www.icty.org/x/cases/limaj/tjug/en/lim-tj051130-e.pdf> “The two determinative elements of an armed conflict, intensity of the conflict and level of organisation of the parties, are used “solely for the purpose, as a minimum, of distinguishing an armed conflict from banditry, unorganized and short lived insurrections, or terrorist activities, which are not subject to international humanitarian law.” Therefore, some degree of organisation by the parties will suffice to establish the existence of an armed conflict. 90. “For these reasons the Chamber will apply the test enumerated in the Tadic Jurisdiction Decision to determine whether the existence of an armed conflict has been established. Consistently with decisions of other Chambers of this

Igualmente la doctrina ha señalado sobre las situaciones de tensiones internas y disturbios interiores, que pese a no ser conflictos armados internos revisten un alto grado de gravedad por cuanto ponen en riesgo la vida, la integridad personal de la población civil, la seguridad e incluso la gobernabilidad de un Estado, pese a lo anterior, no revisten el carácter de conflicto armado interno.¹⁰² Conviene referir algunas características que los identifican para poder diferenciarlos.

Ramelli, anota que las tensiones internas se presentan por lo común como reflejo de una fuerte crisis de gobernabilidad de un Estado, creada por enfrentamientos no necesariamente violentos, entre fracciones o grupos políticos, éticos, religiosos o sociales entre sí, o con las fuerzas armadas o de policía del Estado. Esos hechos pueden tener lugar en el preludio de un conflicto armado interno, o al término del mismo debido a la insatisfacción que los acuerdos de paz o la ejecución de estos crea en ciertos sectores de la población, o durante procesos de tránsito o consolidación democrática, o como una manifestación de un descontento generalizado que puede servir como catalizador para la introducción de cambios democráticos al interior del sistema político. “Sus características son

Tribunal and of the ICTR, the determination of the intensity of a conflict and the organisation of the parties are factual matters which need to be decided in light of the particular evidence and on a case-by-case basis. By way of example, in assessing the intensity of a conflict, other Chambers have considered factors such as the seriousness of attacks and whether there has been an increase in armed clashes, the spread of clashes over territory and over a period of time, any increase in the number of government forces and mobilisation and the distribution of weapons among both parties to the conflict, as well as whether the conflict has attracted the attention of the United Nations Security Council, and, whether any resolutions on the matter have been passed. With respect to the organisation of the parties to the conflict Chambers of the Tribunal have taken into account factors including the existence of headquarters, designated zones of operation, and the ability to procure, transport, and distribute arms.” traducción extraída de Jurisprudencia Penal internacional Aplicable en Colombia, Ramelli Arteaga Alejandro, GIZ, Universidad de los Andes, Embajada de la República Federal de Alemania, Bogotá 2011, Pág. 107

¹⁰² “La noción de disturbios interiores y de tensiones internas puede ilustrarse mediante una lista no restrictiva de ejemplos de esas situaciones: los motines, como manifestaciones que no tienen un propósito inicial concretado; los actos aislados y esporádicos de violencia, por oposición a las operaciones militares realizadas por fuerzas armadas o grupos armados; los otros actos análogos, que abarcan, en particular, las detenciones masivas de personas a causa de sus actos o de sus opiniones” Ob cit. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos – Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional, Vol. III, tercera Edición, Bogotá 2003, Pág. 49 y 50, tomado de Comentarios de Proyectos, Pág. 138

arrestos en masa, elevado número de detenidos políticos, probables malos tratos o condiciones inhumanas de detención, suspensión de garantías judiciales fundamentales (...) denuncia desapariciones forzadas.¹⁰³ (...) La violencia por lo general desborda los índices considerados “normales” en el seno de la sociedad civil, y son comunes los casos de desapariciones forzadas, torturas y detenciones ilegales.¹⁰⁴

Asimismo respecto de los disturbios interiores refiere que, revelan la existencia de una ruptura profunda del tejido social. El sistema político se encuentra inmerso en una crisis de gobernabilidad severa, que puede prolongarse por varias semanas e incluso meses. Sus causas son de diverso orden: los fanatismos religiosos, los nacionalismos exacerbados, las tentativas de golpe de Estado, el descontento generalizado de la población civil por los efectos de la corrupción estatal, las profundas desigualdades sociales o la aplicación de políticas estatales de corte segregacionista. Los disturbios por lo general, llevan consigo brotes de vandalismo callejero, ataques a edificios públicos, quema de vehículos, y en no pocas ocasiones casos de terrorismo.¹⁰⁵

¹⁰³ CAMARGO, Pedro Pablo. Derecho Internacional Humanitario, Leyer Editorial, segunda edición, Bogotá 2007, Pág. 112

¹⁰⁴ Ob cit. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos – Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional, Vol. III, tercera Edición, Bogotá 2003, Pág. 51 “en cuanto a las tensiones internas puede decirse que se trata, en particular, de situaciones de tensión grave (política, religiosa, racial, social, económica, etc.) o también de secuelas de un conflicto armado o de disturbios interiores. Esas situaciones presentan alguna de las siguientes características, si no todas a la vez: detenciones masivas; un elevado número de detenidos –políticos, probables malos tratos o condiciones inhumanas de detención, suspensión de las garantías judiciales fundamentales, sea, por la promulgación de un Estado de excepción, sea por una situación de hecho, denuncias de desaparición de personas.” Tomado de la doctrina del CICR

¹⁰⁵ Ídem, El CICR hizo en la primera reunión de la Conferencia de Expertos Gubernamentales de 1971, la siguiente descripción de los disturbios interiores: “Se trata de situaciones en las que, sin que haya, propiamente hablando, conflicto armado sin carácter internacional, existe sin embargo, a nivel interior, un enfrentamiento que presenta cierto carácter de gravedad o de duración y que da lugar a la realización de actos de violencia. Estos últimos pueden tener formas variables, que van desde generación espontánea de actos de sublevación hasta la lucha entre grupos más o menos organizados y las autoridades que ejercen el poder. En estas situaciones, que no degeneran forzosamente en lucha abierta, las autoridades que ejercen el poder apelan a cuantiosas fuerzas de policía, o bien a las fuerzas armadas, para restablecer el orden interno. El número elevado de víctimas ha hecho necesaria la aplicación de un mínimo de reglas humanitarias.”

Debe señalarse que “los disturbios interiores y las tensiones internas no están incluidas, hasta la fecha, en el ámbito de aplicación del derecho internacional humanitario. (...) Ello no significa, sin embargo, que no exista protección jurídica internacional aplicable a este tipo de situaciones cubiertas por los instrumentos universales y zonales de los derechos humanos.”¹⁰⁶

Retomando nuevamente lo señalado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en decisión proferida dentro del caso conocido como La Tablada, ocurrido en Argentina, se señaló que el conflicto armado, conlleva la verificación de los siguiente presupuestos: a) acciones armadas que se desarrollan en el territorio de un Estado; b) la existencia de grupos armados que cuentan con un mínimo de organización; c) la capacidad de realizar operaciones de carácter militar; y d) las confrontaciones son abiertas aunque no necesariamente de alta intensidad.¹⁰⁷

Entonces, en cuanto a las características de las confrontaciones, para la Comisión Interamericana éstas pueden ser de poca intensidad, siempre que se verifiquen los demás criterios y “-de corta duración- (...) Sin embargo, la expresión *de corta duración* alude necesariamente a un criterio de evaluación subjetivo que permite interpretaciones en diversos sentidos.”¹⁰⁸

Por su parte, como atrás se mencionó, el Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia, refiere el criterio de temporalidad para determinar la existencia de un

¹⁰⁶ Ídem Pág.52, Tomado del comentario del Preámbulo, supra, P. 72.

¹⁰⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos Caso 11.137 (Argentina) Informe aprobado el 18 de noviembre de 1997, consultado en <http://www.cidh.oas.org/annualrep/97span/Argentina11.137c.htm>; ver también G. Torreblanca Ob. cit, Pág. 269

¹⁰⁸ G. Torreblanca Ob. cit, Pág. 269, Juan Carlos Abella vs. Argentina., Informe n.º 55/97 aprobado el 18 de noviembre de 1997, caso 11.137. Consultado también en Ob Cit Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos. Volumen III P. 83

conflicto armado o no, criterio acogido por el Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

Como lo afirma la doctrina “estas diversas tendencias jurisprudenciales muestran la dificultad a la que se enfrenta el DIH en caso de conflicto armado interno.”¹⁰⁹ No obstante, cabe indicar que, mas allá de la carencia de definición y la diversidad de criterios desarrollados, la normatividad en análisis se aplica objetivamente en cuanto es verificada, independientemente de la opinión o calificación de las partes involucradas.”¹¹⁰ Aunque sin duda este hecho ha dificultado aún más la aplicación de las normas humanitarias. Retomando la jurisprudencia internacional, la Corte Constitucional Colombiana ha señalado que el conflicto armado interno hace referencia a “la violencia armada prolongada entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados, o entre tales grupos, dentro de un Estado.”¹¹¹

Conclusiones

Los conflictos armados no internacionales suelen presentar épocas de alta y baja intensidad y en ellos se suelen presentar hechos verdaderamente tan particulares, que no resulta una labor fácil adecuar la situación fáctica a las descripciones que para la noción de conflicto armado prevén el artículo 3° común y el Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra. En consecuencia, principalmente la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se han encargado de interpretar y precisar aspectos

¹⁰⁹ G. Torreblanca Ob. cit, Pág. 274 “El TPIY introduce el criterio de violencia armada prolongada o sostenida. Sobre este punto existen posiciones encontradas entre el Tribunal y la Comisión Interamericana. No obstante el criterio empleado por el TPIY ha sido posteriormente recogido por el TPIR, lo que evidencia, en parte, una clara postura de los Tribunales Penales Internacionales ad hoc”

¹¹⁰ TPIR “As per Common Article 3, these criteria have to be applied objectively, irrespective of the subjective conclusions of the parties involved in the conflict” Párr. 624

¹¹¹ Corte Constitucional Sentencia C-291 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

fundamentales a la hora de calificar una situación como conflicto armado no internacional, tales como organización de las partes, prolongación e intensidad de las hostilidades. Con un criterio muy afortunado se ha llegado a decir que “la determinación de la existencia de un conflicto armado debe realizarse no en abstracto, sino en atención a las características de cada caso particular.”¹¹²

1.5 ÁMBITO DE APLICACIÓN GEOGRÁFICO, MATERIAL y TEMPORAL DEL DIH

La complejidad que pueden revestir los conflictos armados, bien sean de carácter internacional o no internacional, en diversas ocasiones, conduce a la necesidad de determinar si un hecho específico se desarrolló con ocasión del conflicto armado y por tanto si le son aplicables las normas del DIH. Esto, en atención al lugar o a la fecha específica en que ocurrió ó incluso en atención a circunstancias en que tuvo lugar, verbigracia la actividad desempeñada en el momento de su comisión por parte del responsable. Es preciso establecer si a cualquier actividad desarrollada por las partes le es aplicable el DIH.

Sobre estos aspectos, la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales ha establecido unos criterios ya acogidos por la Corte Constitucional,¹¹³ muy oportunos para el objeto de este estudio. Uno de ellos fue referido en el proceso radicado IT-96-23, asunto “Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros”, a través de sentencia proferida el 12 de junio de 2002 por la Sala de Apelaciones del TPIY. Obsérvese:

¹¹² Ídem Con fundamento en La jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda que ha explicado “la definición de un conflicto armado per se se formula en abstracto; el que una situación pueda o no ser descrita como un “conflicto armado” que satisface los criterios del Artículo 3 Común, ha de decidirse en cada caso concreto”.

¹¹³ Corte Constitucional Sentencia C-291 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

La región donde se desarrollan efectivamente los combates no coincide necesariamente con la zona geográfica cubierta por el derecho de la guerra. Este último se aplica al conjunto del territorio de los Estados beligerantes o, en el caso de los conflictos armados internos, al conjunto del territorio controlado por una parte en el conflicto, independientemente de que allí se desarrollen combates o no, y continúa a aplicarse hasta la consecución de una paz general o, en el caso de los conflictos armados internos, hasta que un arreglo pacífico sea alcanzado. De hecho, una violación de las leyes o costumbres de la guerra puede ser cometida en un momento y en un lugar donde no se desarrolle combate alguno. Tal como lo ha indicado la Sala de Primera Instancia, puede existir un vínculo estrecho entre los actos de los acusados y el conflicto armado, incluso así los crímenes no se cometan simultáneamente con los combates efectivos, ni tampoco se ejecuten en el mismo sitio. Para que la anterior condición sea cumplida, bastará, por ejemplo, con que los crímenes alegados se hallen estrechamente vinculados con las hostilidades que se desarrollan en otros sitios del territorio controlado por las partes en conflicto.¹¹⁴

Entonces, según la jurisprudencia del Tribunal Internacional, en un conflicto armado interno el DIH se aplica, desde el punto de vista geográfico a todo el territorio dominado por una de las partes, sin que sea relevante que se desarrollen o no combates. Asimismo, en el ámbito temporal se aplica desde el inicio de las

¹¹⁴ Radicado: IT-96-23. Asunto “Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros”. Sentencia proferida el 12 de junio de 2002 por la Sala de Apelaciones del TPIY. Consultada en <http://www.icty.org/x/cases/kunarac/acjug/en/kun-aj020612e.pdf> “There is no necessary correlation between the area where the actual fighting is taking place and the geographical reach of the laws of war. The laws of war apply in the whole territory of the warring states or, in the case of internal armed conflicts, the whole territory under the control of a party to the conflict, whether or not actual combat takes place there, and continue to apply until a general conclusion of peace or, in the case of internal armed conflicts, until a peaceful settlement is achieved. A violation of the laws or customs of war may therefore occur at a time when and in a place where no fighting is actually taking place. As indicated by the Trial Chamber, the requirement that the acts of the accused must be closely related to the armed conflict would not be negated if the crimes were temporally and geographically remote from the actual fighting. It would be sufficient, for instance, for the purpose of this requirement, that the alleged crimes were closely related to hostilities occurring in other parts of the territories controlled by the parties to the conflict.” Párr. 57 traducción extraída de Jurisprudencia Penal internacional Aplicable en Colombia, Ramelli Arteaga Alejandro, GIZ, Universidad de los Andes, Embajada de la República Federal de Alemania, Bogotá 2011, Pág.

hostilidades hasta que sea realizado un arreglo pacífico. Es decir, una infracción al DIH puede ser cometida en un lugar y en un momento en el que no se desarrollen combates. En tal caso deberá existir un vínculo entre los actos perpetrados por el victimario y el conflicto armado, en cuyo contexto necesariamente deberán cometerse tales actos, es decir, deberán ser cometidos con ocasión de ese conflicto. “No todo acto ilícito cometido durante un conflicto armado se encuentra sometido al DIH.”¹¹⁵ Obsérvese:

En ese orden de ideas, los crímenes de guerra se diferencian de las infracciones a las normas penales internas en la medida en que se encuentren determinadas por el contexto en el cual son cometidas (el conflicto armado) o dependen de él. El crimen de guerra no es, necesariamente, un acto planificado o fruto de una determinada política. Un vínculo de causalidad no se exige al respecto entre el conflicto armado y la perpetración del crimen, pero se requiere, al menos, que la existencia de un conflicto armado haya pesado sobre la capacidad que tiene el autor para cometerlo, la decisión de hacerlo, la manera como se cometió o el objetivo por el cual se perpetró. De hecho, si puede ser establecido, como lo fue en el caso concreto, que el autor del crimen actuó desde la óptica de servir al conflicto armado o bajo el amparo de éste, aquello bastará para concluir que sus actos se encuentran estrechamente vinculados con el conflicto armado.¹¹⁶

¹¹⁵ Ob Cit. Ramelli, Pág. 134

¹¹⁶ Radicado: IT-96-23. Asunto “Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros”. Sentencia proferida el 12 de junio de 2002 por la Sala de Apelaciones del TPIY. Consultada en <http://www.icty.org/x/cases/kunarac/acjug/en/kun-aj020612e.pdf> “What ultimately distinguishes a war crime from a purely domestic offence is that a war crime is shaped by or dependent upon the environment – the armed conflict – in which it is committed. It need not have been planned or supported by some form of policy. The armed conflict need not have been causal to the commission of the crime, but the existence of an armed conflict must, at a minimum, have played a substantial part in the perpetrator’s ability to commit it, his decision to commit it, the manner in which it was committed or the purpose for which it was committed. Hence, if it can be established, as in the present case, that the perpetrator acted in furtherance of or under the guise of the armed conflict, it would be sufficient to conclude that his acts were closely related to the armed conflict. The Trial Chamber’s finding on that point is unimpeachable” Párr. 58. Ver en el mismo sentido IT-95-14/1-T. Asunto “Fiscal vs. Aleksovski”. Sentencia proferida el 25 de junio de 1999 por la Sala de Primera Instancia del TPIY. Párr. 45 Tomado parcialmente de

Asimismo, el Tribunal refirió algunos hechos que a título de ejemplo pueden constituir indicios sobre la relación entre el hecho perpetrado y el conflicto armado, obsérvese:

Para establecer si un determinado acto se encuentra suficientemente vinculado con el conflicto armado la Sala de Primera Instancia puede tener en cuenta, entre otros, los siguientes indicios: el hecho de que el autor del crimen sea un combatiente; que la víctima no sea un combatiente; que la víctima pertenezca al bando contrario; el hecho de que el acto pueda ser considerado como un medio para la consecución del objetivo último de una campaña; y que en la comisión del crimen hayan intervenido funciones oficiales del autor o se inscriban en tal contexto.¹¹⁷

El argumento de la defensa según el cual el derecho de la guerra no prohíbe más que los actos vinculados específicamente con situaciones de guerra efectiva, es equivocado. A veces el derecho de la guerra puede abarcar actos que, si bien no han sido cometidos en el teatro de operaciones, por su propia esencia se encuentran relacionados con el conflicto. El derecho de la guerra puede aplicarse a ambos tipos de actos.¹¹⁸

(...) el fiscal no estaba obligado a probar la existencia de un conflicto armado sobre cada centímetro cuadrado de la región en general. Un estado de conflicto armado no se limita únicamente a los sectores donde se desarrollan

Asunto “Fiscal vs. Tadic”. Caso IT-94-1-A Sentencia referente a la excepción previa de incompetencia, planteada por la defensa, fallo de 2 de octubre de 1995, Párr. 70

¹¹⁷ Ídem “In determining whether or not the act in question is sufficiently related to the armed conflict, the Trial Chamber may take into account, inter alia, the following factors: the fact that the perpetrator is a combatant; the fact that the victim is a non-combatant; the fact that the victim is a member of the opposing party; the fact that the act may be said to serve the ultimate goal of a military campaign; and the fact that the crime is committed as part of or in the context of the perpetrator’s official duties.” Párr. 59

¹¹⁸ Ídem “The Appellants’ proposition that the laws of war only prohibit those acts which are specific to an actual wartime situation is not right. The laws of war may frequently encompass acts which, though they are not committed in the theatre of conflict, are substantially related to it. The laws of war can apply to both types of acts.” Párr. 60

efectivamente los combates, sino que existe sobre todo el territorio controlado por las partes beligerantes.¹¹⁹

Además de lo anteriormente señalado, agréguese un aspecto fundamental, lo referido por el mismo TIPY en sentencia proferida el 3 de marzo de 2000 dentro del caso Blaskic Tihomir IT-95-14 "Lasva Valley"

“(…) no es necesario establecer la existencia de un conflicto armado dentro de cada municipio implicado. Es suficiente probar la existencia del conflicto dentro de la región como un todo de la que forman parte dichos municipios”, (…) “no es necesario que un determinado municipio sea presa de la confrontación armada para que se apliquen allí los estándares del derecho internacional humanitario”.¹²⁰

Finalmente, refiérase que la Corte Penal Internacional ha retomado la jurisprudencia de los tribunales internacionales en el siguiente sentido:¹²¹

Un crimen de guerra es cometido si hay un nexo entre el acto criminal de que se trate y el conflicto armado. Como se dijo anteriormente, los

¹¹⁹ Ídem “(…) the Prosecutor did not have to prove that there was an armed conflict in each and every square inch of the general area. The state of armed conflict is not limited to the areas of actual military combat but exists across the entire territory under the control of the warring parties.” Párr. 64

¹²⁰ “This criterion applies to all conflicts whether international or internal. It is not necessary to establish the existence of an armed conflict within each municipality concerned. It suffices to establish the existence of the conflict within the whole region of which the municipalities are a part.” Párr 64 “municipality need not be prey to armed confrontation for the standards of international humanitarian law to apply there.” 70 Consultada en <http://www.icty.org/case/blaskic/4>

¹²¹ Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares, caso Thomas Lubanga, decisión de 29 de enero de 2007, Párr. 286 y 287 “A war crime is committed if there is a nexus between the criminal act in question and the armed conflict. As previously stated, the Elements of Crimes require that the conduct in question took place in the context of and was associated with an armed conflict. In this respect, the Chamber follows the approach of the jurisprudence of the ICTY, which requires the conduct to have been closely related to the hostilities occurring in any part of the territories controlled by the parties to the conflict. The armed conflict need not be considered the ultimate reason for the conduct and the conduct need not have taken place in the midst of battle. Nonetheless, the armed conflict must play a substantial role in the perpetrator’s decision, in his or her ability to commit the crime or in the manner in which the conduct was ultimately committed.”, Traducción informal

Elementos de los Crímenes exigen que la conducta en cuestión tome lugar en el contexto de éste y estuviera asociada con un conflicto armado.

En este sentido, la Cámara sigue el enfoque de la jurisprudencia del TPIY, que exige que la conducta haya estado estrechamente relacionada con las hostilidades que se producen en cualquier parte de los territorios controlados por las partes en el conflicto. El conflicto armado no necesita ser considerado la razón última de la conducta y la conducta no tiene por qué haber tenido lugar en medio de la batalla. Sin embargo, el conflicto armado debe desempeñar un papel importante en la decisión del autor, en su capacidad para cometer el delito o en la forma en que se cometió la conducta en última instancia.

1.6 EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

Es preciso señalar, sobre la vigencia del Derecho de Ginebra en Colombia, que los Convenios suscritos por la Conferencia Diplomática fueron incorporados al ordenamiento jurídico interno, mediante la Ley 5ª de 1960 y ratificados el 8 de noviembre de 1961 momento en el que el país experimentaba las primeras manifestaciones de violencia interna.

Los dos Protocolos Adicionales, también fueron incorporados. El Protocolo I fue aprobado por el Congreso mediante la ley 11 del 21 de Julio de 1992. El Protocolo II, que desarrolla el artículo 3º común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, fue aprobado mediante la Ley 171 de 1994 en medio de un intenso debate generado por las posiciones provenientes de diferentes sectores de la opinión.

Los principales temores, no sólo del Estado Colombiano, sino de los países que han incorporado la normatividad humanitaria en sus ordenamientos jurídicos, han radicado en la posibilidad de reconocer algún estatuto jurídico a los grupos

armados al margen de la ley que operan en su interior y por esa vía menoscabar su soberanía nacional.¹²² Incluso se señaló que bajo ninguna perspectiva era posible dar el mismo tratamiento a las fuerzas armadas legítimamente constituidas y a los grupos insurgentes.

Finalmente, el Protocolo II fue aprobado en el entendido de que sus normas son el desarrollo del artículo 3° común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, que desde 1961 rigen en Colombia. Se hizo énfasis en el artículo 3° del Protocolo II, que de manera expresa garantiza el respeto a la soberanía del Estado y por ser el DIH un derecho de mínimos se entendió que tiene la capacidad de vincular a las fuerzas armadas legítimamente constituidas y a los grupos armados al margen de la ley.¹²³

A continuación, revisaremos brevemente dos conceptos que se vinculan al DIH a favor de su aplicación y efectividad, el carácter *jus cogens* de sus normas y el bloque de constitucionalidad:

¹²² Sobre ese particular se ha dejado claro desde el inicio: “Como el artículo 3° común, el Protocolo II tiene una finalidad exclusivamente humanitaria y pretende asegurar a los individuos unas garantías fundamentales en todas las circunstancias. Su puesta en práctica no constituye, pues, un reconocimiento, ni siquiera implícito, de beligerancia y no modifica la índole de las relaciones existentes entre las partes que se enfrentan” Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos – Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional, Vol. III, tercera Edición, Bogotá 2003, Pág. 36, Tomado de V. Introducción general al Protocolo II, supra, Pág. 46 (reconocimiento de beligerancia)

¹²³ Sobre la vigencia del Derecho Internacional en Colombia ver el pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso 11.142 (Colombia), Informe 26/97 aprobado el 30 de septiembre de 1997, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Compilación de Jurisprudencia y Doctrina Nacional e Internacional, Volumen III, Pág. 74

1.7 CARÁCTER JUS COGENS¹²⁴ DE LAS NORMAS DEL DIH

Es fundamental este concepto en la medida en que está directamente relacionado con la vigencia y aplicación de las normas que integran el DIH. Por ello, se considera importante en este estudio conocer su noción así como la interpretación que la Corte Constitucional ha efectuado sobre el mismo.

El artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados establece:

Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general ("jus cogens").

Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

Asimismo, el artículo 60 de la misma Convención se refiere a las facultades de las partes en caso de la "terminación de un tratado o suspensión de su aplicación como consecuencia de su violación" y dispone como tales las siguientes:

¹²⁴ Sentencia Corte Constitucional C-291 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa "Las normas de ius cogens, o normas imperativas de derecho internacional, son reglas que por su naturaleza fundamental, tienen una especial jerarquía dentro del conjunto de las normas de derecho internacional, y por lo mismo no pueden ser desconocidas por los Estados, limitando así su libertad para celebrar tratados y realizar actuaciones unilaterales. Según su definición generalmente aceptada en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados entre Estados, las normas de ius cogens son aquellas que son aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados como un todo en tanto normas perentorias o imperativas respecto de las que no se permiten derogaciones; en consecuencia, solamente podrían llegar a ser modificadas por normas subsiguientes de derecho internacional consuetudinario con el mismo rango perentorio."

1. Una violación grave de un tratado bilateral por una de las partes facultará a la otra para alegar la violación como causa para dar por terminado el tratado o para suspender su aplicación total o parcialmente.
2. Una violación grave de un tratado multilateral por una de las partes facultará:

(...)

5. Lo previsto en los párrafos 1 a 3 no se aplicará a las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario, en particular a las disposiciones que prohíben toda forma de represalias con respecto a las personas protegidas por tales tratados. Negrilla fuera del texto

En virtud de esta disposición se ha afirmado que "las normas del derecho internacional humanitario son de índole imperativa (jus cogens), y no dispositiva. Así (...) se estatuye en el artículo 60 que serán imperativas «las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en los tratados de índole humanitaria.»¹²⁵

En sentido contrario, adoptando una posición más restrictiva sobre la condición de *jus cogens* de las disposiciones del DIH se ha dicho: "el rango de jus cogens no es atribuible a cada una de las soluciones particulares del Derecho Internacional Humanitario, sino sólo a los grandes principios que lo orientan y caracterizan. (...) El rango de jus cogens de una regla es un atributo de carácter jurídico que se refiere a un sistema jurídico de derecho positivo y vigente, no es una calificación filosófica referida al mejor sistema o al más ético: por lo tanto, incluso una regla que recoja una mala solución desde este último punto de vista puede obtener el rango de jus cogens y lo obtiene cuando la humanidad en su conjunto transita

¹²⁵ Pictet. Ob. Cit. Pág. 102

caminos errados desde el punto de vista trascendente”.¹²⁶

También se ha señalado que “la intangibilidad jurídica de una norma debe ir acompañada de una alta valoración por parte de la comunidad internacional en su conjunto respecto de la misma, para determinar su pertinencia al *jus cogens*. En consecuencia la sola existencia de la disposición que prohíbe los acuerdos adversos a los derechos reconocidos en favor de las personas protegidas por los Convenios de Ginebra de 1949 no sería suficiente para calificar su contenido como *jus cogens*”.¹²⁷

Pero todavía no existe consenso para señalar cuales disposiciones del DIH tienen carácter de *jus cogens*, se ha “descartado el reconocimiento de la condición de *jus cogens* respecto de las normas contenidas en los convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos I y II adicionales, basándose en la existencia de disposiciones que permitan la denuncia de dichos instrumentos.”¹²⁸ Para otros es indiscutible su

¹²⁶ Novak. Ob. cit. Definición y ámbito de aplicación del DIH, Hernández Juan. Pág 95, tomado de Arbuet Vignali Heber, El Derecho Internacional Humanitario (*Ius in bello*). En el mismo sentido Ob. Cit. Salmon Elizabeth, Introducción al Derecho Internacional Humanitario, Instituto de Democracia y Derechos Humanos, Pontificia Universidad Católica de Perú, Lima Perú, 2004, Pág.37 “En cuanto al carácter imperativo o de *Ius Cogens* debe precisarse que esta cualidad sólo acompaña a algunas y no a todas las normas internacionales. Si bien es cierto que la protección del individuo constituye uno de los temas en torno a cuya obligatoriedad existe consenso total en la comunidad internacional de nuestros días, desde una perspectiva jurídica, esto no significa que todas las normas del DIH (*per se*) tengan carácter de *Ius cogens*.”

¹²⁷ Ob. cit. F. Novak Pág. 96; La Corte Constitucional ha señalado en la misma línea: “Los criterios para el reconocimiento de una norma de derecho internacional como una norma de *ius cogens* son estrictos. De conformidad con el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, dichas normas no solamente deben cumplir con las condiciones para ser reconocidas en primer lugar como normas de derecho internacional, sino también con los requisitos adicionales para ser reconocidas como normas de carácter imperativo o perentorio por parte de la comunidad internacional como un todo –proceso denominado de “doble reconocimiento”-. Estos requisitos exigen el consenso de la mayoría casi unánime de los Estados, independientemente de sus diferencias culturales e ideológicas, respecto de su carácter perentorio. Pocas normas han recibido hasta el presente reconocimiento unánime como normas de *ius cogens*. Es el caso de la prohibición del genocidio, la prohibición de la esclavitud, la prohibición del apartheid, la prohibición de los crímenes de lesa humanidad, la prohibición de la tortura y de los tratos crueles, inhumanos o degradantes, la prohibición de la piratería, la prohibición de la agresión y el derecho a la libre determinación de los pueblos.” Corte Constitucional Sentencia C-291 de 2007

¹²⁸ Ob. Cit, F. Novak, Pág. 96

carácter consuetudinario. La CIJ “en opinión consultiva sobre la legalidad de la amenaza o el uso de las armas nucleares por un Estado en un conflicto armado, afirmó la existencia de normas fundamentales de Derecho Humanitario que deben ser observadas por todos los Estados, hayan ratificado o no las convenciones que las contienen, basándose en un reconocimiento de dichas normas como principios de Derecho Internacional Consuetudinario”.¹²⁹ Se ha pensado “que el recurso de identificar normas consuetudinarias de DIH constituye una opción que refuerza su obligatoriedad como paso previo a su consagración como normas del jus cogens.”¹³⁰

Esa posición de la CIJ reiterada en opinión consultiva de 9 de julio de 2004, ha sido criticada, con razón se ha dicho “había la opción de afirmar que la regla de derecho internacional humanitario tenía el carácter de una norma de JUS cogens. A decir verdad, si la prohibición de la destrucción de la humanidad por vía de contramedidas no tiene un carácter imperativo, ¿donde encontramos una regla de IUS cogens?”¹³¹

Ahora bien, la Corte Constitucional en Sentencia C – 225 de 1995 por medio de la cual se revisó el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), señaló sobre el particular lo siguiente:

El derecho internacional humanitario ha sido fruto esencialmente de unas prácticas consuetudinarias, que se entienden incorporadas al llamado derecho consuetudinario de los pueblos civilizados. Por ello, la mayoría de los convenios de derecho internacional humanitario deben ser entendidos

¹²⁹ ABELLO GÁLVIS, Ricard. Introducción al estudio de las normas de ius cogens en el seno de la comisión de derecho internacional, VNIVERSITAS, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, n.º 123, julio – diciembre de 2011, Bogotá 2011, p. 97

¹³⁰ Novak. Ob Cit Pág. 96

¹³¹ ABELLO. Ob Cit. Pág. 97, tomado de Jean Salmon, P. 92

más como la simple codificación de obligaciones existentes que como la creación de principios y reglas nuevas. Así, esta Corporación, en las sentencias citadas, y en concordancia con la más autorizada doctrina y jurisprudencia internacionales, ha considerado que las normas de derecho internacional humanitario son parte integrante del ius cogens. (...)

Por ello, según este mismo artículo de la Convención de Viena, todo tratado que contradiga esos principios es nulo frente al derecho internacional. Esto explica que las normas humanitarias sean obligatorias para los Estados y las partes en conflicto, incluso si éstos no han aprobado los tratados respectivos, por cuanto la imperatividad de esta normatividad no deriva del consentimiento de los Estados sino de su carácter consuetudinario.¹³²

A su turno, el Procurador General de la Nación en ejercicio de la función atribuida por el numeral 5° artículo 278 de la Constitución Política dijo:

El artículo 3° común contiene un estatuto mínimo de Derechos Humanos -vg. de normas orientadas hacia la protección de la persona humana-, que en todo caso deben ser respetados en circunstancias de conflicto armado no internacional. En cuanto tal, constituye -como todo el Derecho Internacional Humanitario-, en los términos del artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, una cristalización convencional del ius cogens, de manera que sus preceptivas hacen parte del Derecho Internacional General -derecho consuetudinario- y son de carácter imperativo -vg. no disponibles por acuerdo en contrario ni en denuncia- e imponen obligaciones erga omnes e incondicionales, que tienen como correlato la existencia de derechos no renunciables.¹³³

¹³² Corte Constitucional en Sentencia C – 225 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero. Ver también Sentencia Sentencia Corte Constitucional C-574 de 28 de octubre de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón.

¹³³ Procuraduría General de la Nación, Concepto de Constitucionalidad n.º 580 de 1º de marzo de 1995 “Examen de constitucionalidad de la Ley 171 del 16 de agosto de 1996” Procuraduría Auxiliar para Asuntos Constitucionales Tomo 2 Págs. 279 – 609

Con todo, obsérvese la importante posición recientemente adoptada por la Corte Constitucional:

“No todas las normas que conforman el extenso ámbito del Derecho Internacional Humanitario tienen la naturaleza de *ius cogens*. Si bien existe un importante nivel de controversia doctrinal sobre el rango de normas de *ius cogens* que tienen las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario, y en anteriores oportunidades la Corte Constitucional ha adoptado pronunciamientos que se han interpretado como una atribución de este rango normativo al Derecho Internacional Humanitario sin distinciones (...), la Sala Plena precisa que son los principios esenciales del Derecho Internacional Humanitario los que tienen el rango cierto de normas de *ius cogens*. (...) Entre los principios esenciales del Derecho Internacional Humanitario con rango de *ius cogens*, en su aplicación a los conflictos armados internos, tres resultan directamente relevantes para la decisión presente: (i) el principio de distinción, (ii) el principio de precaución, y (iii) el principio humanitario y de respeto por las garantías y salvaguardas fundamentales de las personas civiles y fuera de combate.

Lo anterior no obsta para que la Corte determine con total precisión que, tengan o no el carácter de normas de *ius cogens*, la totalidad de disposiciones que integran el Derecho Internacional Humanitario –tanto sustantivas como procedimentales, tanto convencionales como consuetudinarias en su origen o como principios generales de derecho- son obligatorias para el Estado colombiano como parte del bloque de constitucionalidad. Constituyen, en consecuencia, un parámetro necesario de referencia para el juez constitucional en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad.”¹³⁴

Esto significa, que por lo menos, en el ordenamiento jurídico colombiano los tres

¹³⁴ Corte Constitucional Sentencia C – 291 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda

principios mencionados por la Corte Constitucional ostentan el atributo de jus cogens, con todos los efectos jurídicos¹³⁵ que ese reconocimiento conlleva.

1.8 EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

El primer párrafo del artículo 93 de la Constitución Política establece, “los tratados y Convenios Internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en estados de excepción, prevalecen en el orden interno”. A su turno el artículo 214 establece que “en todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario”. En virtud de estas disposiciones se ha dicho que respecto de las normas que consagran los derechos humanos y el derecho internacional humanitario opera el denominado Bloque de Constitucionalidad. Es por ello que se considera oportuno referir en qué consiste esta figura jurídica, la posición que la Corte Constitucional ha asumido frente a ese particular y los efectos que se derivan de considerar la normatividad humanitaria integrada a la misma. Al intentar definir un concepto se ha señalado:

“(..). En muchos ordenamientos jurídicos existen derechos o principios que no se encuentran directamente en el texto constitucional pero que, por expreso mandato constitucional, tienen rango constitucional. El bloque de

¹³⁵ “Los efectos jurídicos de las normas de ius cogens, a nivel internacional, son múltiples. Así, en caso de conflicto entre obligaciones internacionales, una de las cuales surge de una norma imperativa de derecho internacional, la norma imperativa debe prevalecer. De conformidad con el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados entre Estados, un tratado que entre en conflicto con una norma imperativa de derecho internacional es nulo; a la vez, de conformidad con el artículo 64 de la misma convención, los tratados que entren en conflicto con normas de ius cogens posteriores a su celebración, son igualmente nulos. (...) Por otra parte, los Estados no pueden dispensar a otros Estados de su obligación de cumplir con normas de ius cogens. Por ejemplo, un Estado no puede permitir voluntariamente que otro deje de cumplir sus obligaciones cometiendo genocidio o tortura. En el ámbito de la responsabilidad internacional, el artículo 26 del Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas de 2001 dispone que no se admitirá la invocación de causales de exclusión de responsabilidad internacional cuando el hecho ilícito correspondiente surja del desconocimiento de normas imperativas o de ius cogens. En otras palabras, las circunstancias que excluyen la responsabilidad internacional –tales como el estado de necesidad o la fuerza mayor- no autorizan, excusan ni justifican la violación de una norma de ius cogens; así, un Estado que adopta una contramedida no puede incumplir una norma imperativa de derecho internacional. Corte Constitucional Sentencia C – 291 de 2007.

constitucionalidad es entonces un intento por sistematizar jurídicamente ese fenómeno, según el cual las normas materialmente constitucionales –esto es, con fuerza constitucional- son más numerosas que aquellas que son formalmente constitucionales – esto es, aquellas que son expresamente mencionadas por el articulado constitucional-. Por ende el bloque de constitucionalidad es compatible con la idea de Constitución escrita y con la supremacía de la misma por cuanto, como lo destaca Bidart Campos, es por imperio de la propia Constitución que normas ajenas a su articulado comparten su misma fuerza normativa, puesto que la propia Carta, como fuente suprema del ordenamiento, así lo ha instituido.¹³⁶

Por su parte, la Corte Constitucional ha dicho:

“(...) el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional estricto”.¹³⁷

Obsérvese el siguiente pronunciamiento de la Corte Constitucional acerca de la finalidad que se le atribuye al bloque de constitucionalidad dentro del ordenamiento jurídico:

¹³⁶ UPRIMY, Rodrigo, El Bloque de Constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Compilación de Jurisprudencia y Doctrina Nacional e Internacional, Volumen I, tercera edición, Bogotá 2002, Pág. 101

¹³⁷ Corte Constitucional Sentencia C-225 de 1995

"El hecho de que las normas que integran el bloque de constitucionalidad tengan jerarquía constitucional hace de ellas verdaderas fuentes del derecho, lo que significa que los jueces en sus providencias y los sujetos de derecho en sus comportamientos oficiales o privados deben atenerse a sus prescripciones (...). Las disposiciones que integran el bloque superior, cumplen la cuádruple finalidad que les asigna Bobbio, a saber, i) regla de interpretación respecto de las dudas que pueda suscitarse al momento de su aplicación; ii) la de integrar la normatividad cuando no exista norma directamente aplicable al caso; iii) la de orientar las funciones del operador jurídico, y iv) la de limitar la validez, de las regulaciones subordinadas.¹³⁸

Ahora bien respecto de las funciones de esta figura se ha dicho:

"Las normas que forman parte del bloque de constitucionalidad cumplen diversas funciones dentro del ordenamiento jurídico colombiano; en relación con el establecimiento de límites al margen de configuración del Legislador en materia penal, el bloque de constitucionalidad cumple dos funciones distintas: una función *interpretativa* –sirve de parámetro guía en la interpretación del contenido de las cláusulas constitucionales y en la identificación de las limitaciones admisibles a los derechos fundamentales-, y una función *integradora* -provisión de parámetros específicos de constitucionalidad en ausencia de disposiciones constitucionales expresas, por remisión directa de los artículos 93, 94, 44 y 53 Superiores-."¹³⁹

Cómo anteriormente se señaló, el artículo 93 de la Constitución Política estableció que los tratados y convenios internacionales, ratificados por el Congreso que reconocen derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción prevalecen en el orden interno, así como que los derechos y deberes consagrados en la Carta se interpretaran de conformidad con aquellos. En cuanto

¹³⁸ Corte Constitucional Sentencia C – 067 de 2003 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

¹³⁹ Corte Constitucional Sentencia C – 291 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

a nuestro tema específico, el artículo 214 al referir los estados de excepción, establece que en ellos no puede suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales y que en todo caso se respetarán las reglas del DIH.

Así las cosas, en nuestro ordenamiento jurídico interno, los Convenios de Ginebra y sus dos Protocolos adicionales, instrumentos contentivos de las normas humanitarias, integran el llamado *bloque de constitucionalidad*, en virtud del cual, el control de constitucionalidad de una ley deberá verificarse no solo frente al texto formal de la Carta, sino también a partir de su comparación con otras disposiciones con carácter "*supralegal*" que tienen relevancia constitucional.¹⁴⁰

Sobre las normas del DIH integradas al bloque, por disposición expresa del artículo 214 de la Constitución Política, la Corte Constitucional, al decidir sobre la exequibilidad del Protocolo I Adicional, señaló "que la carta había conferido a esa normatividad humanitaria un rango supraconstitucional de suerte que operaba una incorporación automática de la misma al ordenamiento interno."¹⁴¹

También señaló la Corte Constitucional en la misma sentencia que la Constitución Política, reconoció "plenos efectos jurídicos a las reglas del Derecho Internacional Humanitario, (...) lo cual significa ni mas ni menos, que son hoy. - por voluntad expresa del constituyente-, normas obligatorias per se sin ratificación alguna previa o sin expedición de norma reglamentaria. Y lo son "en todo caso" como lo señala significativamente la propia carta"¹⁴²

¹⁴⁰ Corte Constitucional Sentencia C – 582 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero

¹⁴¹ R. Uprimy, Ob. cit. Pág. 120 Ver también Corte Constitucional Sentencia C-574 de 1992 "En el artículo 214, numeral 2o. de la Carta se consagró el valor supraconstitucional del derecho internacional humanitario cuando, al regular los parámetros a que se sujetan las atribuciones presidenciales durante los estados de excepción, dispuso que: "En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario".

¹⁴² Corte Constitucional Sentencia C -574 de 1992 M.P. Ciro Angarita Muñoz

La posición de la Corte Constitucional ha sido reiterada en el sentido de que las normas del DIH hacen parte del bloque de constitucionalidad:

De esta manera, no todas las disposiciones internacionales que vinculan al Estado colombiano forman parte del bloque de constitucionalidad; en lo relevante para el caso que ocupa la atención de la Sala, basta recordar que la Corte ha aceptado que se incorporan al bloque los tratados de derechos humanos y las normas convencionales y consuetudinarias que conforman el Derecho Internacional Humanitario.¹⁴³

En ese orden de ideas, en términos generales se puede decir que el bloque de constitucionalidad, "favorece la adaptación histórica de las constituciones a nuevas realidades sociales y políticas (...), -implica una especial importancia para - el ciudadano en general que puede usar las normas incorporadas en - éste - (...) como argumentos sólidos en el reconocimiento de nuevos derechos."¹⁴⁴ Después de la Constitución de 1991 se ha consolidado como un "fenómeno jurídico" fundamental para lograr la aplicación de los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales.

Y en términos específicos respecto de la normatividad humanitaria podemos señalar que "en Colombia opera en todo momento una incorporación automática de todo el DIH al ordenamiento interno. Ello significa que incluso si no se dan obligatoriamente los supuestos fácticos para aplicar el Protocolo II, sus contenidos normativos son relevantes puesto que ellos son en gran parte una simple formulación positiva de obligaciones consuetudinarias preexistentes (...). Es válido concluir que el propio Protocolo I es aplicable al conflicto interno colombiano en

¹⁴³ Corte Constitucional Sentencia C – 291 de 2007 Ver también Sentencia C – 582 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero

¹⁴⁴ Uprimny Rodrigo, El Bloque de Constitucionalidad en Colombia. Un análisis Jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos Volumen I, P. 103

gran parte de sus contenidos, sobre todo cuando este instrumento jurídico regula los medios de combate y protección de la población civil no combatiente, ya que este Protocolo es también una simple codificación del derecho consuetudinario”.¹⁴⁵

1.8.1 Incorporación de la costumbre del derecho internacional en el derecho constitucional colombiano

Teniendo en cuenta el papel fundamental que desempeña la costumbre dentro del derecho internacional y concretamente en el campo del DIH, es preciso referir aspectos determinantes como la forma en que es incorporada, específicamente en esta materia, la jerarquía que detenta en el ordenamiento jurídico interno y la forma en que los servidores públicos encargados de aplicar sus contenidos en las decisiones que profieren pueden establecer su existencia.

La Corte Constitucional, en sentencia C-1189 de 2000, se pronunció acerca de la naturaleza y efectos de la costumbre internacional.¹⁴⁶ En esta decisión puntualizó que las “normas consuetudinarias que vinculan a Colombia pueden ser de dos tipos a) aquellas que, por consagrar derechos inherentes a la persona humana, ingresan al ordenamiento jurídico por virtud de los artículos 93 y 94 de la Constitución, conformando junto con ésta el llamado bloque de constitucionalidad, (...) y b) aquellas que, si bien no se refieren a derechos inherentes a la persona, prescriben normas de conducta igualmente obligatorias para los Estados.” Sobre éstas últimas precisó que si bien no integran el bloque de constitucionalidad, sí vinculan al Estado colombiano.

¹⁴⁵ R. Uprimy, Sentido y Aplicabilidad del Derecho Internacional Humanitario en Colombia, Villarraga Sarmiento Álvaro, Derecho Internacional Humanitario en Colombia - Problemática y Aplicación TM Editoras - Oficina del Alto Comisionado para la Paz, Bogotá 1998, tomo II

¹⁴⁶ Corte Constitucional, Sentencia C- 1189 de 13 de septiembre de 2000 M.P. Carlos Gaviria Díaz

Con fundamento en este pronunciamiento, ha señalado la doctrina que “las costumbres del derecho internacional, debido a que regulan derechos que no admiten ser limitados en ninguna circunstancia, hacen parte del bloque de constitucionalidad; tanto más cuando el artículo 214.2 superior dispone que las reglas del DIH se aplicarán -en todo tiempo-”.¹⁴⁷ Es decir, la costumbre internacional es incorporada en nuestro ordenamiento jurídico a través del bloque de constitucionalidad, en atención a lo dispuesto por los artículos 93, 94 y 214 de la Constitución Política y obsérvese, como pasa a señalarse, goza de la misma jerarquía normativa de los tratados y los principios de derecho reconocidos por las naciones civilizadas.

Al respecto, dijo la Corte Constitucional en la misma providencia, con fundamento en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que refiere las convenciones internacionales, la costumbre internacional y los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas, como medio para decidir las controversias que sean sometidas a su consideración, lo siguiente:

“Como los tres tipos de normas principales gozan, bajo estos preceptos, de idéntica jerarquía, forzoso es afirmar que a todas ellas se les debe aplicar la doctrina expuesta en la sentencia C-400/98, según la cual las disposiciones internacionales priman sobre el derecho interno, salvo que se opongan a la Constitución Nacional. En otras palabras, las costumbres internacionales y los principios generales de derecho aceptados por las naciones civilizadas gozan de prevalencia normativa en nuestro ordenamiento, en la misma medida de los tratados, siempre y cuando su contenido se ajuste a los dictados de la Carta, y sin perjuicio de que haya ciertas normas consuetudinarias que, por consagrar derechos inherentes al ser humano, se integran al bloque de constitucionalidad.”

Asimismo, la Corte Constitucional señaló con posterioridad:

¹⁴⁷ Ob cit Ramelli Pág. 96

“(…) Las normas de origen consuetudinario ocupan un lugar de primera importancia en el ámbito del Derecho Internacional Humanitario. Recuerda la Sala que las normas consuetudinarias de Derecho Internacional Humanitario son vinculantes para Colombia en la misma medida en que lo son los tratados y los principios que conforman este ordenamiento jurídico. En términos generales, la Corte Constitucional ha reconocido en su jurisprudencia el valor vinculante de la costumbre internacional para el Estado colombiano en tanto fuente primaria de obligaciones internacionales y su prevalencia normativa en el orden interno a la par de los tratados internacionales, así como la incorporación de las normas consuetudinarias que reconocen derechos humanos al bloque de constitucionalidad. Específicamente en relación con el Derecho Internacional Humanitario, la Corte ha reconocido que las normas consuetudinarias que lo integran, se vean o no codificadas en disposiciones convencionales, forman parte del corpus jurídico que se integra al bloque de constitucionalidad por mandato de los artículos 93, 94 y 44 Superiores.”¹⁴⁸

En ese orden de ideas, con razón se ha señalado, “hoy por hoy, no cabe duda de que las normas internacionales consuetudinarias se incorporan automáticamente al ordenamiento jurídico colombiano, sin que sea necesario un acto jurídico de recepción de la misma.”¹⁴⁹

Ahora bien, para establecer la existencia de una costumbre internacional, el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia en sentencia proferida el 2 de agosto de 2001 por la Sala de Apelaciones estableció los siguientes criterios:

¹⁴⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-291 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

¹⁴⁹ Comité Internacional de la Cruz Roja, Estudio de Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, Memorias del evento de presentación, Bogotá - Colombia, Marzo 7 de 2008: “La Corte Constitucional Colombiana como intérprete de las costumbres internacionales”, Alejandro Ramelli Arteaga, Pág. 13, consultado en http://www.icrc.org/spa/resources/documents/publication/p_t2009106.htm

“La Sala de Primera Instancia debe interpretar el artículo 4º del estatuto tomando en cuenta el estado del derecho internacional consuetudinario vigente para el momento en que se presentaron los hechos de Srebrenica. Diversas fuentes habían sido tomadas en consideración. La Sala, en primer lugar, se refiere a los trabajos de codificación realizados por órganos internacionales, como la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Crimen de Genocidio, adoptada el 9 de diciembre de 1948, cuyas previsiones en su artículo 4º constituyen la principal referencia al respecto. Dado que la convención fue adoptada por la misma época en que el término “genocidio” fue acuñado, ha sido vista como la codificación de una norma de derecho internacional reconocida y sobre la cual la jurisprudencia pronto elevó al rango de norma de derecho internacional general (*ius cogens*). La Sala de Primera Instancia interpretó la Convención según lo acordado por las reglas generales de interpretación de los tratados establecidas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Como resultado de lo anterior, la Sala tomó en cuenta el objeto y el fin de la convención, además del sentido ordinario acordado a los términos en sus disposiciones. En tanto que método complementario de interpretación, la Sala de Primera Instancia también consultó los trabajos preparatorios y las circunstancias en las cuales fue adoptada la convención. Aunado a lo anterior, la Sala consideró la jurisprudencia internacional sobre genocidio, en particular, aquella desarrollada por el TPIR, el Informe de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) sobre el borrador del Código de los Crímenes contra la Paz y la Seguridad y la Humanidad.”¹⁵⁰

¹⁵⁰ TPIY, Sala de Apelaciones, asunto “Fiscal vs. Krstic, sentencia de 2 de agosto de 2001. Consultada en <http://www.icty.org/x/cases/krstic/tjug/en/krs-tj010802e.pdf> Traducción extraída de Jurisprudencia Penal internacional Aplicable en Colombia, Ramelli Arteaga Alejandro, GIZ, Universidad de los Andes, Embajada de la República Federal de Alemania, Bogotá 2011, Pág. 95 “The Trial Chamber must interpret Article 4 of the Statute taking into account the state of customary international law at the time the events in Srebrenica took place. Several sources have been considered in this respect. The Trial Chamber first referred to the codification work undertaken by international bodies. The Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (hereinafter “the Convention”), adopted on 9 December 1948, whose provisions Article 4 adopts verbatim, constitutes the main reference source in this respect. Although the Convention was adopted during the same period that the term “genocide” itself was coined, the Convention has been viewed as codifying a norm of international law long recognized and which case-law would soon elevate to the level of a peremptory norm of general international law (*jus cogens*). The Trial Chamber has interpreted the Convention pursuant to the general rules of interpretation of treaties laid down in Articles 31 and 32 of the

Es decir, para determinar la existencia de una costumbre internacional se debe “partir de los diversos instrumentos internacionales que las acogen; posteriormente, acudir ante la jurisprudencia de los tribunales internacionales, los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, los informes rendidos por los distintos órganos de la ONU, así como a la jurisprudencia y legislación internas de los Estados.”¹⁵¹ Esto sin perjuicio de que jueces internos, al momento de aplicar costumbres internacionales, acudan a los trabajos realizados por los jueces internacionales en sus fallos o a codificaciones como la realizada por el CICR,¹⁵² labor que valga decirlo reviste cierto grado de complejidad.

1.9 SANCIÓN DE LAS INFRACCIONES AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Una vez revisada la naturaleza y finalidad del Derecho Internacional Humanitario, en una situación de conflicto armado, bien de carácter internacional o no internacional, es innegable la imperiosa necesidad de respetar, hacer respetar y aplicar por las partes dicha normatividad, no sólo porque así lo disponen los instrumentos internacionales ratificadas por los diferentes Estados, sino porqué es deseable minimizar los graves efectos que de tales situaciones se derivan. “La

Vienna Convention on the Law of Treaties. As a result, the Chamber took into account the object and purpose of the Convention in addition to the ordinary meaning of the terms in its provisions. As a supplementary means of interpretation, the Trial Chamber also consulted the preparatory work and the circumstances which gave rise to the Convention. Furthermore, the Trial Chamber considered the international case-law on the crime of genocide, in particular, that developed by the ICTR. The Report of the International Law Commission (ILC) on the Draft Code of Crimes against Peace and Security of Mankind received particular attention.”

¹⁵¹ Ob. Cit. Ramelli Pág. 95

¹⁵² Ob. Cit. Ramelli Pág. 98, El CICR logró constatar la existencia y sistematizar un total de 161 normas consuetudinarias sobre los siguientes temas: 1) principio de distinción; 2) personas y bienes especialmente protegidas; 3) métodos específicos de guerra; 4) armas; 5) trato debido a las personas civiles o fuera de combate; y 6) aplicación. Ver también Comité Internacional de la Cruz Roja, Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario: una contribución a la comprensión y al respeto del derecho de los conflictos armados, *International Review of the Red Cross*

obligación de los Estados de respetar el derecho internacional humanitario forma parte de su obligación general de respetar el derecho internacional. Esta obligación se expresa en los Convenios de Ginebra de 1929 y 1949. Sin embargo, el artículo 1° común ha ampliado la formulación de este requisito incorporando la obligación de *hacer respetar* el derecho internacional humanitario”.¹⁵³ “El respeto por la normativa humanitaria constituye uno de los primordiales retos de la comunidad internacional actual. Respetarla y hacerla respetar emerge como otro paradigma de la modernidad, soportado en la certeza de que las violaciones al DIH nos perjudican a todos y de que su respeto no sólo nos dignifica sino que retribuye en beneficio de todos y en el logro de una paz duradera”.¹⁵⁴

De igual manera resulta de suma importancia contar con mecanismos o instrumentos en el ordenamiento jurídico interno que permitan hacer efectivas estas disposiciones, generalmente en esa labor puede contribuir un sistema de sanciones que desempeñe un papel inicialmente preventivo y represivo cuando resulte necesario. “Crece cada vez más la conciencia acerca de la importancia de hacer efectivo el derecho internacional humanitario en los conflictos armados, de adoptar mecanismos que lo refuercen y garanticen. La imperiosa necesidad de su aplicación surge no sólo de la horrenda fotografía de los campos de batalla, sino de precisas disposiciones de los tratados internacionales y de profundas discusiones acerca de la manera de diseñar mecanismos efectivos de aplicación tanto en el orden internacional, como en el orden interno”.¹⁵⁵ Gerard Peytrignet

¹⁵³ HENCKAERTS, Jean Marie y LOUISE, Doswald-Beck, El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, Volumen I, Comité Internacional de la Cruz Roja, 2005 p. 559 Leer también: “La obligación que incumbe a los Estados (...) no se limita a hacer que sus propias fuerzas armadas respeten el derecho internacional humanitario, sino que también deben hacer que lo respeten otras personas o agrupaciones que actúen de hecho siguiendo sus instrucciones o bajo su dirección o control. (...) Los Estados incumplen en responsabilidad internacional por los actos de esas personas o agrupaciones”. P. 560

¹⁵⁴ Cruz Roja Colombiana, Consejería Presidencial para los Derechos Humanos y Universidad Jorge Tadeo Lozano, Investigación académica sobre las medidas nacionales de aplicación del DIH. Villarraga Sarmiento Álvaro, Derecho Internacional Humanitario en Colombia - Problemática y Aplicación TM editores - Oficina del Alto Comisionado para la Paz, Bogotá 1998, tomo II, Pág. 480

¹⁵⁵ Ob. Cit. Cruz Roja Colombiana, Consejería Presidencial para los Derechos Humanos y Universidad Jorge Tadeo Lozano, investigación académica sobre las medidas nacionales de aplicación del DIH. Pág. 430

plantea al menos tres tipos de medidas que deben adoptar los Estados para cumplir los compromisos derivados de las normas del DIH y que en todo caso implican la adecuación de las disposiciones de los Convenios y Protocolos al ordenamiento jurídico doméstico, esas medidas son: preventivas, de control y de sanción.¹⁵⁶

Específicamente sobre las medidas de sanción explica que a través del derecho interno se deben sancionar administrativa, disciplinaria y judicialmente las violaciones o infracciones a los tratados. “La obligación principal del Estado consiste en tomar todas las medidas necesarias para que cese el comportamiento contrario o violatorio; la tipificación y sanción de todas las infracciones graves que constituyen “crímenes de guerra”, obligándose las autoridades a juzgar y sancionar a las personas concernidas, sea por comisión directa de la infracción o por la omisión contraria a un deber de actuar”.¹⁵⁷

También se ha sugerido una etapa de control posterior, que implica la verificación, represión y sanción de las transgresiones del DIH ya cometidas. “Es una etapa que contempla mecanismos puntuales de control para la efectiva aplicación del DIH a través de, en un caso, la verificación de las transgresiones del DIH y, en otro caso, la represión y sanción de sus infracciones y violaciones, en el marco de las jurisdicciones nacionales como en la jurisdicción penal internacional”¹⁵⁸

¹⁵⁶ Ídem, Pág. 482

¹⁵⁷ Swinarski señala que las infracciones al DIH “son pasibles en el derecho interno del Estado, de sanciones administrativas, disciplinarias o judiciales, y que a nivel internacional involucran los mecanismos de responsabilidad internacional en materia de no cumplimiento de los tratados. La obligación principal del Estado consiste en tomar todas las medidas necesarias para que cese el comportamiento contrario o violatorio de las disposiciones de aquella categoría.” Ob. Cit., C. Swinarski, Pág. 57 y 58

¹⁵⁸ Ob. Cit. F. Novak, Marisela Silva, Mecanismos de aplicación para la efectiva aplicación del Derecho Internacional Humanitario, Pág. 446 Ver también USAID, Instituto de Estudios del Ministerio Público y Procuraduría general de la Nación, Guía Práctica de Pruebas para las investigaciones disciplinarias por las graves violaciones de los derechos humanos e infracciones al Derecho internacional humanitario, Bogotá 2010 Pág. 40 “La obligación internacional de investigar, tanto bajo el DIDH como bajo el DIH, se debe cumplir, principalmente, mediante un proceso penal en el que es preciso investigar los hechos alegados, identificar y procesar a los responsables y, de ser el caso, sancionarlos. El trámite de un proceso penal es

Swinarski anota: "La existencia de un sistema de sanciones en el derecho Internacional Humanitario condiciona de manera fundamental su eficacia. Su propósito es punitivo como el de todo sistema de sanciones, pero ese andamiaje tiene ante todo un propósito preventivo, dado que su incorporación al derecho interno, de los Estados influye en los comportamientos de las personas y en la actuación del propio Estado, tanto para prevenir como para castigar."¹⁵⁹

Sin duda, es un tema fundamental para la evolución del DIH. Se ha dicho que su misión, "solo alcanzará el pleno desarrollo cuando el derecho sea refrendado por instancias judiciales y por órganos de control apoyados, a su vez, por una fuerza internacional capaz de hacer respetar sus decisiones."¹⁶⁰ "La eficacia del DIH depende, entre otros factores de las medidas que establezcan los Estados en materia de prevención, control y sanción, especialmente en el campo disciplinario, administrativo, legislativo y judicial, con el objeto de que las infracciones no queden impunes."¹⁶¹

esencial no sólo para satisfacer el requisito de agotamiento de los recursos internos, indispensable para habilitar la vía internacional, sino también para dar cumplimiento a la obligación de investigar, especialmente en caso de graves violaciones de derechos humanos y de infracciones graves del DIH. Esta obligación puede complementarse, no suplirse, con otros procesos judiciales o administrativos -como los procesos disciplinarios- mediante los cuales se puede contribuir a garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación. En este sentido, la Corte Interamericana ha reconocido "la función complementaria que tales procesos (disciplinarios) cumplen en aras de garantizar los derechos reconocidos en la Convención" y ha reiterado que: (...) la existencia misma de un procedimiento disciplinario dentro de la Procuraduría General de la Nación para la atención de casos de violaciones de derechos humanos, reviste un importante objetivo de protección y sus resultados pueden ser valorados en tanto coadyuven al esclarecimiento de los hechos y al establecimiento de este tipo de responsabilidades. Corte IDH. Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No 163, Párr. 215; Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Cit., nota 49, Párr. 333; Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, Párr. 203; Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Cit., nota 65, Párr. 166.

¹⁵⁹ Ob. Cit., Swinarski, Pág. 57

¹⁶⁰ Ob. Cit., Pictet, Pág. 110

¹⁶¹ Ministerio de Defensa Nacional, Ministerio público y Cruz Roja Internacional, Derecho Internacional Humanitario, Manuel Básico para las Personerías y las Fuerzas Armadas de Colombia, primera edición, Santa Fe de Bogotá 1995, Pág. 38

En efecto, se trata de que en virtud de los Convenios de Ginebra de 1949, los Estados tienen la obligación de incorporar mecanismos sancionatorios dentro de los sistemas penales nacionales para los casos de infracciones graves al DIH,¹⁶² generalmente incorporados en los códigos penales de cada país y que conllevan consecuencias penales, sin perjuicio de que también se prevean en algunos sistemas sanciones de carácter administrativo. Sobre el particular se ha dicho, “el DIH (...) se concentra en las sanciones penales. Esto podría causar una percepción distorsionada de las sanciones, dado que ciertos organismos, en particular las entidades disciplinarias, pueden imponer sanciones que no entran siquiera en consideración desde un punto de vista basado puramente en el DIH, pero que pueden resultar más eficaces y menos hipotéticas que las sanciones penales.”¹⁶³

No obstante, constantemente se ha planteado la dificultad que presenta la eficacia de las sanciones por infracciones graves al DIH, concretamente en torno a la competencia de los órganos encargados de cumplir esa función.¹⁶⁴

En primer término, reitérese que las infracciones al DIH deben ser sancionadas en el ámbito de competencia interna de los Estados a través de la consagración de tipos penales tal como se ha venido señalando, sin embargo, ello no obsta para que terceros Estados puedan y deban adelantar un proceso y sancionar tales infracciones, obligación que surge del principio de jurisdicción universal en materia de crímenes internacionales, en efecto los Estados “también se ven obligados a

¹⁶² Ver I Convenio de Ginebra Art. 49; II Convenio de Ginebra Art. 50; III Convenio de Ginebra Art. 129; IV Convenio de Ginebra 146

¹⁶³ Ob cit. Comité Internacional de la Cruz Roja, Xavier Philippe “Las sanciones por infracciones del derecho internacional humanitario: El problema de la división de competencias entre las autoridades nacionales y entre las autoridades internacionales” Pág. 53

¹⁶⁴ Comité Internacional de la Cruz Roja, Xavier Philippe “Las sanciones por infracciones del derecho internacional humanitario: El problema de la división de competencias entre las autoridades nacionales y entre las autoridades internacionales”, *International Review of the Red Cross*, junio de 2008. Pág. 49 y ss

perseguir punitivamente al responsable de éstas conductas, cualquiera sea su nacionalidad, la nacionalidad de las víctimas de tales hechos, e incluso, independientemente del lugar en donde hubieran ocurrido los hechos.”¹⁶⁵ La jurisdicción universal también fue contemplada en la norma 157 del estudio de derecho consuetudinario elaborado por el CICR.

Ahora bien, a través de la comunidad internacional se ha tratado de diseñar mecanismos como el establecimiento de tribunales penales internacionales para tratar de subsanar las deficiencias de los mecanismos internos. Es el caso de los Tribunales Especiales y de la Corte Penal Internacional, ésta última de carácter permanente que “deviene de una serie de instrumentos internacionales que le han dado vida a tribunales penales que han juzgado la responsabilidad penal individual en el ámbito internacional por delitos que la comunidad internacional considera como sensibles para el bienestar de la humanidad y como respuesta a las atrocidades cometidas en conflictos armados bien de índole internacional como interno.”¹⁶⁶ “La adopción del Estatuto de Roma de 1998 que crea la CPI, cuyo origen es el consenso de los Estados, se constituye en el mecanismo de mayor legitimidad en lo que a verificación de la responsabilidad penal internacional del individuo concierne. Esto incluye la competencia de la CPI respecto de los crímenes de guerra.”¹⁶⁷

¹⁶⁵ F. Novak. Ob. cit. Pág. 451 “De un lado, los tribunales nacionales juzgarán a individuos que hubiesen cometido infracciones graves en el marco del sistema de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, el Protocolo Adicional I de 1977 o el artículo 8° del Estatuto de Roma. De otro lado, los tribunales nacionales – cuando el supuesto se encuentre habilitado- podrán aplicar la jurisdicción universal respecto de las mismas infracciones graves previstas en el sistema referido.”

¹⁶⁶ Vicepresidencia de la República, Programa Presidencial de Derechos Humanos y DIH, Formación Especializada en Investigación, Juzgamiento y Sanción de Violaciones a los Derechos Humanos e Infracciones al Derecho Internacional Humanitario III, Bogotá, marzo de 2010, Pág. 17 Ver también como antecedentes de la Corte Penal Internacional el Tratado de Versalles, Tribunal de Núremberg, Tribunal de Tokio, Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Ver también F. Novak. Ob. cit. Págs. 452 y ss.

¹⁶⁷ F. Novak. Ob. cit. Pág. 456

Es decir, la jurisdicción interna de los Estados tiene prioridad al momento de perseguir y sancionar una conducta constitutiva de infracción grave al DIH, sin embargo, ante la ineficacia de los mecanismos internos que hayan sido previstos por cada Estado, es posible dar aplicación al principio de jurisdicción universal y por supuesto a la jurisdicción, hoy en día de la Corte Penal Internacional. “El DIH sólo recurre a las jurisdicciones externas si éstas, están en mejores condiciones para castigar las infracciones graves al DIH. Por ello no se da por sentada la competencia exclusiva del Estado, sino que se le da prioridad en el cumplimiento de la obligación de ocuparse de la materia. Por lo tanto, es importante establecer si la posición del Estado es mejor, y si los tribunales están habilitados para castigar las infracciones”¹⁶⁸

Ahora bien, al margen de los mecanismos previstos en los ordenamientos jurídicos internos e internacionales¹⁶⁹ para sancionar las infracciones al derecho humanitario, “se observa una reciente tendencia a que los actores, (...) desempeñen papeles que no se habían propuesto desempeñar inicialmente, o que antes debían desempeñar sólo de forma complementaria o subsidiaria. Estos actores son organismos nacionales o supranacionales cuya función principal es condenar y castigar comportamientos que constituyen violaciones de los derechos fundamentales”¹⁷⁰.

Es de resaltar que recientemente se ha referido por los especialistas un fenómeno en virtud del cual organismos que no han sido instituidos para perseguir y sancionar las infracciones al DIH, sino que han sido creados para la defensa de los derechos humanos y a los que pertenecen numerosos Estados como “la Corte

¹⁶⁸ Ob cit. Comité Internacional de la Cruz Roja, Xavier Philippe Pág. 54

¹⁶⁹ La Corte Penal Internacional tiene atribuida como una de sus funciones establecer la responsabilidad penal individual en casos de crímenes de guerra

¹⁷⁰ Ob cit. Comité Internacional de la Cruz Roja, Xavier Philippe Pág. 51

Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han sido llamados, en diversas ocasiones a imponer sanciones por infracciones de los derechos humanos que también constituían violaciones al DIH¹⁷¹

Precítese en primer término que la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁷² al pronunciarse sobre las excepciones preliminares presentadas por el Estado Colombiano en el caso “Las Palmeras” hizo referencia al alcance de su competencia para aplicar las normas del DIH. Al respecto precisó:

“La Corte es asimismo competente para decidir si cualquier norma del derecho internacional aplicada por un Estado, en tiempos de paz o de conflicto armado, es compatible o no con la Convención Americana. En esta actividad la Corte no tiene ningún límite normativo: toda norma jurídica es susceptible de ser sometida a este examen de compatibilidad.

Para realizar dicho examen la Corte interpreta la norma en cuestión y la analiza a la luz de las disposiciones de la Convención. El resultado de esa operación será siempre un juicio en el que se dirá si tal norma o tal hecho es o no compatible con la Convención Americana. Ésta última sólo ha atribuido competencia a la Corte para determinar la compatibilidad de los actos o de las normas de los Estados con la propia Convención y no con los Convenios de Ginebra de 1949”

En efecto, en lo que atañe a “la Corte Interamericana se ha remitido al derecho humanitario para interpretar las disposiciones de la Convención por cuya aplicación debe velar.”¹⁷³ En ese sentido se pronunció a través de sentencia de 23

¹⁷¹ Ob cit. Comité Internacional de la Cruz Roja, Xavier Philippe Pág. 55

¹⁷² CIDH, Caso Las Palmeras, Sentencia de 4 de febrero de 2000 (excepciones preliminares)

¹⁷³ Ob cit. Comité Internacional de la Cruz Roja, Xavier Philippe Pág. 56, con fundamento en el asunto La Hermanos Serrano Cruz El Salvador, serie C n.º 118, fallo del 23 de noviembre de 2004, parr. 111 y ss CIDH

de noviembre de 2004, (excepciones preliminares) dentro del caso de las hermanas Serrano Cruz Vs el Salvador.¹⁷⁴ En esta decisión, la CIDH refirió nuevamente la complementariedad que existe entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario y la aplicabilidad de aquel tanto en tiempo de paz como en tiempo de conflicto armado, así como su facultad de interpretar las normas de la Convención Americana a la luz de otros tratados internacionales.

Con relación a dicha complementariedad, reiteró¹⁷⁵ que en una situación de conflicto armado, toda persona está protegida por estas dos normatividades de tal forma que se produce una convergencia de normas internacionales de protección, el derecho internacional de los derechos humanos que incluye la Convención Americana y el DIH y aclara que si bien en un conflicto armado regirá esta última normatividad, ello no impide la convergencia y aplicación del derecho internacional de los derechos humanos.

Así, la Corte reiteró lo siguiente:

“la existencia de un conflicto armado de carácter no internacional no exonera al Estado de observar sus obligaciones de respetar y garantizar los derechos consagrados en la Convención Americana a todas las personas bajo su jurisdicción, así como tampoco suspende su vigencia.”¹⁷⁶

¹⁷⁴ Consultar en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_118_esp.pdf

¹⁷⁵ Esa convergencia y complementariedad ya había sido reconocida en decisiones Caso Molina Theissen. Reparaciones, supra nota 14, párrs. 15 y 41; Caso Molina Theissen. Sentencia de 4 de mayo de 2004. Serie C No. 106, párr. 40 y puntos resolutivos tercero y cuarto; Caso Bámaca Velásquez. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91, párr. 85; y Caso Bámaca Velásquez, supra nota 15, párrs. 143, 174, 207, 213 y 214.

¹⁷⁶ CIDH, Caso Las Palmeras, Sentencia de 4 de febrero de 2000 (excepciones preliminares) Párr. 118

Finalmente precisó:

“en su jurisprudencia la Corte ha establecido claramente que tiene la facultad de interpretar las normas de la Convención Americana a luz de otros tratados internacionales, para lo cual en reiteradas oportunidades ha utilizado normas de otros tratados de derechos humanos ratificadas por el Estado demandado, para dar contenido y alcance a la normativa de la Convención. (...) En dicha jurisprudencia, la Corte ha indicado que esta orientación tiene particular importancia para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que ha avanzado sustancialmente mediante la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección. Estos parámetros permiten a la Corte utilizar las normas del Derecho Internacional Humanitario, ratificadas por el Estado demandado, para dar contenido y alcance a las normas de la Convención Americana.”¹⁷⁷

En el mismo sentido se pronunció la CIDH en la sentencia proferida dentro del caso masacre de Santo Domingo Vs Colombia.¹⁷⁸

Del mismo modo, con respecto a la aplicación del Derecho Internacional Humanitario, el Tribunal señaló en otras oportunidades que si bien “la Corte carece de competencia para declarar que un Estado es internacionalmente responsable por la violación de tratados internacionales que no le atribuyen dicha competencia, se puede observar que ciertos actos u omisiones que violan los derechos humanos de acuerdo con los tratados que le compete aplicar infringen también otros instrumentos internacionales de protección de la persona humana, como los Convenios de Ginebra de 1949 y, en particular, el artículo 3 común”

¹⁷⁷ Ídem. Párr. 119

¹⁷⁸ CIDH Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia, sentencia de 30 de noviembre de 2012 Párr. 21 y ss http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_259_esp.pdf

(...) al utilizar el DIH como norma de interpretación complementaria a la normativa convencional, la Corte no está asumiendo una jerarquización entre órdenes normativos, pues no está en duda la aplicabilidad y relevancia del DIH en situaciones de conflicto armado. Eso sólo implica que la Corte puede observar las regulaciones del DIH, en tanto normativa concreta en la materia, para dar aplicación más específica a la normativa convencional en la definición de los alcances de las obligaciones estatales.

Así las cosas, puede concluirse que en lo que concierne a la responsabilidad penal internacional del individuo se cuenta con un tribunal permanente como la Corte Penal Internacional además de las jurisdicciones penales y administrativas de cada Estado e incluso con la denominada jurisdicción universal. De igual manera es importante la labor que realiza la Corte IDH al referir la normatividad humanitaria al momento de valorar los hechos que constituyen violaciones a las normas de su competencia.

Ahora bien, para efectos de establecer la responsabilidad internacional del Estado por infracciones al DIH, no se observa un régimen jurídico de responsabilidad especial como el previsto para los casos de violación a los derechos humanos. Por tanto será necesario en tales casos, acudir al régimen general de responsabilidad que se encuentra previsto en el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, adoptado por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en su 53º período de sesiones (A/56/10) y anexado por la Asamblea General en su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001.

Este instrumento, consagra como primer principio general, la responsabilidad del Estado por un hecho internacionalmente ilícito y establece como consecuencias jurídicas del mismo, la obligación de cesar el comportamiento y la garantía de no

repetición, así como la obligación de reparar cualquier daño, material o moral, que surja como consecuencia del mismo.¹⁷⁹

¹⁷⁹ Ver artículos 1º, 30 y 31

2. EL DERECHO ADMINISTRATIVO DISCIPLINARIO Y LAS INFRACCIONES AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO ANTES Y DURANTE LA VIGENCIA DE LA LEY 200 DE 1995

2.1 LAS INFRACCIONES AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO ANTES DE LA LEY 200 DE 1995

Al revisar los antecedentes normativos de la Ley 200 de 1995, primer código disciplinario único, se puede observar que esta rama del derecho sancionador no se ocupó del Derecho Internacional Humanitario, pese a estar reconocido en los artículos 93 y 214 de la Constitución Política de 1991. Antes de la expedición de esta normatividad, el primer código disciplinario único no hubo un régimen disciplinario que tipificara los comportamientos constitutivos de infracciones a la normatividad humanitaria y que por tanto quedaran sometidos a la potestad disciplinaria ejercida por la Procuraduría General de la Nación, más aún si se tiene en cuenta la misión constitucional que los artículos 276 y 278 de la Carta habían atribuido al Órgano de control en materia de derechos humanos. Es por esta razón que no existe un antecedente importante de sanción disciplinaria de infracciones al Derecho Internacional Humanitario, pese a que se trató de una época caracterizada por la agudización del conflicto armado en Colombia.

Obsérvese, antes de la Ley 200 de 1995, la normatividad vigente, la Ley 13 de 1984,¹⁸⁰ contenía las normas que regulaban la administración del personal civil y demás servidores que prestaban sus servicios en la rama ejecutiva del poder público. Se trata de un importante antecedente en materia disciplinaria, en la medida en que desde ya delineaba aspectos importantes del derecho disciplinario.

¹⁸⁰ “La Ley 13 de 1984 y su decreto reglamentario reemplazan el régimen disciplinario contenido en los decretos 2400 de 1968, 1950 de 1973 y 2492 de 1975. Para la época en que fueron expedidos representaron un significativo avance, dado que se concibió aquél como parte del sistema de administración de personal. (...)” Isaza Serrano Carlos Mario, Teoría General del Derecho Disciplinario, Aspectos históricos, sustanciales y procesales, Temis Bogotá 2009, P. 24

En su artículo 1° establecía el objetivo del régimen disciplinario y señalaba que tiene por objeto asegurar a la sociedad y a la administración pública la eficiencia en la prestación de los servicios a cargo del Estado, así como la moralidad, la responsabilidad y la conducta correcta de los funcionarios públicos, y a éstos los derechos y las garantías que les corresponden como tales.

En el artículo 15 de esta normatividad se consagraban las sanciones que podían ir desde la amonestación escrita con o sin anotación a la hoja de vida, pasando por la multa, la suspensión en el ejercicio del cargo y la más grave, la destitución. Asimismo contempló en la misma disposición una lista de 34 conductas constitutivas de falta disciplinaria relacionadas esencialmente con temas de corrupción como incremento injustificado del patrimonio y con el incumplimiento reiterado de las funciones propias del cargo. Sin embargo ninguna referencia se hace en materia de derechos humanos y menos aún del Derecho Internacional Humanitario, esto pese a que los Convenios de Ginebra de 1949 se encontraban vigentes en Colombia desde la aprobación y ratificación de la Ley 50 de 1960, es decir desde 8 de noviembre de 1961. Esta circunstancia puede obedecer a que el derecho disciplinario constituía para aquél entonces una parte del derecho administrativo sin la importancia que actualmente representa.

Con el fin de demostrar las afirmaciones anteriormente realizadas se tomaron dos casos representativos que las ponen en evidencia:

2.1.1 Expediente n° 008-145867-1993¹⁸¹

Los hechos tuvieron lugar en el año 1993 y cuyas decisiones de primera y segunda instancia fueron proferidas en 1998. Se trata de un asunto pertinente, en

¹⁸¹ Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos, Fallo de Primera Instancia de 11 de mayo de 1998. Ver en similar sentido los fallos proferidos dentro de los procesos disciplinarios 8-1131-1995; 8-148413-1994; 8-144409-1993; 8-14383-1998; 8-487-1997; 8-27689-1999; 8-52234-2001, 8-13041-1999 División de Documentación, Procuraduría General de la Nación.

atención a las conductas investigadas y disciplinadas, para observar el panorama presentado antes de la entrada en vigencia de la Ley 200 de 1995. Para el efecto se referirá los hechos, las normas imputadas como vulneradas y la sanción impuesta.

El caso a exponer ha sido conocido públicamente como la masacre de Riofrío, en la que de acuerdo con la investigación adelantada, el día 5 de octubre de 1993, aproximadamente a las 5:30 a.m., en la vereda El Bosque del corregimiento Portugal de Piedras, jurisdicción del municipio de Riofrío, departamento del Valle del Cauca, se produjo la muerte de trece personas que pertenecían a dos familias ampliamente conocidas en esa vereda.

Inicialmente, se dijo que Mayor Eduardo Delgado Carrillo, al mando del Pelotón Antiterrorista Urbano –PAU- del Batallón de Artillería n.º 3 “Batalla de Palacé”, en cumplimiento de orden verbal emanada del Teniente Coronel Luis Felipe Becerra Bohórquez, Comandante del referido Batallón, se desplazó hasta la zona en mención, ordenó la distribución del pelotón e inició la aproximación a una casa de habitación, donde presumiblemente se encontraba una cuadrilla de subversivos integrantes de la columna “Luis Carlos Cárdenas Arbeláez” del autodenominado Ejército de Liberación Nacional ELN, reportando como resultado de la operación la muerte de trece (13) personas y el decomiso de abundante material de guerra e intendencia, sin que se presentaran heridos ni muertos por parte del personal militar que participó en el operativo.

Sin embargo, en relación con la forma en que se produjo la muerte de estas personas, se hallaron en la investigación dos versiones contradictorias. La primera proveniente de los integrantes del Ejército Nacional que componían el pelotón antiterrorista urbano PAU, según las cuales, entre las 7:00 a.m. y las 8:00 a.m. un informante vía telefónica comunicó al Comandante del Batallón de Artillería N.º 3 “Batalla de Palacé” Teniente Coronel Becerra Bohórquez que un grupo de

subversivos había llegado en las horas de la mañana a una casa de habitación ubicada en la parte alta y delante de la escuela de la vereda El Bosque del corregimiento Portugal de Piedras. Que por lo anterior, éste oficial ordenó al Mayor Delgadillo Carrillo recoger al informante en la ciudad de Buga, y al regreso de estas dos últimas personas, se inició el desplazamiento hasta el lugar de ubicación de la guerrilla.

Asimismo, se refirió que una vez hicieron presencia en el lugar señalado por el informante y su acompañante, se ordenó detener la marcha de los tres vehículos en que se estaba transportando la tropa y se reunieron en el lugar el Mayor Delgado Carrillo, el Teniente Alfonso Vega Garzón, así como otros militares, y aquel instruyó a su personal sobre la manera de adelantar el operativo, les señaló los ejes de avance y se da inicio al desplazamiento hasta el objetivo. Los militares que realizaron el operativo afirmaron que en el trayecto comprendido entre el sitio donde detienen los camiones de transporte y la casa donde estaba la guerrilla, se presentó un combate que se prolongó entre quince y treinta minutos, que dio como resultado la muerte de las trece personas.

No obstante, en contradicción con esa versión de los hechos, se encuentran las declaraciones de testigos quienes afirmaron que en las horas de la mañana del día 5 de octubre de 1993, en la vereda El Bosque del corregimiento Portugal de Piedras hizo presencia un grupo compuesto por dieciocho ó veintitrés personas, unos vestidos de civil y otros uniformados, pero todos fuertemente armados, quienes ingresaron a las casas de habitación de las familias Molina Solarte y Ladino Ramírez y privaron de la libertad a algunos de sus miembros, para posteriormente trasladarlos amarrados hasta las instalaciones de la Escuela de la Federación Nacional de Cafeteros de la localidad, someterlos a actos violatorios de derechos humanos y luego conducirlos hasta el inmueble desocupado de propiedad de Javier Ladino, una de las víctimas, sitio en donde les causaron la muerte.

Igualmente, aseguraron que el grupo de homicidas permaneció en el lugar hasta notar la presencia de las tropas del Ejército Nacional, sin que fuese objeto de persecución por parte de los miembros de la fuerza pública, aspecto agravado en tanto que el personal del PAU realizó un simulacro de enfrentamiento, ya que cuando se hicieron presentes en el lugar las trece personas habían perdido la vida.

La Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos, sobre el particular, logró establecer que la muerte de las trece personas obedeció a las actividades del grupo de civiles que hizo presencia a primeras horas de la mañana del 5 de octubre de 1993, descartando la posibilidad que el deceso de las mismas tuviera su origen en el accionar antiguerrillero de las tropas del Ejército Nacional, es decir, desvirtuó la existencia de un combate.

El Órgano de Control, en primera instancia consideró que de acuerdo con el acervo probatorio se demostró que el Teniente Coronel Becerra Bohórquez efectivamente expidió una orden verbal a los integrantes del pelotón PAU para que se desplazaran al lugar de los hechos y allí fingieran un combate, con el propósito de reivindicar como suyas las muertes de dichas personas, y adicionalmente encubrir a los verdaderos responsables. Es preciso mencionar que la muerte de las trece personas fue ocasionada por el accionar de grupos paramilitares.¹⁸²

Los cargos imputados al Teniente Coronel Luis Felipe Becerra Bohórquez, Comandante del Batallón de Artillería N.º 3 “Batalla de Palacé” de Buga, Valle del Cauca, oficial de más alto rango sancionado por esos hechos, se produjeron en los siguientes términos:

¹⁸² Ver Comisión interamericana de Derechos Humanos, Organización de Estados Americanos, Informe n.º 62/0, caso 11.654, Masacre de Riofrío Colombia, 6 de abril de 2001, consultada en <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/Colombia11.654a.htm>

“Una vez conocidos por usted los homicidios de (...) a manos de un grupo de hombres sin identificar que después de maltratarlos y colocarlos en estado de indefensión procedieron a darles muerte haciendo uso de las armas de fuego que portaban (...), emitió en forma verbal una orden de operaciones para que (...) integrantes del Pelotón Antiterrorista Urbano (PAU), se desplazaran al lugar de los hechos y allí fingieran que participaron en la operación (...).”

“No obstante haber sido de público conocimiento en la zona de los hechos, la presencia en tempranas horas de la mañana del 5 de octubre de 1993 de un grupo de hombres fuertemente armados señalados como autores materiales de la muerte de las trece personas antes mencionadas, omitió usted impartir las órdenes pertinentes o tomar las medidas conducentes para dar con el paradero de los responsables y denunciar el hecho a las autoridades competentes”.

La Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos consideró que el disciplinado, con su conducta pudo haber vulnerado los artículos 6, 11 y 93 de la Constitución Política; 3, 13, 15, 16, 19, 20, 24, 29 y 33 literal d), 64 y 65 sección B literal c), m), sección F literales a), i), j), k), l); sección I literal d); sección k literal b) del Decreto Ley 0085 de 1989; artículo 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado mediante la Ley 16 de 1972.

Es decir que el disciplinado con su conducta inobservó normas relacionadas con la disciplina, la responsabilidad al emitir una orden y las características que estas deben contener, la fidelidad a la Patria, a la Constitución a las leyes y al gobierno legítimo, así como la inobservancia de deberes militares, el honor propio y la institución militar como bienes supremos, la verdad como regla inviolable y el ejemplo que debe darse a los subalternos.¹⁸³

¹⁸³ Ver Decreto Ley 0085 de 1989

Concretamente, de acuerdo con las normas imputadas, el disciplinado incumplió la obligación de cuidar y conservar los elementos pertenecientes a las fuerzas militares, especialmente el material de guerra, incurrió en falta contra la moral y el prestigio de las fuerzas militares, también en conductas constitutivas de negligencia en el mando al encubrir o tratar de encubrir faltas cometidas por personal subalterno bajo su mando y no ejercer el mando con justicia, rectitud, ecuanimidad y honestidad. También incurrió en faltas contra el servicio al no cumplir con el debido celo y oportunidad las obligaciones y deberes del servicio, mentir al no dar cuenta de hechos de los cuales se debe informar al superior por razón del cargo o del servicio, ocultar al superior, intencionalmente irregularidades o faltas cometidas contra el servicio y mentir al superior en asuntos del servicio.

Es preciso resaltar que ninguna referencia hace la Procuraduría Delegada para la defensa de los Derechos Humanos acerca de la infracción a la normatividad del DIH convencional ni consuetudinario en que pudieron incurrir los disciplinados con las conductas motivo de investigación, así como tampoco se refiere el contexto del conflicto armado en el que se despliegan tales comportamientos. Esta situación obedece a que cómo inicialmente se señaló, para ese entonces, el DIH no tuvo aplicación por parte del máximo órgano de control disciplinario y se repite, si bien las normas legales no tipificaron estas conductas como constitutivas de falta disciplinaria, la normatividad humanitaria ha tenido vigencia en Colombia con la adhesión del Estado a los Convenios de Ginebra de 1949 y se refrendó o revalidó en la Constitución Política de 1991.

Pese a lo anterior, la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos tuvo claridad acerca de la gravedad de los hechos investigados¹⁸⁴ y de la carencia de instrumentos normativos adecuados para sancionar estos

¹⁸⁴ Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos, Fallo de Primera Instancia 11 de mayo de 1998, “Dada la gravedad y la naturaleza de las imputaciones que se le enrostran, que ofenden el sentimiento de la humanidad, el grado y el cargo que ostentaba para la época de los hechos, se hace merecedor de sanción.”, Pág. 608

comportamientos. Por tal motivo, en este caso particular esa dependencia decidió recurrir a una posición jurídica, en ese entonces, recientemente adoptada¹⁸⁵ para sancionar conductas constitutivas de genocidio, tortura y desaparición de personas.

Con fundamento en los argumentos de la sentencia de la Corte Constitucional C – 358 de 1997, es decir que la gravedad de conductas como genocidio, desaparición o tortura no pueden considerarse como ejecutadas en actos del servicio, la Procuraduría Delegada entendió y concluyó que dichas conductas escapan a los normales parámetros de las faltas disciplinarias, ejecutadas en actos del servicio a las cuáles se refiere el decreto 0085 de 1989.

Entonces, recurre la Delegada al artículo 22 de la Ley 4ta de 1990, norma legal por medio de la cual se reorganiza la Procuraduría General de la Nación, se asignan funciones a sus dependencias y se dictan otras disposiciones, derogada por la Ley 201 de 1995 y ésta a su vez por el Decreto Ley 262 de 2000, actualmente vigente, que disponía:

La Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos tendrá las siguientes funciones:

b) Adelantar y decidir, en única instancia, la acción disciplinaria por la participación en actos que configuren genocidios, torturas y desapariciones de personas, en que incurran en ejercicio de sus funciones los miembros del Ministerio de Defensa Nacional, las Fuerzas Militares, la Policía Nacional; los funcionarios o personal de los organismos adscritos o vinculados a esas instituciones, y los demás funcionarios y empleados.

¹⁸⁵ Ver Fallo de Primera Instancia Proceso Disciplinario n.º 008-153954, Disciplinado Teniente César Alonso Maldonado y otros. En esta decisión se le impuso como sanción principal la separación absoluta de las fuerzas militares. Sin embargo el mismo año, mediante decisión de segunda instancia proferida por el Procurador General de la Nación, la decisión fue revocada y se impuso como sanción principal “repreñión severa.

Seguidamente, señaló que no todos los elementos del régimen especial disciplinario se encuentran en el Decreto 085 de 1989, para los miembros de la fuerza pública ya que en lo atinente a la competencia y el procedimiento, ese régimen especial está determinado por el artículo 277 de la Constitución Política, por el artículo 22 de la Ley 4ª de 1990, retomado por el artículo 60 de la Ley 201 de 1995 y por la Ley 200 de 1995. Asimismo, refirió que lo mismo ocurre con las faltas disciplinarias de lesa humanidad y sus respectivas sanciones, que no aparecen explícitas en los estatutos disciplinarios especiales, sino en normas más específicas que se derivan de la propia Constitución. Es decir que el régimen disciplinario especial de la fuerza pública es realmente complejo y debe integrarse por un conjunto de normas vigentes generales, especiales y especialísimas.

Además agregó que la aplicación del procedimiento disciplinario establecido en la Ley 200 de 1995, necesariamente requería la aplicación de artículos de carácter sustantivo del mismo Código Disciplinario Único y si se afirmaba lo contrario, sería negar la armonía y eficacia del procedimiento. En otras palabras, para poner en marcha el procedimiento disciplinario dispuesto en la Ley 200 de 1995 y lograr su eficacia resultaba indispensable abordar disposiciones sustantivas de la misma obra, que se convertirán a su vez en disposiciones de tipo procedimental.

A título de ejemplo refirió el artículo 146 del Código Disciplinario Único, disposición eminentemente de tipo procedimental que fija los términos en que debe adelantarse la investigación disciplinaria, haciéndolos depender de la gravedad de la falta (gravísima, grave), calificación que necesariamente deberá hacer el investigador, así sea en forma provisional, en el auto de apertura de investigación y para ello deberá recurrir a disposiciones de tipo sustantivo, en donde se establecen los tipos disciplinarios. Para esa labor, se consideró que debían utilizarse los criterios establecidos en el Código Disciplinario Único y no en otros regímenes o estatutos especiales ya que en tal caso, la Procuraduría no podría adelantar el procedimiento establecido en la Ley 200 de 1995 y aplicable a todos

los servidores públicos como lo enfatizó la Corte, e iría a encontrar faltas calificándose, por ejemplo, de simple y de mala conducta, adjetivos calificativos no acordes el procedimiento establecido en el régimen general ni con los temas de competencia de esa Procuraduría Delegada.

Por último refirió que acudir a normas sustantivas del Código Disciplinario Único relacionadas con la gravedad de la falta, conlleva necesariamente a que dicha calificación sea armónica con la sanción, toda vez que en últimas la gravedad de la falta es requisito indispensable para la graduación de la sanción, queriéndose decir con esto, que es imposible sustraerse, cuando se aplica el procedimiento disciplinario establecido en la ley 200 de 1995, de las sanciones allí consagradas.

Con fundamento en este argumento, la Procuraduría Delegada impuso al Teniente Coronel Luis Felipe Becerra Bohórquez y a otro oficial sanción de destitución o separación absoluta de las fuerzas militares.

Ahora bien, este fallo fue revocado en segunda instancia, mediante decisión de fecha 2 de octubre de 1998 proferida por el Procurador General de la Nación. Se destaca respecto de esta providencia el llamado urgente que se hace al legislador para efectos de crear un régimen coherente que tipifique conductas y establezca sanciones proporcionales a la gravedad de aquéllas. Esto, en atención a que en casos como el que se estudia, pese a estar demostrada probatoriamente la incursión por parte de los disciplinados en conductas que revisten suma gravedad, resultó imperioso revocar la decisión de primera instancia e imponer como sanción la “reprensión severa”, similar a un llamado de atención público, en atención a las consideraciones que a continuación pasa a señalarse. Resulta imperioso para éste estudio revisar lo más destacado de los fundamentos jurídicos referidos por ese despacho:

“Este conjunto de irregularidades disciplinarias frente a las cuales existe certeza de su comisión por el investigado, ameritan la imposición de la máxima sanción disciplinaria, en razón de su gravedad y del propósito encubridor de hechos violatorios de derechos humanos que las mismas comportan.

Sin embargo, en ese sentido debe el despacho apartarse de la sanción de destitución o separación absoluta de las Fuerzas Militares que le fuese impuesta en la primera instancia al disciplinado puesto que tal correctivo vulnera el principio de legalidad de la sanción, en tanto que el mismo se impuso haciendo uso de normas que como la Ley 200 de 1995 no son aplicables a los miembros del Ejército Nacional. En tal sentido, el Código Disciplinario Único no puede ser utilizado para el caso concreto, debido a que los hechos tuvieron ocurrencia antes de su entrada en vigencia, y por cuanto la fuerza pública tiene en materia sustantiva un régimen disciplinario especial que obliga a imponer las sanciones y correctivos de sus propios estatutos, para el caso las contenidas en el Decreto 085 de 1989.

Debe reconocerse que la sanción a imponer al investigado no se compadece con la gravedad de las faltas en que incurrió como Comandante del Batallón de Artillería n.º 3 “Batalla de Palacé”. Sin embargo, con respeto del principio constitucional de “legalidad de la sanción”, este despacho no podrá confirmar la sanción de destitución o de separación absoluta de las Fuerzas Militares, puesto que tan grave correctivo, únicamente procede en la comisión de faltas distintas a las investigadas y que aparecen en el catálogo de las faltas constitutivas de mala conducta o contra el honor militar, en los términos de los artículos 77 literal g), 142, 143, 184 y 185 del mismo decreto.

Por ende únicamente resulta procedente la aplicación de la reprensión severa en los términos del numeral 3º del literal a) del artículo 75 del Decreto 085 de 1989.

Sea la oportunidad para poner de relieve el vacío normativo existente en la actualidad dentro del régimen disciplinario para las Fuerzas Militares que imposibilita aplicar sanciones condignas a eventos de graves violaciones a los derechos humanos o que se orientan a la sanción de conductas encubridoras de tales comportamientos, como las ocurridas en esta investigación. **La inexistencia de herramientas legales adecuadas para sancionar a los servidores públicos que se alejan del cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales de manera tan grave y perjudicial como la que hoy nos ocupa, amerita un esfuerzo legislativo especial que contribuya a la consagración de sanciones especiales y consecuentes con la función de protección de la vida, honra y bienes encomendadas a las autoridades públicas, más entrándose de aquéllas que hacen parte de la fuerza pública.**" Negrilla fuera de texto

Ahora bien, antes de culminar este acápite, es pertinente referir que con fundamento en la Ley 4ª de 1990 la Procuraduría General de la Nación intentó sancionar conductas como la referida, que para nuestro objeto de estudio, constituye un claro ejemplo de infracción al derecho internacional humanitario, concretamente de homicidio en persona protegida.

2.1.2 Expediente 008-147452¹⁸⁶

Con fundamento en lo anterior y concretamente en el escape de salvación en que se constituyó la Ley 4ª de 1990, no quisiera dejar de referir el conocido caso de la ex integrante del grupo guerrillero Movimiento del 19 de abril, M19 Nidia Erika Bautista de Arrellana. Si bien, éste caso no contiene los elementos que caracterizan los hechos objeto de estudio de la presente investigación en tanto no se realizó simulando un combate ni haciendo pasar a las víctimas como integrantes de grupos armados al margen de la ley y no se presentó el resultado

¹⁸⁶ Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos, Resolución de 5 de julio de 1995, confirmado mediante Resolución de 16 de Julio de 1995

como un positivo de la fuerza pública, es importante por las razones que pasa a señalarse.

En primer término demuestra que en Colombia no se aplicaba, por lo menos para ese entonces, en el ámbito disciplinario el DIH ni convencional ni consuetudinario, tal como reiteradamente se ha señalado, en segundo lugar pone de presente nuevamente la carencia de normas para sancionar este tipo de conductas por cuanto pese a haberse proferido sanción de destitución a un Brigadier General, ello tuvo lugar porque se imputó esencialmente la falta de encubrimiento contemplada en el régimen disciplinario de las fuerzas militares que regía para ese momento y en el artículo 15, numeral 16 de la Ley 13 de 1984, sancionada en ésta última con destitución, en nuestro parecer con instrumentos legales demasiado precarios que incluso podrían afectar la legalidad de la sanción. Obsérvese a continuación los aspectos más destacados del caso referido:

EL 30 de agosto de 1987, la víctima fue retenida por tres hombres, quienes la obligaron a subir a un vehículo, la trasladaron a una finca en donde permaneció durante dos días, con posterioridad la llevaron al sector de Quebradablanca, en el municipio de Guayabetal, y allí le dispararon y la mataron. El 26 de julio de 1990 en el cementerio municipal de Guayabetal, departamento de Cundinamarca, se practicó la diligencia de exhumación del cadáver que había sido sepultado en septiembre de 1987 como NN.

El cargo formulado contra el Brigadier General fue el siguiente:

“Usted en su condición de Comandante de la Compañía de operaciones Especiales, adscrita a la Brigada XX de Inteligencia y Contrainteligencia del Ejército, tuvo conocimiento de la retención, desaparición forzada y posterior homicidio de la señora Nidia Erika Bautista de Arrellana, aprobando tales

procedimientos, los cuales fueron presuntamente ejecutados por sus subalternos (...)"

Esta delegada consideró que con su proceder pudo usted incurrir en las faltas descritas en los artículos 19, 70 y 71 sección B) literal a), sección c) literal m), sección F) literales a), b), i) y k) del decreto 1776 de 1979 (reglamento del régimen disciplinario de las fuerzas militares, las cuales coinciden con las descritas en los artículos 19, 64 y 65 del decreto 085 de 1989, actualmente vigente.

Nótese, se le imputó la comisión de una serie de conductas constitutivas de faltas disciplinarias sin que ninguna de ellas refiera la desaparición forzada ó el homicidio. Pese a lo anterior, a lo largo de la providencia se hace referencia de manera constante a la Ley 4ª de 1990 que cómo ya se señaló con anterioridad, se trata de una normatividad que reorganiza la Procuraduría General de la nación y asigna funciones a sus dependencia, específicamente en su artículo 22 asigna a la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derecho Humanos adelantar y decidir, en única instancia, la acción disciplinaria por la participación en actos que configuren genocidios, torturas y desapariciones de personas, en que incurran en ejercicio de sus funciones, entre otros, los miembros de las Fuerzas Militares.

A nuestro juicio, pese a que el principio de legalidad de las faltas disciplinarias opera bajo ciertos parámetros que lo diferencian de la forma en que opera en el derecho penal y que pueden resultar menos estrictos, la disposición en mención no describió una falta disciplinaria, simplemente atribuyó una función a una de las dependencias del órgano de control disciplinario.

Por otro lado, la sanción de destitución ó separación absoluta de las fuerzas militares prevista en el Decreto 0085 de 1989, régimen disciplinario aplicado al presente caso, sólo fue contemplada para ser aplicada en caso de la comisión de faltas constitutivas de mala conducta o cometidas contra el honor militar,

contempladas en los artículos 142 y 184 de esa normatividad, sin que ninguna de ellas se refiera las infracciones al DIH ni la violación de derechos humanos.

Sin embargo, con un argumento similar al utilizado en el caso anteriormente referido, es decir, que el “poder disciplinario de la Procuraduría General de la Nación prevalece en aquellos eventos en los que asume el conocimiento de una norma particular, circunstancia que ocasiona que también primen las normas que regulan la facultad disciplinaria de dicho órgano de control sobre aquellas que se predicen de los superiores militares en el ámbito interno de los cuarteles” la Procuraduría Delegada para los Derechos Humanos impuso sanción de destitución a los disciplinados, uno de ellos, el Brigadier General Álvaro Hernán Velandia Hurtado, decisión confirmada por el mismo despacho.¹⁸⁷

Sobre ese particular, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca refirió que “la prevalencia hay que entenderla no sólo respecto de la competencia, sino también en relación con el procedimiento y el castigo de las faltas, por lo que en este orden de ideas la Procuraduría podía ordenar la destitución del disciplinado.” Debe resaltarse que actualmente la sanción impuesta se encuentra incólume, pese a haber sido objeto de conocimiento por parte de la jurisdicción contencioso administrativa y a que dentro de esa actuación judicial se han proferido diversas decisiones contradictorias principalmente originado en el tema de prescripción de la acción disciplinaria que operó en caso particular. Debe anotarse también que lo referido a la legalidad de la falta disciplinaria y de la sanción fue refrendado por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en decisión de primera instancia.¹⁸⁸

No obstante, queda en evidencia nuevamente que el ordenamiento jurídico en

¹⁸⁷ Proceso Disciplinario n.º 008-147452-1994, Fallo proferido mediante Resolución 13 de 5 de julio de 1995, confirmada mediante la resolución 16 de 19 de julio de 1995.

¹⁸⁸ Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, sentencia de primera instancia de 21 de junio de 1999, referida en Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia que resuelve recurso extraordinario de súplica, de 29 de septiembre de 2009

Colombia poco o nada se ocupó de consagrar normas que permitieran un reproche efectivo de comportamientos como el que aquí se estudia.

2.2 LAS INFRACCIONES AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO DURANTE LA VIGENCIA DE LA LEY 200 DE 1995

Ahora bien, “con el advenimiento de una nueva Constitución, la de 1991, surgió la necesidad de poner a tono con sus valores y principios gran parte del ordenamiento jurídico, y a ello no fue ajeno el derecho disciplinario, motivo por el cual en esta temática se presentó una contundente iniciativa, referida a la necesidad de unificar la diversidad de legislaciones que sobre el tema existían hasta ese momento, circunstancia fundamental que llevó a la Promulgación de la Ley 200 de 1995.”¹⁸⁹

No obstante, el recién expedido Código Disciplinario Único no hizo referencia alguna al Derecho Internacional Humanitario, a pesar de que el artículo 93 de la Constitución Política dispuso con anterioridad que los tratados y convenios internacionales que reconocen los derechos humanos prevalecen sobre las normas del derecho interno y que los deberes establecidos en la Carta, incluyendo los de los servidores públicos se deben interpretar de conformidad con esos mismos tratados y convenios. Asimismo, el legislador no tuvo en cuenta que el

¹⁸⁹ SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel. Dogmática Practicable del Derecho Disciplinario, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá 2012, P. 31 Así también “La Constitución de 1991 y las reformas que se han hecho a la administración pública son los antecedentes que impusieron la revisión de la normativa disciplinaria estatal, porque se podía colegir el inocultable desajuste que existía en los estatutos vigentes, para que la Procuraduría General de la Nación y las demás entidades y organismos del Estado en todos los niveles tramitaran los procesos disciplinarios e impusieran las respectivas sanciones, y en general dieran cumplimiento al control interno disciplinario. Otro antecedente más vino determinado por la proliferación de normas que regulaban la conducta de los servidores públicos y los procedimientos respectivos para hacerlos efectivos. (...) Esa multiplicidad de regímenes disciplinarios (...) condujo al ejercicio ineficiente e inequitativo del juzgamiento de la conducta de los servidores públicos, anarquizó la función de control y dificultó al máximo el cumplimiento del mandato constitucional a cargo de todas las entidades oficiales” Ob. Cit. Isaza, Teoría General del Derecho Disciplinario, P. 31, con base en la exposición de motivos de la Procuraduría General de la Nación al proyecto de Ley 215 de 1995, en la Gaceta 215 de 1995, en la gaceta del Congreso, núm. 73

artículo 214 disponía ya que en todo caso se respetarán las reglas del Derecho Internacional Humanitario, circunstancia que claramente vincula a los servidores públicos.

El artículo 25 de la Ley 200 de 1995, consagró una lista de diez conductas consideradas faltas gravísimas, dentro de las que se incluyen comportamientos relacionados con casos de corrupción como, derivar provecho patrimonial del cargo, celebración indebida de contratos, obstaculización de investigaciones, el incumplimiento en ejercicio de funciones, conductas perseguidas por el derecho internacional como el genocidio¹⁹⁰ y violaciones a los derechos humanos como la desaparición forzada, conducta actualmente prohibida por el derecho internacional humanitario consuetudinario.¹⁹¹ Sin embargo, nada se dijo concretamente sobre las infracciones al DIH ó infracciones graves al DIH, a pesar de que el artículo 118 y 277 de la Carta Política le habían atribuido una importante función al Ministerio público y a la Procuraduría General de la Nación en materia de Derechos Humanos.

Con todo, el numeral 1° del artículo 40 de la Ley 200 de 1995 establecía que son deberes de los servidores públicos cumplir y hacer que se cumpla la Constitución, los Tratados Públicos ratificados por el Gobierno Colombiano y las leyes. Valga la pena mencionar que para entonces, ya se encontraban incorporados en nuestro ordenamiento los dos Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949. El Protocolo I aprobado mediante la ley 11 del 21 de Julio de 1992 y el Protocolo II, que desarrolla el artículo 3° común a los cuatro Convenios, aprobado mediante la Ley 171 de 1994.

¹⁹⁰ Ver Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948 Artículo 1° “Las Partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y a sancionar”

¹⁹¹ Ver Comité Internacional de la Cruz Roja, Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario. Norma 98 Internacional Review of the Red Cross, Pág. 40

Estas herramientas, interpretadas en concordancia con las características que presenta la normatividad humanitaria, anteriormente estudiada, eran de verdad más que suficientes para dar aplicación coherente e inmediata a esas disposiciones, más aún si se tiene en cuenta la gravedad que para entonces revestía el conflicto armado en Colombia.

Ahora bien, es pertinente también revisar los antecedentes normativos del régimen disciplinario de las fuerzas militares y de la policía nacional, por cuanto por lo general constituyen una de las –partes- en un conflicto armado sin carácter internacional. Así encontramos el Decreto 0085 de 1989, por medio del cual se reformó el régimen aplicable a las fuerzas militares y en el que se observa que no se hace mención alguna al respeto, aplicación o promoción del tema específico de derecho internacional humanitario. Se ocupó esencialmente de las faltas cometidas contra la moral y el prestigio de las fuerzas militares, el abuso de autoridad, la negligencia en el mando, la subordinación, la obediencia, la cortesía militar y la responsabilidad administrativa.

En este punto conviene referir la sentencia proferida por la Corte Constitucional C-578 de 1995, mediante la cual se resolvió una demanda de inconstitucionalidad presentada contra el artículo 15 del Decreto 0085 de 1989, que regulaba lo relacionado con la responsabilidad en el tema específico de órdenes militares. Llama la atención como esta Corporación, pese a que ni el régimen disciplinario general ni el régimen disciplinario especial, objeto de estudio hacía mención alguna a la normatividad humanitaria, vincula la actividad desempeñada por la fuerza pública no sólo con la Constitución Política sino con el Derecho Internacional Humanitario al que en la misma providencia lo reconoce como parte del Bloque de Constitucionalidad y su atributo de jus cogens, Obsérvese:

“La materia propia de las órdenes militares es el uso de la fuerza con el objeto de defender la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional

y el orden constitucional. Esa actividad del Estado está sujeta a la Constitución **y a las normas del derecho internacional humanitario** que con la primera integran, para estos efectos, el bloque de constitucionalidad. (...)"
Negrilla fuera de texto.

"La norma demandada, en conclusión, debe contrastarse con la integridad de la Constitución y las reglas y **principios que conforman el derecho internacional humanitario.**" Negrilla fuera de texto

En el aspecto que aquí interesa, la Corte Constitucional hace alusión a la reevaluación o "revitalización" del principio de obediencia debida en atención precisamente a las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario, reiterando la postura ya señalada por esa Corporación,¹⁹² pese a que en materia disciplinaria esa normatividad no se encontraba expresamente consagrada como falta disciplinaria tal y como hoy día la conocemos.

En el año 2000 fue expedido el Decreto 1797, régimen disciplinario para las fuerzas militares vigente desde el 1° de enero de 2001 hasta el 16 de julio de 2003. Esta normatividad, extrañamente sólo refirió en el parágrafo del artículo 1° relacionado con la aplicabilidad, que los prisioneros de guerra también estaban sometidos al derecho internacional humanitario. No hizo mención alguna referida a las infracciones al derecho internacional humanitario y fue declarado inexecutable

¹⁹² Colombia Corte Constitucional, sentencia C-225/95 M.P. Alejandro Martínez Caballero. "Estas prohibiciones del derecho internacional humanitario, por su vínculo evidente y directo con la protección a la vida, la dignidad y la integridad de las personas, tienen además una consecuencia constitucional de gran trascendencia, puesto que ellas implican una relativización, en función de estos trascendentales valores constitucionales, del principio militar de obediencia debida consagrado, por el inciso segundo del artículo 91 de la Carta. En efecto, esta Corporación ya había señalado que, como es necesario conciliar la disciplina castrense con el respeto de los derechos constitucionales, es inevitable distinguir entre la obediencia militar "que se debe observar por el inferior para que no se quiebre la disciplina y la que, desbordando las barreras del orden razonable, implica un seguimiento ciego de las instrucciones impartidas por el superior". Asimismo Corte Constitucional sentencia C-578 de 1995 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz "Las anteriores consideraciones son suficientes para concluir que el inciso primero del artículo 15 del D.L 85 de 1989, quebranta el bloque de constitucionalidad si se interpreta en sentido absoluto. En consecuencia, la Corte declarará que es executable, siempre que se entienda que las órdenes militares violatorias de los derechos fundamentales intangibles e inescindibles de la dignidad humana (Ley 137 de 1994, artículo 4°), no deben ser ejecutadas y que, en caso de serlo, tales órdenes no podrán ser alegadas como eximentes de responsabilidad.

por la Corte Constitucional mediante sentencia C-713 de 2001 por motivos de forma, en la medida en que cuando el Presidente de la República lo expidió, carecía de facultades extraordinarias para ello.

En cuanto a la Policía Nacional como cuerpo armado que goza de licencia constitucional para el uso de las armas y la aplicación de la fuerza se presentó inicialmente una situación muy similar, ya que el régimen disciplinario propio de esta institución, el Decreto 2584 de 1993 no consagraba ninguna falta relacionada con el DIH. Sin embargo, la normatividad siguiente, el Decreto 1798 de 2000, consagró como tal en el numeral 1 del artículo 37 referido a faltas disciplinarias gravísimas, “afectar con su conducta las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, según lo establecido en los convenios I, II, III y IV de Ginebra de 1949, sus protocolos adicionales I y II y en los demás tratados internacionales que Colombia ratifique.”

Con todo, vale la pena precisar desde ya, que la Corte Constitucional había establecido desde 1998 que los regímenes especiales disciplinarios sólo pueden comprender las regulaciones íntimamente vinculadas con su objeto específico. Para la Corte es claro que, “(...) las conductas que trascienden la función propiamente militar o policíva, por carecer de relación directa con el servicio, no podrán quedar cobijadas dentro de las indicadas regulaciones, lo cual se predica, entre otros casos, de las conductas que violan los derechos humanos. Tales comportamientos quedan, entonces, sometidos a la normatividad ordinaria, penal o disciplinaria.”¹⁹³ Será la Procuraduría General de la Nación, en ejercicio del poder disciplinario preferente establecido en el artículo 277 de la Constitución Política y en el artículo 3° de la Ley 734 de 2002, el Órgano competente para

¹⁹³ Colombia Corte Constitucional, Sentencia C – 620 de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Meza. Ver en el mismo sentido la Sentencia C – 358 del 17 de agosto de 1997 y la Sentencia SU 1184 del 13 de noviembre de 2001

adelantar el juzgamiento de esas conductas.¹⁹⁴

2.3 CASOS PRÁCTICOS REVISADOS A LA LUZ DE LA LEY 200 DE 1995

Expuestas las anteriores referencias normativas se hará una breve exposición de casos que fueron de conocimiento de la Procuraduría General de la Nación y que reflejan cómo, las infracciones al Derecho Internacional Humanitario han reivindicado su condición de objeto de sanción y represión del derecho administrativo disciplinario. Inicialmente se verá que hechos constitutivos de infracciones a la normatividad humanitaria, ocurridos en vigencia de la Ley 200 de 1995, no fueron calificados e imputados conforme a esas disposiciones, a lo que se suma que fueron objeto de sanciones disciplinarias verdaderamente irrisorias y desproporcionadas.

Seguidamente se verá cómo el juez disciplinario se percata de que cuenta con todos los instrumentos jurídicos y las situaciones fácticas propias de un conflicto armado no internacional para dar aplicación al Derecho Internacional Humanitario, aún cuando aplicado con fundamento en la Ley 200 de 1995, las sanciones disciplinarias no se compadecían con las conductas investigadas, con lo que incluso se llega a poner en riesgo la legitimidad del Estado y sus Instituciones y de esa manera la vigencia del Estado Social de Derecho. Finalmente se verá cómo se ha llegado a una etapa en la que un buen número de las investigaciones que adelanta la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario corresponden al numeral 7 de la Ley 734 de

¹⁹⁴ Vale la pena mencionar que en vigencia de la Ley 734 de 2002, por medio de la Ley 836 de 2003, se expidió el reglamento del régimen disciplinario para las fuerzas militares y por medio de la Ley 1015 de 2006 el régimen disciplinario para la Policía Nacional. El numeral 34 del artículo 48 de la Ley 836 de 2003, establece como falta disciplinaria gravísima incurrir en cualquiera de las faltas definidas en los numerales 4 al 16 del artículo 48 de la ley 734 de 2002, es decir, incluye el numeral 7° que consagra como falta disciplinaria gravísima '*incurrir en graves violaciones del derecho internacional humanitario.*' Por su parte, la Ley 1015 de 2006 no prescribe como faltas disciplinarias este tipo de conductas, sin embargo, en su artículo 37 señala como 'otras faltas... el incumplimiento de los deberes consagrados en la Constitución Política, los tratados públicos ratificados por el Gobierno colombiano, las leyes y los actos administrativos'.

2002 y concretamente a la conducta constitutiva de Homicidio en Persona Protegida.

Obsérvese inicialmente dos casos en los que la conducta de los miembros de la Fuerza Pública constituye sin duda, infracciones graves a la normatividad humanitaria en tanto afectaron la vida de las víctimas, pero en los que no se hizo referencia alguna a sus disposiciones, hechos ocurridos durante la vigencia de la Ley 200 de 1995 y sancionados con fundamento en sus previsiones normativas.

Para este efecto, precítese que de la decisión proferida, se extraerá una descripción breve de los hechos, de los cargos formulados, de las normas que se consideraron infringidas y se referirá la calificación de la falta y la forma de culpabilidad, así como la sanción impuesta.

2.3.1 Expediente n° 008 – 92025-2003¹⁹⁵

Los hechos que dieron origen a la actuación disciplinaria fueron los siguientes:

En las horas de la noche del 19 de noviembre de 1998, un grupo de hombres armados incursionaron en la vereda "La Cabuya", del municipio de Tame-Arauca e ingresaron de manera violenta a las residencias. Sacaron por la fuerza a varios de sus moradores, se apoderaron de bienes de los residentes y dieron muerte a Rito Antonio Díaz Duarte, Efraín Carvajal Valbuena, Samuel Silva Ramírez, Leonor Mercedes Carrillo y Alicia Ramírez Méndez (quien estaba en estado de embarazo). Todas esas personas fueron ejecutadas con disparos de arma de fuego y algunos de ellos degollados, conductas ejecutadas en presencia de sus familiares y menores de edad.

¹⁹⁵ Fallo proferido el 24 de octubre de 2003

Los Cargos formulados fueron los siguientes:

- a) Contra el Comandante del Batallón de Contraaguerrillas No. 25, Héroes de Paya, para el 19 de noviembre de 1998, por ordenar el traslado de la Compañía Escorpión E, desde Hato Corozal a la Inspección de "La Cabuya", quienes en asocio con un grupo ilegal armado de Autodefensas, dieron muerte a varias personas de ese caserío, por considerarlas auxiliares de grupos ilegales insurgentes (guerrilla).
- b) También, por utilizar de manera indebida personal del Ejército Nacional, bajo su mando, ya que para cometer la anterior conducta, ordenó el traslado de la Compañía Escorpión a la vereda "La Cabuya" para que, a su vez, el Comandante de la Compañía Teniente de esa misma fuerza, efectuara con ellos el dispositivo de seguridad en las entradas del caserío, mientras que el grupo armado ilegal de autodefensas ejecutaba la masacre.
- c) Por ocultar información en cuanto a la verdadera situación de la Compañía E, para los días 18 y 19 de noviembre de 1998. Los documentos que contienen la Situación de Tropas -INSITOP-, no registran la verdadera situación de esa Compañía para los referidos días. Después de cometida la masacre impartió a los integrantes de esa Compañía E, instrucciones de cómo debían declarar. Con esta conducta logró obstaculizar en forma grave las investigaciones penal y disciplinaria que se adelantaban por la masacre ocurrida en la vereda "La Cabuya".

La Procuraduría Delegada, encontró plenamente demostrados los cargos endilgados, las pruebas legalmente allegadas en la investigación condujeron a la certeza legal objetiva de la responsabilidad disciplinaria del militar investigado. En las consideraciones se hicieron importantes referencias sobre la función de la Fuerza Pública y sobre el deber de todo servidor público de respetar los tratados e instrumentos internacionales que consagran los derechos humanos, sin referir de forma alguna aquellos que consagran las normas del Derecho Internacional

Humanitario.¹⁹⁶

Normas infringidas:

Como normas infringidas se señalaron los artículos 2º, 6, 11, 95 y 93 de la Constitución Política, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948; el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.

En materia disciplinaria, se consideraron infringidos el numeral 2, artículo 25 y el numeral 1º del artículo 40 de la Ley 200 de 1995.

Calificación de la falta y forma de culpabilidad:

Las conductas fueron calificadas como gravísimas y graves a título de dolo. Es preciso señalar que el incumplimiento de los deberes impuestos al servidor público era catalogado por la ley 200 de 1995 como una falta grave. Sin embargo la obstaculización de las investigaciones, se consagraba en el numeral 2º del artículo 40 de esa normatividad y se consideraba como falta gravísima, sancionada con

¹⁹⁶ **Radicación N° 008 – 92025 – 03.** La Constitución Política nuestra, los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por el gobierno y el Código de Conducta para los funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley y los Principios Básicos sobre el empleo de la Fuerza y las Armas de Fuego, les imponen a las autoridades legítimamente constituidas el monopolio de las armas pero, a la vez, el deber del ejercicio racional y proporcional de las mismas, cuando los hechos y el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas de los ciudadanos los exijan. (...) Con mayor rigor la normativa nacional e internacional consagrada en los tratados internacionales sobre derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado, exige a los servidores públicos encargados de hacer cumplir la Ley, quienes lo representan, realizar conductas que se ajusten a los deberes que les imponen, para que la función esencial del Estado de respetar los derechos humanos y garantizar su libre y pleno ejercicio, sea efectiva y real. (...) Las Fuerzas Militares, quienes por su especiales condiciones en el marco de la organización social y política del Estado, donde además de responder por sus actos reprochables en diferentes instancias, sus ordenes militares deben corresponder al cumplimiento de sus deberes y obligaciones, lo que implica además, como básica función proteger y garantizar el ejercicio de los derechos humanos, como fundamento de la convivencia pacífica. Por ello, la manifestación de voluntad concreta por medio de la cual un superior de las Fuerzas Militares dispone a sus subordinados que actúen en determinado sentido de manera ilegal, bajo presión y amenazas del cargo militar que ostenta, es equivalente a realizarlas.

Destitución, conducta en la que se incurrió en el presente caso.

Sanción Impuesta:

Destitución, con separación absoluta del Ejército Nacional, de conformidad con el numeral 4° del artículo 29 de la Ley 200 de 1995.

Aspectos para resaltar:

En primer término, llama la atención que en el caso expuesto no se hace ninguna referencia a la infracción de las normas del Derecho Internacional Humanitario, a pesar de presentarse los presupuestos para su aplicación, veamos:

- a) Las disposiciones del Derecho internacional humanitario se encuentran vigentes en Colombia desde 1960.
- b) En Colombia existe un conflicto armado interno.
- c) La Ley 200 de 1995 permitía la aplicación de esa normatividad, ya que el numeral 1° de su artículo 40 señalaba como deber del servidor público cumplir y hacer cumplir la Constitución, los tratados públicos ratificados por el Gobierno Colombiano y las leyes entre otros. El incumplimiento de ese deber, según el artículo 38 de la misma norma daba lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente.
- d) Las conductas cometidas por los investigados, son objeto de reproche por parte del artículo 3° común a los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo II relativo a la Protección de las Víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional.

Por otro lado, se debe anotar que si bien, en el presente caso la sanción impuesta

fue la Destitución con separación absoluta del Ejército Nacional, ello se debió a que se incurrió en otra falta catalogada como gravísima y que consistió en la obstaculización de las investigaciones. De no haber sido así, la sanción hubiera sido la de Suspensión hasta por 90 días como adelante lo veremos. Así, se observa la ineficacia del anterior régimen disciplinario para reprimir las infracciones al Derecho Internacional Humanitario. Debe referirse para terminar que esta decisión fue confirmada íntegramente por el despacho del Viceprocurador General mediante decisión de 4 de noviembre de 2003.

2.3.2 Expediente n° 008-78156-2002¹⁹⁷

Los hechos que dieron origen a la actuación disciplinaria fueron los siguientes:

Las señoras Janeth Cecilia Córdoba Ariza y Cecilia Esther García de la Hoz, presentaron escrito donde manifiestan que sus esposos Armando Villarreal Echavarría y Alberto de Jesús Arteta Osorio, eran personas trabajadoras y honestas. A pesar de lo anterior figuran como muertos en combate por el Ejército Nacional, en Tucurinca, municipio de Aracataca -Magdalena el 28 de julio de 2001.

Mediante decisión del 28 de abril de 2004, se formularon cargos al MY Miguel Ángel Cortés Vinasco, SV. Humberto López Orozco y SS. Wilmer Pacheco, en los siguientes términos:

1. Mayor miguel Ángel Cortes Vinasco.

Para el día 28 de junio de 2001, en el municipio de Tucurinca –Magdalena y como orgánico del Ejército Nacional, adscrito al Batallón de Infantería Nro. 5

¹⁹⁷ Fallo proferido el 3 de octubre de 2005. Ver en similar sentido las decisiones proferidas dentro de los procesos disciplinarios 8-23895-1999 y 8-42083-2000. División de Documentación. Procuraduría General de la Nación.

Córdoba y como Comandante de la contraguerrilla Cobra 2 y de la Orden de operaciones fragmentaria Puma, pudo incurrir en falta disciplinable, por participar y permitir que personal bajo su mando, para el 27 ó 28 de julio de 2001, en la vía que conduce a la finca El Trébol, del municipio de Tucurínca - Magdalena, disparara arma de baja velocidad y sus armas de dotación contra los señores Carlos Armando Villarreal Echeverri y Alberto de Jesús Arteta Osorio, causándole la muerte sin que hubieran dado motivo a ello.

2. Sargento Viceprimero Humberto López Orozco y sargento segundo Wilmer Pacheco.

Encontrándose adscritos al Batallón de Infantería Nro. 5 Córdoba y la contraguerrilla Cobra 2, para el día 28 de junio de 2001, en el municipio de Tucurínca, Magdalena, pudieron incurrir en falta disciplinable, porque en desarrollo de la orden de operaciones fragmentaria Puma, para el 27 ó 28 de julio de 2001, en la vía que conduce a la finca El Trébol, del municipio de Tucurínca -Magdalena, dispararon arma de baja velocidad y sus armas de dotación contra Carlos Armando Villarreal Echeverri y Alberto de Jesús Arteta Osorio causándoles la muerte, sin que éstos hubieran dado motivo a ello.

La Procuraduría Delegada hace las siguientes afirmaciones, de las que se colige que las víctimas fueron asesinadas y presentadas por los miembros de la fuerza pública como personas pertenecientes a un grupo armado ilegal, dadas de baja en desarrollo de un combate que no existió sino que fue simulado por los militares.

Cuando un diario de la ciudad de Santa Marta publica el hallazgo de dos personas que habían sido inhumadas como NN en esa ciudad correspondían a dos comerciantes de la ciudad de Barranquilla, se da inicio al presente proceso por parte de las esposas de los occisos, quienes formularon queja en contra del Ejército Nacional, señalando que las dos personas dadas de baja por el Ejército Nacional como guerrilleros era falsa,

ya que se trata de sus esposos a quienes estaban buscando desde el 25 de julio de 2001, sin tener noticia de ellos. No aceptan que se les haya señalado como guerrilleros, porque se trataba de personas honestas que siempre respondieron con sus obligaciones como hijos, esposos, padres y que al momento de su fallecimiento se encontraban trabajando. (...) Allegan a la investigación las publicaciones que se hicieron buscándoles y las constancias de trabajo.

La segunda versión, contraria a lo afirmado por sus esposas, empleador y vecinos, la constituyen las afirmaciones de los orgánicos del Ejército Nacional diciendo que se encontraban en desarrollo de la orden de operaciones fragmentaria Nro. 68 Puma, del 26 de julio de 2001 (fls. 133 c. o. 1) y en el desarrollo de la misma se dieron las dos bajas. Revisada la orden de operaciones fragmentaria, la misión era iniciar maniobras de destrucción en el corregimiento de Tucurinca -Magdalena y en la misma se señala que el mando de la operación lo tiene el Capitán Miguel Ángel Cortes Vinasco, con dos (2) oficiales, dieciséis (16) suboficiales y ciento cuarenta (140) soldados. (...)

Las pruebas allegadas al proceso disciplinario llevan a afirmar que los señores Carlos Armando Villareal Echavarría y Alberto de Jesús Arteta Osorio no se le causó la muerte dentro de las circunstancias propias de un combate, como lo señalan los orgánicos del Ejército Nacional sino, por el contrario, por el actuar conciente de los investigados en conseguir el resultado pretendido, que no podía ser otro que la muerte de estas dos personas. (...)

No hay lugar a dudas que los occisos no fueron muertos en combate, la responsabilidad en la muerte violenta de los mismos recae indiscutiblemente sobre quienes voluntariamente han asumido el resultado. Amén de lo anterior, se debe tener en cuenta que no existe la menor duda que éste oficial del Ejército Nacional, tenía el mando de su tropa y, por ello, cualquier resultado aún fuera de las funciones propias de su cargo, le es imputable

porque, como comandante, puede dar la orden o impedir el actuar de sus subordinados en un momento dado, máxime que cuando se produjeron los hechos tenía el grado de Capitán, que implica un alto grado de experiencia en el mando y manejo de tropa a su cargo.

Las siguientes normas se consideraron infringidas:

Normas específicas. Como ya se había señalado desde el auto de cargos, se aplicarán las normas contempladas en la Ley 200 de 1995, anterior Código Disciplinario Único, por ser la normatividad vigente para el momento de los hechos y, por lo tanto, infringieron la siguiente normatividad:

Artículo 38: “Constituye falta disciplinaria y por tanto da lugar a acción e imposición de la sanción correspondiente el incumplimiento de los deberes, el abuso o extralimitación de los derechos y funciones, la incursión en prohibiciones, impedimentos, inhabilidades y conflicto de intereses”.

Artículo 40. De los Deberes... numerales 1º (...)

- “Cumplir y hacer que se cumpla la Constitución, los Tratados Públicos ratificados por el Gobierno colombiano, las Leyes...”.

Calificación de la falta, forma de culpabilidad y sanción impuesta

La falta fue calificada como grave a título de dolo. Asimismo, la sanción impuesta de acuerdo con la normatividad vigente para entonces, es decir el artículo 32, inciso 2º, de la Ley 200 de 1995, fue suspensión del servicio, por noventa (90) días, sin derecho a remuneración.

Debe precisarse que esta decisión fue confirmada integralmente en segunda instancia por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, mediante decisión de fecha 25 de mayo de 2006.

Ahora bien, a continuación se referirán algunos casos, también ocurridos en vigencia de la Ley 200 de 1995, pero en los que el operador disciplinario acude a las normas que conforman el Derecho Internacional Humanitario.

2.3.3 Expediente n° 155 – 61142-2001

Los hechos que dieron origen a la actuación disciplinaria fueron los siguientes:

Siendo aproximadamente las 7:00 p.m. del día 19 de junio de 2001, en la vereda Caño Verde del municipio de Tame, a escasos tres kilómetros del Caserío Santo Domingo, miembros del Ejército Nacional, adscritos a la Brigada XVIII estaban desarrollando un intenso operativo militar en la región y abrieron fuego indiscriminado contra la humilde vivienda de una familia campesina, asesinando a la niña Jeinni Jaimes Pinzón, de tan sólo 11 años de edad, hija de Gabriel Jaimes Pérez y Diosa Pinzón. Así mismo, denuncian el aislamiento e incomunicación al que fue sometida la familia de la víctima por parte de la fuerza pública por un lapso de tiempo de 22 horas.

Mediante decisión de 28 de febrero de 2003, se formuló pliego de cargos contra los militares involucrados:

a) Contra el Sargento Segundo Octavio de Jesús Franco Puerta por: 1. No haber tomado las medidas necesarias para proteger a la población civil que se encontraba en la Finca El Retiro, ubicada en Tame (Arauca), el día 19 de junio de 2001. 2. Porque debió haber impartido la orden a sus subalternos de no disparar hacia y cerca de la vivienda de la familia Jaimes y, 3. Por haber lanzado una granada de 40 milímetros, cerca a la vivienda donde se encontraban los habitantes, extralimitándose en su actuar. Todo lo anterior a sabiendas que se encontraban niños y mujeres dentro de la residencia, lo que ocasionó la muerte a la niña de once años Jeinni Jaimes Pinzón.

b) Contra los Comandos Evelio Cuartas Ortiz, Omar Alzate García, Juan Cano Valencia, Eduardo Morales Consuegra y Fabio Arias Flores, por haber disparado indiscriminadamente, contra los habitantes de la Finca El Retiro, ubicada en TAME (Arauca), el día 19 de junio de 2001, extralimitándose en su actuar, a sabiendas que se encontraban niños y mujeres dentro de la residencia, causándole la muerte a la menor arriba señalada.

El despacho del señor Viceprocurador General, dependencia que conoció del asunto, una vez analizado el acervo probatorio, “concluyo, que un destacamento de soldados al mando del Sargento Segundo Franco Puerta del Ejército Nacional, de manera irresponsable, llevo a cabo un poderoso despliegue de fuego, exactamente en un área próxima a la vivienda del señor Gabriel Jaimes, en la cual residía con su familia, poniendo en grave riesgo la vida de los moradores, tanto fue así, que la niña Jeinni Jaimes Pinzón murió como consecuencia de los disparos hechos en horas de la noche el 19 de junio de 2001.

En el acápite de consideraciones se hicieron importantes referencias sobre el DIH, concluyendo que las conductas narradas se adecuaron dentro de este tipo de infracciones¹⁹⁸:

¹⁹⁸ Ver en esta decisión. El artículo 13 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra, en relación con los conflictos armados sin carácter internacional, reglamenta lo relacionado con la Protección de la Población Civil, señala que gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares y en ninguna circunstancia será objeto de ataque la población civil como tal, ni las personas civiles. La puesta en práctica de la protección requiere que se tomen precauciones, dentro de las diversas fases del ataque (concepción, decisión y ejecución). Cada parte deberá concebirlas y adaptarlas a las circunstancias particulares de buena fe, con los medios de que disponga basándose en los principios generales de protección de la población civil. Los más importantes de ellos, entre otros, el principio de la distinción y el principio de la proporcionalidad, que sólo rigen cuando no se ha podido garantizar la inmunidad total de la población. Sin embargo, en los hechos ocurridos el día 19 de junio de 2001, en los cuales perdió la vida la menor Jeinni Jaimes Pinzón, el Despacho observa que los investigados contrariaron las reglas exigidas por el Derecho Internacional Humanitario para proteger a la población civil. (...) surge la necesidad de especificar el alcance de los dos principios fundamentales que deben ser observados y a los cuales se refirió este despacho al proferir el auto de cargos, que cobijan la protección a la población civil y por otra parte, aquel que impone restricciones o limitaciones en la conducción de las hostilidades, denominados de “distinción” y “proporcionalidad”, respectivamente (...)

Normas infringidas:

En esta providencia, se señalaron expresamente como normas infringidas los artículos 38 y 40 de la Ley 200 de 1995; los artículos 2°, 6°, 11, 44 y 93 de la Constitución Política; el artículo 3° común a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y el artículo 13 del Protocolo II de 1977.

Calificación de la falta, forma de culpabilidad y sanción impuesta:

Las faltas endilgadas fueron calificadas como graves a título de dolo y la sanción impuesta fue suspensión de funciones sin remuneración por noventa (90) días. La decisión fue confirmada mediante fallo proferido el 28 de noviembre de 2004.

Aspectos para destacar:

En el caso expuesto, es preciso resaltar las importantes referencias que se hicieron acerca de la normatividad humanitaria, plenamente vigentes en el ordenamiento jurídico colombiano, así como un reconocimiento de la existencia del conflicto armado interno en Colombia. Con todo, haber quedado demostrada plenamente la responsabilidad de los investigados en la comisión de conductas constitutivas de infracciones al DIH, se observa la limitación de la Ley 200 de 1995 al momento de sancionarlas, ya que no existe proporcionalidad entre los hechos endilgados y la sanción impuesta.

Esta anotación es la misma para los dos casos que a continuación se exponen.

2.3.4 Expediente n° 009 – 45452-2000¹⁹⁹

¹⁹⁹ Ver en similar sentido las decisiones proferidas dentro de los procesos disciplinarios 8-33159-1999; 8-5780-1996; 8-3380-1997; 8-18922-1998; 009-45452-2000; 8-43135-2000 y 8-70294-2002 División de Documentación, Procuraduría General de la Nación

Los hechos que dieron origen a la actuación disciplinaria fueron los siguientes:

El 15 de Agosto del año 2000, a eso de las 9:10 de la mañana, en el Cerro denominado “La Tolda”, de la Vereda La Pica, del Municipio de Pueblorrico (Antioquia), se desplazaban aproximadamente 30 niños entre las edades de 5 a 13 años, estudiantes de la Escuela Rural Integrada Mixta “La Pica”, acompañados de su profesora Lucí del Carmen Vélez Velásquez, el esposo de ésta, concejal Hernando Ernesto Higueta Echavarría; Dalia Zapata Gómez, persona que preparaba los alimentos en el restaurante escolar; Mérida del Socorro López Álvarez, madre de dos menores y Andrea Sánchez Marulanda, hermana de uno de los menores, hacia la Hacienda La Amarilla del Cerro “Altos de Nochebuena”, con el objeto de realizar una jornada ecológica o día de campo.

En el trayecto, este grupo que inicialmente salió de la citada Escuela, se dividió en tres subgrupos: El primer grupo iban aproximadamente 13 menores, entre los 13 y 11 años de edad; el segundo grupo conformado por menores entre los 11 y 6 años de edad, acompañados por Andrea Sánchez y en el tercer grupo iban el resto de menores acompañados por los cuatro adultos que llevaban las ollas y alimentos para preparar el almuerzo. La mayoría de los menores llevaban terciado a la espalda morrales o elementos donde cargaban bebidas y elementos personales para el paseo.

En la parte alta del Cerro denominado “Alto de Nochebuena”, se encontraban acantonadas tropas del pelotón 1 de la Compañía ARPON del Batallón de Infantería 32 “Pedro Justo Berrio”, quienes realizaban una operación militar de ocupación, registro ofensivo, control y cierre militar del área, debido a los combates que se estaban presentando en el Sector el Playón del Municipio de Jericó, entre subversivos y tropas del Ejército Nacional, quienes al divisar los excursionistas, dispararon sobre los grupos y

como consecuencia de ello, murieron Marcela Sánchez Marulanda, Paola Andrea Arboleda Rúa, José Alejandro Arboleda Rúa, David Andrés Ramírez López, Harold Giovanni Tabares Tamayo y Gustavo Adolfo Isaza Carmona y resultaron heridos Cristian Danilo Isaza Carmona, Oswaldo Muñoz Madrid, Andrea Sánchez Marulanda y cesar augusto arboleda Vásquez, todos menores de edad y estudiantes del plantel de educación primaria.

La decisión de cargos en su fundamentación está orientada a la violación grave del Derecho Internacional Humanitario, ya que quienes fueron víctimas de los ataques eran personas civiles ajenas al conflicto armado interno.

Se elevaron cargos en contra de:

a) El Sargento Segundo, Jorge Enrique Mina González, Suboficial del Ejército Nacional de Colombia, Comandante del pelotón 1 (Arpón 1), Compañía A del Batallón de Infantería No. 32 “Pedro Justo Berrio”, quien disparó y ordenó disparar a las tropas sin que se estuvieran presentando combates en esa área, contra las personas que se movilizaba en el cerro “Alto de Nochebuena”, sin haberlas identificado adecuadamente, ya que se contaba con los medios para hacerlo.

b) El Cabo Segundo, Ancizar López, Suboficial del Ejército Nacional de Colombia, Comandante de la Segunda Escuadra, pero que para esa fecha se desempeñaba como Comandante de la Cuarta escuadra del pelotón 1 (ARPÓN 1), Compañía A del Batallón de Infantería No. 32 “Pedro Justo Berrio” quien disparó y ordenó a las tropas lanzar granadas, sin que se estuvieran presentando combates en esa área, contra un grupo de niños que buscaba protección en el sector denominado el helipuerto, cerca del Cerro “Alto de Nochebuena”, sin haberlos identificado adecuadamente, ya que se contaba con los medios para hacerlo.

c) Cabo Primero, Avilio Peña Tovar, Suboficial del Ejército Nacional de

Colombia, Comandante de la Primera Escuadra del pelotón 1 (ARPÓN 1), Compañía A del batallón de Infantería No. 32 “Pedro Justo Berrio” quien disparó su arma, sin que se estuvieran presentando combates en esa área, en contra un grupo de niños que buscaba protección en el sector denominado el helipuerto, cerca del Cerro “Alto de Nochebuena”, sin haberlos identificado adecuadamente, ya que se contaba con los medios para hacerlo.

Normas infringidas:

En el acápite de consideraciones de esta providencia, se señala expresamente que se infringió el Derecho internacional Humanitario, el principio de Distinción consagrado en el artículo 48 del Protocolo Adicional I y el artículo 13 del Protocolo Adicional II, así como el artículo 3° Común a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949.

También se estimaron violados los Tratados Internacionales suscritos por el Estado Colombiano como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, además de la Constitución política y el artículo 40 de la Ley 200 de 1995.

La conducta fue calificada como grave a título de dolo y la sanción impuesta fue la suspensión en el cargo por el término de noventa (90) días.

2.3.5 Expediente n° 008 – 69595-2003²⁰⁰

Hechos:

En queja formulada el 5 de abril de 2002, el Comité Regional de Derechos

²⁰⁰ Fallo proferido el 27 de febrero de 2007

Humanos “Joel Sierra” de Saravena- Arauca, denunció que el 26 de marzo de 2002, hacia las 7:30 de la noche, una patrulla de la Policía al mando del Teniente Gustavo Adolfo Sastoque Murillo, retuvo a Wilson Duarte Ramón y Leonardo Buenahora fuentes, quienes fueron conducidos a las instalaciones del comando, en donde, al parecer, fueron sometidos a una serie de actos en contra de su integridad con el objeto de que confesaran su militancia en grupos armados ilegales que operaban en esa parte del país.

En la madrugada del 27 de marzo, los jóvenes fueron amarrados, amordazados y sacados en un carro particular que estaba en la estación hasta el barrio Coovisa de ese municipio, en donde Wilson Duarte Ramón fue asesinado con arma de fuego y Leonardo Buenahora logró escapar, pese a que fue herido en una pierna.

A los familiares de los retenidos se les negó toda información sobre su situación y estado. No obstante, éstos dicen haber escuchado entre las 8:30 de la noche y la 1:00 de la madrugada los gritos de súplica de los retenidos.

Por auto del 23 de abril de 2004, se profirió pliego de cargos, así:

a) Contra el Teniente Gustavo Adolfo Sastoque Murillo, como comandante de la Estación, se dio a la tarea de “...Obstaculizar, en forma grave, las investigaciones realizadas por una autoridad administrativa o jurisdiccional...” (art. 25, numeral 2º, Ley 200 de 1995), al ocultar la verdad de lo acontecido, ordenar a un subalterno suyo consignar en los libros de la Estación de Policía anotaciones ajenas a la realidad, desviar de manera deliberada y conciente el rumbo de las investigaciones con el ánimo de evadir la responsabilidad de sus conductas, pues conocía que eran irregulares. Todo ello trajo como consecuencia que este órgano de control inicialmente considerara responsables de los actos a otros uniformados y encaminara sus esfuerzos por un camino equivocado, para llegar a la verdad.

b) En su condición de Comandante de la Estación de Policía de Saravena para la época de los hechos (26 de marzo de 2002), conciente y voluntariamente transgredió el numeral 1 del artículo 40 Ley 200 de 1995, que a la letra dice: “... Artículo 40. LOS DEBERES. Son deberes de los servidores públicos: 1. Cumplir y hacer que se cumplan la Constitución, los tratados Públicos ratificados por el Gobierno Colombiano, (...)”. Era su obligación, como Comandante de Estación, observar todos y cada uno de los preceptos legales que regulan su función, especialmente lo relacionado con la Constitución Política y los tratados que establecen la observancia de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, salvaguardando todos y cada uno de los aspectos relacionados con el trato y preservación de la vida a las personas que se encontraban bajo su custodia (retenidos), pues como garante de su seguridad, debía proveer lo necesario para que éstos no fueran violentados y vulnerados en la forma en que finalmente se hicieron.

Normas infringidas:

Se consideraron infringidos los artículos 2, 11, 12, 93, 217 y 218 de la Constitución Política; el artículo 1° de la Convención Americana de Derechos Humanos; el artículo 2° del pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 3° de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el artículo 3° Común a los cuatro Convenios de Ginebra y el artículo 4° del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra. Igualmente se infringió el numeral 1° del artículo 40 de la Ley 200 de 1995.

Calificación de la falta y análisis de culpabilidad y sanción impuesta:

Si bien, para el presente asunto, rige la Ley 200 de 1995 y se cometieron faltas calificadas como graves, así, el incumplimiento de los deberes impuestos en

tratados internacionales, como se ha reiterado, también se cometió la falta gravísima consistente en la obstaculización en forma grave de las investigaciones tanto penal como disciplinaria que se adelantaban por estos hechos, falta contemplada en esa normatividad como gravísima. Las conductas fueron imputadas a título de dolo. Las conductas fueron sancionadas con Destitución e inhabilidad para ejercer funciones publicas por cinco años

Aspectos para resaltar:

En el presente caso se presenta una situación similar al inicialmente expuesto. Es decir, se encuentra cobijado por la ley 200 de 1995 y de no ser porque se cometió la falta gravísima consagrada en el numeral 2 del artículo 25 consistente en la obstaculización de las investigaciones, se hubiera impuesto la sanción de suspensión en el ejercicio del cargo por noventa días sin derecho a remuneración. Nuevamente, sólo porque esta falta se encontraba catalogada como gravísima fue posible imponer una sanción severa.

Es también oportuno señalar que si bien en esta decisión se hace una mención somera del Derecho Internacional Humanitario, no se exponen los motivos de su aplicación como tampoco se refiere la existencia del conflicto armado en Colombia.²⁰¹

En el mismo sentido de estas decisiones puede consultarse la providencia proferida dentro del caso conocido como la masacre de Santo Domingo, por el que el Estado Colombiano fue recientemente condenado en la Corte Internacional de Derechos Humanos. Mediante decisión disciplinaria, los investigados fueron sancionados con suspensión en el ejercicio del cargo por el término de noventa

²⁰¹ Ver en similar sentido el fallo proferido dentro del expediente 008-129110-2005 el 20 de octubre de 2006

días.²⁰²

Conclusiones

Con la entrada en vigencia de la Ley 200 de 1995, se observa un avance significativo en el desarrollo del derecho disciplinario como área jurídica a la que se le ha atribuido una importante función. Asimismo, si bien en un inicio las conductas constitutivas de infracciones graves al derecho internacional humanitario pasaron desapercibidas por lo menos en materia disciplinaria, es de resaltar en una etapa más avanzada de vigencia de la ley, la labor del juez disciplinario ya que pese a que esta normatividad no refirió expresamente como falta disciplinaria las infracciones de la normatividad humanitaria, aquél decidió hacer uso de los instrumentos de que disponía para darle aplicación de acuerdo con los hechos que para entonces se presentaban en Colombia. Infortunadamente como fue referido, las disposiciones del primer Código Disciplinario Único resultaron insuficientes a la hora de sancionar estas conductas.

²⁰² Expediente Disciplinario N°. 155-45554-2000, fallo de primera instancia. Una comisión especial disciplinaria nombrada por el Procurador General de la Nación profirió el fallo de primera instancia el 2 de octubre de 2002. La decisión fue confirmada por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación mediante decisión de 19 de diciembre de 2000. Ver fallo de segunda instancia Expediente disciplinario n.º 161-01640-2000

3. DERECHO ADMINISTRATIVO DISCIPLINARIO

3.1 NATURALEZA Y FINALIDAD

En la actualidad, el derecho administrativo disciplinario constituye uno de los principales mecanismos de control, de que dispone la administración pública²⁰³ para garantizar el cumplimiento de los fines constitucionales y legales que a ella se le han encomendado. En efecto, resulta ser un medio persuasivo entre quienes se encuentran al servicio del Estado para enmarcar su labor dentro de los principios propios de la función pública.²⁰⁴ Cumplido este primer propósito, se abre paso la efectiva realización del Estado social de derecho.

En ejercicio de la potestad disciplinaria²⁰⁵ de la que es titular, el Estado, no solo tiene la facultad, sino el deber de vigilar la conducta oficial de los servidores públicos e imponer una sanción en el evento en que aquella sea contraria a lo dispuesto por la Constitución, la ley o los reglamentos para el ejercicio de un empleo determinado. El servidor público, debe desplegar su actividad pública teniendo presente que ésta ha sido instituida, entre otros, para servir a la

²⁰³ Señala el profesor Lafont: Independientemente de la posición que se tenga con respecto a la caracterización de la Administración Pública, dentro de ella aparece un elemento esencial y determinante en el desarrollo de su actividad, que en la doctrina ha recibido el nombre de *elemento subjetivo* para identificar a las personas físicas que integran sus cuadros de trabajo y que se encuentran vinculadas a ella por una relación de servicio sometida a diversas regulaciones según el origen, el contenido y su duración, entre otros. Lafont Pianeta Rafael, *Naturaleza Jurídica del Derecho Disciplinario*. Instituto de Estudios del Ministerio Público, Imprenta Nacional, Bogotá 2004.

²⁰⁴ Sobre la función pública el Doctor Brito señala: La primera de las materias señaladas, la función pública, la constituyen los distintos instrumentos y mecanismos de que se vale el Estado, a través de sus servidores, para conseguir sus cometidos; comprende las relaciones que surgen entre el Estado y sus servidores; las obligaciones, deberes, prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades que le son aplicables; sus sistemas de vinculación legal y reglamentaria; y el régimen de la carrera que le es aplicable. Brito Ruiz Fernando, *La Función Pública y el Derecho Disciplinario – Aspectos Constitucionales*, Colección de Derecho Disciplinario N° 1, Instituto de Estudios del Ministerio Público, Imprenta Nacional de Colombia, 2002.

²⁰⁵ La Potestad Disciplinaria es entendida como “una competencia jurídica más, atribuida a la administración pública con el objeto de asegurar la eficiencia en la prestación de los servicios a cargo del Estado, así como la moralidad, la responsabilidad y la conducta correcta de los funcionarios públicos y también los derechos y garantías que les corresponden como tales” Isaza Serrano Carlos Mario, *Derecho Disciplinario – Parte General*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá 1997, Pág.36

comunidad, de acuerdo con lo establecido por el artículo 2° de la Constitución Política.

No en pocas ocasiones la conducta oficial de los servidores públicos se despliega desconociendo dichos preceptos. El derecho disciplinario se traduce en una herramienta fundamental para la administración y una rama del derecho administrativo²⁰⁶ a la que en múltiples oportunidades se ha referido la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado para destacar no solo su naturaleza, finalidad e importancia sino las características que se le atribuyen y que hacen de esta una rama autónoma e independiente "esencial al funcionamiento del Estado."²⁰⁷

En un primer momento, la Corte Constitucional, encuentra el fundamento del poder disciplinario²⁰⁸ en la necesidad de lograr el adecuado cumplimiento de las funciones a cargo del Estado, a través de la conducta apropiada de sus servidores y hace referencia a su carácter de imprescindible, veamos:

"El derecho disciplinario está integrado por todas aquellas normas mediante las cuales se exige a los servidores públicos un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones, independientemente de cual sea el órgano o la rama a la que pertenezcan. Ello hace parte de las condiciones mínimas

²⁰⁶ Señala Ballén "El derecho disciplinario es quizá la mas antigua rama del derecho como expresión ética y sociológica de la humanidad, aunque bastante tarde se haya pensado en darle contenido positivo, y en estudiarla como instrumento auxiliar de la buena marcha de las más diversas instituciones que congregan a los hombres y mujeres" Pág. 3 Ballén Rafael, Derecho Administrativo Disciplinario, Editorial Temis S.A., Bogotá 1998

²⁰⁷ Colombia Corte Constitucional, Sentencia C-181 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Sobre ese mismo particular ver también las sentencias C-244 de 1996; C-431 de 1996; C-948 de 2002, T1093 de 2004 y C-818 de 2005

²⁰⁸ El poder disciplinario ha sido definido como "aquel que corresponde a la administración pública para castigar con determinadas sanciones el comportamiento de quienes estén ligados a la administración por relaciones en las que concurra una relación de supremacía especial que se ejerza sobre los mismos, cuando el referido comportamiento perjudique el debido cumplimiento de la relación administrativa principal. Restrepo Quijano Rafael Darío, Derecho Administrativo Disciplinario, Grupo Editorial Leyer, Bogotá 1999, Pág. 75, tomado de Alessi Renato, instituciones de Derecho Administrativo, Tomo I, Barcelona 1970, Pág. 231, 233

inherentes a la actividad oficial, que resultan imprescindibles para la eficiente atención de los asuntos a cargo del Estado, motivo por el cual su mantenimiento, merced a un ordenamiento jurídico especial de reglas y sanciones, no solamente constituye *derecho* sino que es ante todo *deber* del Estado. (...) El derecho disciplinario es, pues, consustancial a la organización política y tiene lugar preferente dentro del conjunto de las instituciones jurídicas"²⁰⁹

Posteriormente, la Corte reitera como aspecto relevante de esta rama del derecho, el poder encaminar la conducta de los servidores públicos hacia el cumplimiento de los fines primordiales del Estado. Así, ha señalado: "El derecho disciplinario comprende el conjunto de normas, sustanciales y procesales, en virtud de las cuales el Estado asegura la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo"²¹⁰ Sin duda cumple una función preventiva importante para el cumplimiento de su finalidad.

Por tratarse de una rama de especial importancia, para el derecho administrativo y para la administración pública, es necesario hacer referencia a lo que incluso ha sido denominado por la doctrina como categoría dogmática del derecho disciplinario. Se trata de la relación que surge entre el Estado y los servidores públicos, entendida como una *relación especial de sujeción*, figura que se remonta a la Alemania en la mitad del siglo XIX²¹¹ y que ha sido tomada en cuenta también por la Corte Constitucional "para explicar porque una persona se encuentra vinculada como sujeto de derecho disciplinario y muy especialmente para justificar

²⁰⁹ Colombia Corte Constitucional, Sentencia C - 417 de 1993, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, ver entre otras la Sentencia C - 280 de 1996 M.P. Alejandro Martínez Caballero y C - 181 de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

²¹⁰ Colombia Corte Constitucional, Sentencia C - 341 de 1996, M.P. Antonio Barrera Carbonell

²¹¹ GARCÍA MACHO Ricardo, Las Relaciones de Especial Sujeción en la Constitución Española, Ed. Tecnos 1992, Pág. 23

porqué y para que de una disciplina dentro de los cometidos del Estado."²¹²

En principio, la Corte Constitucional hizo referencia a la relación de subordinación que existe entre los servidores públicos y el Estado, para explicar el fundamento de la acción disciplinaria:

"La acción disciplinaria se produce dentro de la relación de subordinación que existe entre el funcionario y la administración en el ámbito de la función pública y se origina en el incumplimiento de un deber o de una prohibición, la omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones, la violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades etc., y su finalidad es la de garantizar el buen funcionamiento, la moralidad y prestigio del organismo público respectivo"²¹³

En efecto, la decisión de aceptar el ejercicio de un empleo público y en consecuencia adquirir la calidad de servidor público o aún cuando no medie esta vinculación, el hecho de cumplir funciones públicas cuando la ley lo autoriza, es decir, particulares cumpliendo funciones públicas, crea una relación especial de sujeción al Estado diferente a la del resto de los ciudadanos,²¹⁴ debido a que como

²¹² GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. La Relación Especial de Sujeción como categoría dogmática superior del derecho disciplinario. Colección de Derecho Disciplinario N° 5, Instituto de Estudios del Ministerio Público, Imprenta Nacional de Colombia, 2003, Pág. 34

²¹³ Colombia Corte Constitucional, Sentencia C - 244 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz, ver entre otras la Sentencia C - 280 de 1996 M.P. Alejandro Martínez Caballero

²¹⁴ El tratadista Rory Forero, siguiendo a Mayer señala: En una relación de sujeción especial "Se designa como relación de sujeción la dependencia jurídica, en su sentido más amplio, en la que se encuentra el súbdito frente al Estado. Cuando aquí se habla de relación especial de sujeción, se hace entonces referencia a esa acentuada dependencia que se establece, a favor de un determinado fin de la administración pública, para todos aquellos que entren en esa prevista estructura especial. (...) La relación especial de sujeción es aquella relación jurídico pública de sometimiento, en el ámbito del derecho administrativo en que se encuentran aquellas personas que, como parte integrante del aparato administrativo, están bajo la dirección inmediata del poder público, con cierto carácter duradero y a favor de un determinado fin administrativo." Rory Forero José, Principios y Garantías Constitucionales en el ámbito disciplinario de los servidores estatales, Ediciones Nueva Jurídica, primera edición, Bogotá 2003, Pág. 86. También se ha señalado: La "relación especial de sujeción como categoría dogmática del derecho público de origen constitucional y aplicable al ámbito de la función pública, es la especial posición que tiene un servidor público frente al Estado, del cual surgen obligaciones y

ya lo dijimos su conducta oficial no puede contrariar los fines que se predicen del Estado social y democrático de derecho.²¹⁵

Con posterioridad, dicha corporación reitera la especial importancia de la potestad disciplinaria, la cual encuentra sus cimientos en la relación especial de sujeción entre el servidor público y el Estado, en virtud de la función pública que tiene a su cargo y a la que debe dar cumplimiento siguiendo los parámetros impuestos por los principios consagrados en la Constitución y la Ley:

"Constituye elemento básico de la organización estatal y de la realización efectiva de los fines esenciales del Estado social de derecho, la potestad del mismo de desplegar un control disciplinario sobre sus servidores, dada la especial sujeción de éstos al Estado, en razón de la relación jurídica surgida por la atribución de una función pública; de manera que, el cumplimiento de sus deberes y responsabilidades se efectúe dentro de una ética del servicio público y con sujeción a los principios de moralidad, eficacia y eficiencia que caracterizan la actuación administrativa y el cabal desarrollo de la función pública".²¹⁶

Sin embargo, cuando el servidor público se aparta de tales directrices²¹⁷, deberá

deberes reforzados de exigencias en el resorte de la conducta oficial, en búsqueda de su configuración y encauzamiento en el ámbito de una ética de lo público, que prefiguran de una manera sui generis la estructura de la responsabilidad disciplinaria en el marco del respeto a los derechos fundamentales, Gómez Pavajeau Carlos Arturo, *La Relación Especial de Sujeción como categoría dogmática superior del derecho disciplinario*. Colección de Derecho Disciplinario N° 5, Instituto de Estudios del Ministerio Público, Imprenta Nacional de Colombia, 2003, Pág. 34

²¹⁵ Sobre este aspecto se ha señalado: "La existencia de un régimen disciplinario de derecho público se fundamenta en la necesidad de exigir a sus destinatarios, por razón de las especiales relaciones de sujeción que los vinculan con la administración pública, el cumplimiento de específicos deberes de finalidad, diligencia, rectitud y subordinación, con el objeto de lograr mayor eficiencia y eficacia en la consecución de los cometidos del Estado." Ob. Cit. Isaza C., Pág. 34

²¹⁶ Colombia Corte Constitucional, Sentencia C - 708 de 1999, M.P. Álvaro Tafur Galvis. En el mismo sentido se pronunció la Corte Constitucional en Sentencia C - 948 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

²¹⁷ La falta disciplinaria se configura cuando el servidor público en ejercicio de sus funciones incurre en conductas que de acuerdo con la ley disciplinaria, conlleven el incumplimiento de deberes, extralimitación en

asumir la responsabilidad disciplinaria²¹⁸ que le sea imputable, pudiendo el Estado adoptar las medidas correctivas que sean pertinentes y propiciar el adecuado cumplimiento de sus funciones, imponiendo una sanción, que dependiendo de la gravedad de la falta, intente en principio enderezar la conducta oficial de sus servidores o que los separe definitivamente del ejercicio de sus funciones cuando aquella lo amerite.

En el cumplimiento de esos cometidos estatales y durante el ejercicio de las correspondientes funciones o cargos públicos, los servidores públicos no pueden distanciarse del objetivo principal para el cual fueron vinculados a la administración, como es el de servir al Estado y a la comunidad en la forma establecida en la Constitución, la ley y el reglamento; por lo tanto pueden verse sometidos a una responsabilidad pública de índole disciplinaria, cuando en su desempeño vulneran el ordenamiento superior y legal vigente, así como por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.²¹⁹

Sobre el tema particular de la responsabilidad de los servidores públicos, la doctrina se ha ocupado del tema con la elaboración de serios estudios que constituyen pasos importantes para la construcción de la "dogmática del derecho disciplinario"²²⁰. Sin duda, la dogmática cumple una función orientadora importante

el ejercicio de sus derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses sin estar amparado en una de las causales legales de exclusión de responsabilidad. Ver artículo 23 de la Ley 734 de 2002

²¹⁸ El poder disciplinario ha sido definido como “aquel que corresponde a la administración pública para castigar con determinadas sanciones el comportamiento de quienes estén ligados a la administración por relaciones en las que concurra una relación de supremacía especial que se ejerza sobre los mismos, cuando el referido comportamiento perjudique el debido cumplimiento de la relación administrativa principal. Restrepo Quijano Rafael Darío, Derecho Administrativo Disciplinario, Grupo Editorial Leyer, Bogotá 1999, Pág. 75, tomado de Alessi Renato, instituciones de Derecho Administrativo, Tomo I, Barcelona 1970, Pág. 231, 233

²¹⁹ Ver en ese sentido Corte Constitucional, Sentencia C – 708 de 1999.

²²⁰ Sobre el concepto de dogmática jurídica se ha señalado que “es el agrupamiento de conceptos funcionales en un sistema, unidos por una relación de coherencia interna cuyo fin es la resolución de casos prácticos”. Y sobre una de sus principales funciones: “La dogmática tiene así mismo una función trascendental, casi propia

al momento de definir el fundamento teórico de esta rama del derecho, hecho que facilita su adecuada aplicación y que permite comprender la función esencial que debe cumplir²²¹. En efecto, hoy se propone con aceptación entre los especialistas, el estudio de la relación especial de sujeción como una categoría dogmática del derecho disciplinario, con lo cual reafirma su carácter autónomo e independiente de otras áreas del derecho. Dicho concepto ha sido definido de la siguiente forma:

La "relación especial de sujeción como categoría dogmática del derecho público de origen constitucional y aplicable al ámbito de la función pública, es la especial posición que tiene un servidor público frente al Estado, del cual surgen obligaciones y deberes reforzados de exigencias en el resorte de la conducta oficial, en búsqueda de su configuración y encauzamiento en el ámbito de una ética de lo público, que prefiguran de una manera sui generis la estructura de la responsabilidad disciplinaria en el marco del respeto a los derechos

de la naturaleza del concepto mismo, a saber, la eliminación o la reducción de la arbitrariedad. (...) No es función de la dogmática decir cuál es la solución indiscutible, correcta e inevitable de un caso. (...) La dogmática por el contrario bajo estructuras conceptuales permite que el operador construya esa decisión que él busca, la cual puede ser observada por terceros como dogmáticamente correcta atendiendo el conjunto conceptual al uso para el caso determinado". Reyes Cuartas José Fernando, en Gómez Pavajeau Carlos Arturo, *Dogmática del Derecho Disciplinario*, Universidad Externado de Colombia, 3ª edición, Colombia 2004, Pág. 24. De igual manera se ha dicho: "La función esencial de la dogmática como disciplina que presupone un saber técnico consiste en suministrar argumentos sistemáticos para lograr la correcta interpretación y aplicación de las normas. Cuando ello se hace, sin duda, se están dando soluciones a los problemas prácticos". "La dogmática es el límite al poder punitivo del Estado, es garantía de la realización de los derechos fundamentales del procesado al interior del proceso disciplinario y, sobre todo, hace más segura la aplicación proporcional, igualitaria y justa de este derecho sancionatorio. El conocimiento sistemático garantiza dominio sobre la materia disciplinaria y con ello contribuye al logro de la seguridad jurídica, cometido esencial del Estado Social y Democrático de Derecho". Sánchez Herrera Esiquio Manuel, *Dogmática Practicable del Derecho Disciplinario*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá 2012, Pág 17 y 138

²²¹ "La dogmática, al ser una herramienta de seguridad jurídica, cuando enfrenta al poder de decisión con los derechos fundamentales debe ser ante todo un instrumento de creación de criterios de valor para diferenciar los casos, para determinar los casos fáciles y los difíciles, para esclarecer los criterios al uso en los temas fronterizos, para enseñar como llenar los vacíos, en fin, para recrear el derecho y sentar las bases de la futura mutación legislativa, pues es lo cierto que a partir de los trabajos de los dogmáticos es que se elaboran hoy las nuevas legislaciones". Ob Cit Reyes Cuartas José Fernando, en Gómez Pavajeau Carlos Arturo, *Dogmática del Derecho Disciplinario* p. 27

fundamentales”²²²

Entonces, efectuadas las anteriores precisiones, conclúyase que "la Ley Disciplinaria tiene como finalidad específica la prevención y buena marcha de la gestión pública, así como la garantía del cumplimiento de los fines y funciones del Estado en relación con las conductas de los servidores públicos que los afecten o pongan en peligro"²²³ "El derecho disciplinario en general tiene como fin o función encauzar o dirigir la conducta de sus destinatarios específicos, vinculados por las relaciones especiales de sujeción dentro del marco de parámetros éticos que aseguren la función social que cumplen dentro de un Estado social y democrático de derecho."²²⁴

Por último, se debe anotar que la adopción de instrumentos legales óptimos y eficaces para el ejercicio de la función disciplinaria, constituye un avance que le permite al derecho disciplinario ser contundente en la lucha contra las distintas conductas que atacan la sociedad desde sus entes administrativos y ayudan a definirlo como una rama autónoma e independiente.

La Ley 200 de 1995²²⁵ fue un primer intento, un paso importante, en tanto logró unificar en una sola codificación los diversos regímenes que proliferaban en

²²² GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. La Relación Especial de Sujeción como categoría dogmática superior del derecho disciplinario. Colección de Derecho Disciplinario N.º5, Instituto de Estudios del Ministerio Público, Imprenta Nacional de Colombia, 2003, Pág. 34

²²³ Colombia Corte Constitucional, Sentencia C - 708 de 1999, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

²²⁴ GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Dogmática del Derecho Disciplinario, Universidad Externado de Colombia, 3ª edición, Colombia 2004, Pág. 229, ver también sobre las relaciones especiales de sujeción a Molano López Mario Roberto, Las Relaciones de Sujeción Especial en el Estado Social, Colección de Derecho Disciplinario n° 9, Imprenta Nacional, Bogotá 2005.

²²⁵ La expedición de la Ley 200 de 1995, designada como Código Disciplinario Único, significó a no dudarlo, el paso más importante en el nacimiento y posterior desarrollo de una nueva rama de las ciencias jurídicas: el derecho disciplinario. (...) Su aplicación aunque mostró algunos desaciertos, fue, con todo, consolidando una jurisprudencia y una doctrina, rica en matices y expresiones multifacéticas que contribuyeron a mejorar este incipiente desarrollo del nuevo derecho disciplinario” Villegas Garzón Óscar, El Proceso Disciplinario – Ley 734 de 2000, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá 2003, Pág. 35

materia disciplinaria. Con todo, resultó ser insuficiente para el logro de los cometidos propios de ésta área jurídica, principalmente por los vacíos normativos que rápidamente fueron percibidos y por la desproporcionalidad observada en el sistema de sanciones que consagró. "En aplicación de ese haz normativo, el operador fue encontrando vacíos e inconsistencias y a la vez deficiencias frente a flagelos como la corrupción administrativa y la violación de derechos humanos, pues aquél Código Disciplinario Único se quedó corto, cuando, por ejemplo fue insuficiente en algunos comportamientos irregulares, respecto de los cuales hubo impunidad, y en otros, las sanciones allí establecidas no tenían la debida proporcionalidad ante la ocurrencia de gravísimos hechos"²²⁶

Por el contrario, la Ley 734 de 2002 "ha sido reconocida públicamente como una herramienta de control ideal, moderna y eficaz que ha frenado perjuicios superiores en el funcionamiento del Estado (...) y a su vez ha permitido la imposición de sanciones mas severas nunca antes conocidas a lo largo de la historia del país con las cuales se ha combatido, entre otras estereotipadas conductas, la corrupción administrativa y la violación de derechos humanos"²²⁷

Sin duda "la nueva normativa disciplinaria -Ley 734 de 2002- (...) ha asentado un mensaje normativo claro y contundente: el rigor de las sanciones consagradas pretende indicar a la comunidad y al cuerpo de funcionarios y, en general, de sujetos disciplinables que la función pública como razón misma de ser de la existencia del Estado, en cuanto dispuesta a la garantía y protección de los derechos fundamentales, precisa de herramientas fuertes de autotutela."²²⁸

²²⁶ SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel. Dogmática Practicable del Derecho Disciplinario, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Bogotá 2005, Pág 15

²²⁷ Idem, Pág. 17

²²⁸ Reyes Cuartas José Fernando. Dos Estudios de Derecho Sancionador Estatal. Colección de Derecho Disciplinario N° 3. Instituto de Estudios Del Ministerio Público, imprenta Nacional de Colombia. 2003. Pág. 18

En medio de esta situación favorable, conviene elaborar investigaciones que tengan por objeto conocer cómo ha operado el derecho disciplinario y en que medida ha cumplido la finalidad que de él se predica, en las distintas esferas en las que despliega su acción. Por ejemplo, su eficacia en la represión de las infracciones al Derecho Internacional Humanitario.²²⁹

El ex - Procurador Delegado para la defensa de los Derechos Humanos, doctor Valencia Villa, al referirse a las funciones de la Procuraduría General y de las Personerías, en materia de Derechos Humanos y DIH señaló "una de las maneras de garantizar la vigencia de los derechos humanos es asegurar que los funcionarios públicos, particularmente los que portan las armas de la República y los que tienen poderes con mayor potencial de afectación o de impacto sobre la vida cotidiana de los colombianos, se comporten de tal manera que el ejercicio de los derechos humanos sea efectivo. Esa es la razón por la cual al Ministerio Público, le es confiado, en el artículo 277 de la Constitución Política de 1991 el llamado poder disciplinario preferente, es decir la capacidad de vigilarlos, investigarlos y sancionarlos, siempre en el terreno administrativo o disciplinario."²³⁰

3.1.1 Finalidad del derecho administrativo disciplinario frente a las infracciones al DIH

El derecho administrativo disciplinario desempeña frente a las infracciones al derecho internacional humanitario una función similar a la que cumple frente a cualquier otra conducta que atente contra los fines del Estado y que provenga de

²²⁹ Es preciso señalar que la Ley 734 de 2002. "reguló de manera mucho más sistemática, completa y armónica el tema de las violaciones graves a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario." Sentencia C - 1076 de 2002. M.P. Clara Inés Vargas Hernández

²³⁰ Valencia Villa Hernando, Responsabilidad de los Funcionarios Públicos a la luz del derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario en Colombia, Conflicto armado y Derecho Humanitario. IEPRI Comité internacional de la Cruz Roja. TM Editores. segunda edición. 1997. Pág. 25

quienes se encuentran vinculados a él a través de una relación especial de sujeción. Sin embargo, las infracciones al DIH y las violaciones a los derechos humanos constituyen conductas que interesan a la comunidad internacional. El Estado Colombiano por tanto está obligado a perseguir a través de la jurisdicción interna la comisión de tales conductas y a lograr un reproche efectivo, así como la verdad, la justicia y la reparación en cada caso.

En materia disciplinaria, ya se hicieron algunas referencias que muestran la manera en que operó la aplicación de la normatividad humanitaria antes y durante la vigencia de la Ley 200 de 1995. Ahora, si bien en una primera etapa de la vigencia de la Ley 734 de 2002 la aplicación del dih no fue contundente, incluso fue esporádica,²³¹ adelante se verá cómo la función disciplinaria comienza a jugar un papel determinante, no sólo por la decisiva aplicación de esa normativa, sino por la drástica sanción que el actual régimen disciplinario prevé para este tipo de comportamientos.²³²

En nuestro criterio, la Corte Constitucional reafirmó la importante función que desempeña el derecho disciplinario en lo que atañe a la búsqueda de la verdad y de la justicia, hasta el punto de reconocer en las víctimas o perjudicados la condición de sujetos procesales “legitimadas para intervenir en el proceso disciplinario para que en éste se esclarezca la verdad de lo ocurrido, es decir, para que se reconstruya con fidelidad la secuencia fáctica acaecida, y para que en ese

²³¹ Ver fallos proferidos dentro de los procesos disciplinarios 8-77763-2002 de 11 de junio de 2005; 8-81028-2003 de 22 de agosto de 2005; 8-81715-2003 de 6 de septiembre de 2007 y 155-82006-2003 de 14 de diciembre de 2007 en los que no hubo aplicación del dih. División de Documentación, Procuraduría General de la Nación.

²³² Ver fallos proferidos dentro de los procesos disciplinarios 155-125322-05 de 22 de junio de 2007; 008-74002-2002 de 28 de noviembre de 2008; 008-105737-2004 de 4 de diciembre de 2008; 008-123465-2005 de 16 de diciembre de 2008; 008-103453-2004 del 18 de diciembre de 2008; 008-74154-2002 de 18 de diciembre de 2008; 008-106191-2004 de 18 de diciembre de 2008; 008-128241-05 de 18 de diciembre de 2008; 008-91217-03 de 18 de diciembre de 2008; 008-98537-04 de 30 de enero de 2009; 008-95138-03 de 29 de enero de 2009; 008-108899-2004 de 31 de marzo de 2009, División de Documentación, Procuraduría General de la Nación.

específico ámbito de control esas faltas no queden en la impunidad.”²³³ Lo anterior, no sin reconocer que escapa a la orbita del derecho disciplinario lo que atañe a la protección de bienes jurídicos y la reparación del daño, en tanto la acción disciplinaria está ligada con exclusividad a la infracción de deberes funcionales.

En efecto, no obstante la importante función que cumple el derecho disciplinario dentro del ordenamiento jurídico interno en la corrección y prevención de estas conductas, en tanto son estas las funciones que se le han atribuido a la sanción disciplinaria²³⁴ no se puede desconocer que su capacidad de accionar en los ámbitos referidos es limitado o valga decirlo nulo.

En el ámbito internacional obsérvese lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de la función disciplinaria que en materia de derechos humanos cumple la Procuraduría General de la Nación:

“La Corte observa que el procedimiento desarrollado en esta sede administrativa tuvo por objeto la determinación de la responsabilidad individual de funcionarios públicos por el cumplimiento de sus deberes en función de la prestación de un servicio. Ciertamente la existencia misma de un órgano dentro de la Procuraduría General de la Nación para la atención de casos de violaciones de derechos humanos reviste un importante objetivo de protección y sus resultados pueden ser valorados en el tanto coadyuven al esclarecimiento de los hechos y el establecimiento de este tipo de responsabilidades. No obstante, una investigación de esta naturaleza tiende a la protección de la función administrativa y la corrección y control de los funcionarios públicos, **por lo que puede complementar**

²³³ Colombia Corte Constitucional Sentencia C-014 de 20 de enero de 2004 M.P. Jaime Córdoba Triviño

²³⁴ Ob cit., Reyes, Pág. 63. Con fundamento en Sentencia Consejo de Estado: “Las sanciones disciplinarias cumplen fines de prevención y garantía de la buena marcha de la administración pública” (Rad. 898 Sala Consulta y Servicio Civil. Nov. 27/96).

pero no sustituir a cabalidad la función de la jurisdicción penal en casos de graves violaciones de derechos humanos.²³⁵ Negrilla fuera de texto

Esta misma anotación será procedente respecto de la reparación del daño, materia de competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa.

En similar sentido se pronunció la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre excepciones propuestas por el Estado Colombiano dentro del proceso seguido ante la CIDH con ocasión de la masacre de Ituango, obsérvese:

“los pronunciamientos de carácter disciplinario no satisfacen las obligaciones establecidas por la Convención en materia de protección judicial, ya que no constituyen una vía eficaz y suficiente para juzgar, sancionar y reparar las consecuencias de la ejecución extrajudicial de personas protegidas por la Convención”²³⁶

En ese orden de ideas, los resultados de los procesos disciplinarios que se adelantan con ocasión de hechos constitutivos de infracciones al DIH no son suficientes para satisfacer los compromisos del Estado Colombiano ante la comunidad internacional en esta materia. Con todo, contribuyen no sólo al esclarecimiento de los hechos sino a corregir y prevenir estos comportamientos.

Vale la pena mencionar lo señalado por la CIDH en la reciente sentencia proferida dentro del caso Santo Domingo Vs. Colombia, anteriormente mencionada:

²³⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 31 de enero de 2006 Masacres de Pueblo Bello Vs. Colombia http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id_Pais=9

²³⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 01 de julio de 2006 Masacres de Ituango Vs. Colombia http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id_Pais=9

“Respecto del procedimiento disciplinario, la Corte ha considerado que puede ser valorado en tanto coadyuve al esclarecimiento de los hechos y sus decisiones son relevantes en cuanto al valor simbólico del mensaje de reproche que puede significar ese tipo de sanciones para funcionarios públicos y miembros de instituciones públicas. A su vez, en tanto tiende a la protección de la función administrativa y la corrección y control de los funcionarios públicos, una investigación de esta naturaleza puede complementar pero no sustituir a cabalidad la función de la jurisdicción penal en casos de graves violaciones de derechos humanos. **En el presente caso, la Corte considera que el procedimiento disciplinario ha contribuido a determinar la responsabilidad del Estado (...).**”²³⁷
(Negrilla fuera del texto)

Recuérdese que en este caso, la CIDH utilizó el DIH como norma de interpretación complementaria a la normativa convencional, es decir, refirió las normas humanitarias, contenidas en tratados ratificados por el Estado Colombiano para dar contenido y alcance a la normativa de la Convención. Asimismo, la decisión de la Procuraduría General de la Nación, si bien fue irrisoria en atención a los límites normativos que para entonces caracterizaban el régimen disciplinario, se profirió con fundamento en las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en el Derecho Internacional Humanitario.²³⁸

Entonces, si la CIDH refiere la normatividad humanitaria en los términos y alcances que se acaban de mencionar y considera que las investigaciones disciplinarias relacionadas con la violación de derechos humanos, como entre otros, el caso de la masacre de Santo Domingo, (decisión proferida por la Procuraduría con fundamento, entre otras normas en el DIH), son útiles para el esclarecimiento de los hechos y para determinar la responsabilidad del Estado,

²³⁷ CIDH Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia, sentencia de 30 de noviembre de 2012, Párr. 167 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_259_esp.pdf

²³⁸ Ver Página 131

puede concluirse, por lo menos por el momento, que las investigaciones disciplinarias relacionadas con infracciones al DIH pueden contribuir eficazmente, para efectos de esclarecer hechos de esta naturaleza, que por supuesto dan lugar a investigaciones de otra índole.

3.2 ESTRUCTURA DE LA FALTA DISCIPLINARIA

La ley no ha definido el concepto de falta disciplinaria. En un intento de la doctrina, se ha dicho que “es un comportamiento descrito en la ley, como violatorio del régimen disciplinario realizado por quien desempeña funciones públicas y que tiene previsto como consecuencia una sanción de igual naturaleza.”²³⁹ Ahora bien, en cuanto su estructura, la falta disciplinaria está conformada por dos elementos fundamentales, *la conducta de quienes desempeñan funciones públicas y los deberes como normas subjetivas de determinación*²⁴⁰ que están establecidas precisamente en virtud de la relación especial de sujeción que existe entre los servidores públicos y el Estado.

El profesor Gómez Pavajeau, señala que “según nuestro modelo constitucional, la -conducta- es el objeto del derecho disciplinario”²⁴¹, como prueba de ello refiere el artículo 92 de la Constitución Política que emplea el término “conducta de las

²³⁹ ISAZA SERRANO, Carlos Mario. Teoría General del Derecho Disciplinario, Aspectos Históricos, Sustanciales y Procesales, Segunda Edición, editorial TEMIS, Bogotá 2009, Pág. P 97.

²⁴⁰ Se impone precisar que al aludir normas subjetivas de determinación debe entenderse que “la norma presupone la configuración del ilícito disciplinario, en ese contexto el ilícito se manifiesta en la infracción sustancial del deber funcional, de ahí que es puro desvalor del acto, no requiriéndose el desvalor del resultado, que funciona como condición objetiva de punibilidad. El derecho disciplinario a través de sus disposiciones encauza la conducta de los servidores públicos para que se abstengan de infringir sus deberes”. Para efectos de clarificar aún más este particular vale la pena referir lo que debe entenderse por normas objetivas de valoración y subjetivas de determinación, fórmula propia del derecho penal, ajena al derecho disciplinario. “la naturaleza de la norma presupone el contenido del injusto y de la culpabilidad. En el ámbito del injusto la norma objetiva implica un injusto conformado por el desvalor del resultado y el desvalor del acto, existiendo prevalencia del primero sobre el segundo, en el ámbito de la culpabilidad la norma funciona como encauzadora de la conducta de los destinatarios.” Ob cit. Sánchez Herrera, Pág. 53

²⁴¹ GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Dogmática del Derecho Disciplinario, Universidad Externado de Colombia, 3ª edición, Bogotá 2004, Pág. 217

autoridades públicas” como fundamento de la aplicación de sanciones penales y disciplinarias, así como otras disposiciones contenidas en la Carta, entre otros, los artículos 118 y 277 numeral 6 que refieren la conducta oficial de los servidores públicos como objeto de vigilancia e investigación por parte del Ministerio Público.

Esta conducta es definida o delimitada a través de la imposición de una serie de deberes consagrados en la Constitución, la ley y los reglamentos, todos ellos encaminados a lograr el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, de una manera eficaz y eficiente. Sobre ese particular, refiere Gómez Pavajeau, siguiendo a Serra Rojas que “el Estado es una institución creada para realizar los fines de una sociedad. Los servidores públicos colaboran en esa tarea, por lo que la relación jurídica entre el Estado y sus servidores origina obligaciones legales que aseguran el servicio público (...). Los deberes que la función pública impone al trabajador al servicio del Estado se derivan de los propósitos que las leyes fijan para realizar el bien jurídico²⁴², Asimismo, “del artículo 113 de la Constitución política se desprende que la consecución de los fines del Estado depende, en gran parte, del estricto y cabal cumplimiento de los deberes funcionales confiados a sus agentes.²⁴³

Ahora bien, esas normas subjetivas de determinación se quebrantan cuando con su conducta el servidor público incurre en, incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad que la ley establece. Así lo dispone el artículo 23 del Código Disciplinario Único. El cumplimiento del *deber funcional* abarca todos y cada uno

²⁴² Ídem Pág. 220, Tomado de Andrés Serra Rojas. Derecho Administrativo, México, Porrúa, 1974, Pág. 408

²⁴³ ORDÓÑEZ MALDONADO, Alejandro. Justicia Disciplinaria, De la ilicitud sustancial a lo sustancial de la ilicitud, Procuraduría General del Nación, Instituto de Estudios del ministerio público, Bogotá 2009, Pág. 28

de estos presupuestos.²⁴⁴

Sin embargo, vale la pena señalar al respecto que con razón se ha sostenido que siempre, la incursión en una falta disciplinaria conlleva necesariamente el incumplimiento de un deber ya que aun cuando los comportamientos antes mencionados no estuvieran previstos como encauzadores de faltas disciplinarias, según lo describe el artículo 23 de la mencionada normatividad, se encuentran previstos en la Constitución, la ley y los reglamentos y es deber de todo servidor público cumplir las disposiciones contenidas en ellos. Asimismo, debe señalarse que las faltas se cometen por acción o por omisión.

3.3 ELEMENTOS QUE CONFIGURAN LA FALTA DISCIPLINARIA

El derecho administrativo disciplinario, como una especie del derecho sancionador²⁴⁵ que es, se rige por una serie de principios y garantías encaminadas a salvaguardar o garantizar los derechos fundamentales del disciplinado.²⁴⁶ Sobre ese particular es preciso referir el siguiente pronunciamiento

²⁴⁴ Ver Ob. Cit. Ordóñez, Pág. 29

²⁴⁵ Ver Gómez Pavajeau Carlos Arturo, Dogmática del Derecho Disciplinario, Universidad Externado de Colombia, 3ª edición, Bogotá 2004, Pág. 282 Ver también Quinche Ramírez Manuel Fernando, Derecho Constitucional Colombiano, De la carta de 1991 y sus reformas, segunda edición ampliada y actualizada, segunda edición, Grupo Editorial Ibáñez, 2008, Pág. 596 “Una cuestión considerada como decisiva, ha sido la de determinar si el derecho administrativo sancionatorio está constituido por especialidades independientes y autónomas, o si por el contrario, cada una de sus distintas modalidades resulta dependiente del derecho penal. En el caso colombiano, la Corte Constitucional se ha mostrado partidaria de ésta última opción, al defender la tesis de la dependencia dogmática del derecho administrativo sancionatorio respecto del derecho penal.” Y concluye señalando “la variedad específica del derecho administrativo sancionatorio que denominamos derecho disciplinario, está sometida dogmáticamente al derecho penal”.

²⁴⁶ Es preciso señalar que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional los principios del derecho penal “se aplican a todas las formas de actividad sancionadora del Estado”. Ver sentencia C-1161 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero. Sin embargo en ámbitos distintos al derecho penal dicha aplicación ha de considerar como lo ha señalado reiteradamente la Corporación sus diferencias. Sobre el particular ver las sentencias T-438 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-195 de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-244 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz; C-280 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero y C-827 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Gálvis.

de la Corte Constitucional.”²⁴⁷

“El derecho disciplinario es una modalidad del derecho sancionatorio, por lo cual los principios del derecho penal se aplican, mutatis mutandi en este campo, pues la particular consagración de garantías sustanciales y procesales a favor de la persona investigada se realiza en aras del respeto de los derechos fundamentales del individuo en comento, y para controlar la potestad sancionadora del Estado”

Dentro de esos principios, es pertinente referir los más relevantes, como son el debido proceso, el reconocimiento de la dignidad humana, la presunción de inocencia, el principio de favorabilidad, la igualdad material y la proporcionalidad de las sanciones disciplinarias.

Sin embargo, hoy ya se habla de criterios rectores del derecho disciplinario,²⁴⁸ cuya aplicación en esta materia reviste importantes peculiaridades y diferencias de la manera en que son concebidos en materia penal. Tales criterios son las relaciones especiales de sujeción, el principio de legalidad o de cobertura legal, el principio de tipicidad, el principio de culpabilidad y el principio de ilicitud sustancial, cuyo común denominador es que se encuentran directamente relacionados con la estructura de la falta disciplinaria y se impone su exigencia al momento de imputar disciplinariamente una conducta.

A continuación se hará referencia a cada uno de ellos por cuanto revisten especiales connotaciones en esta área jurídica, para algunos tratadistas,

²⁴⁷ Corte Constitucional Sentencia C-310 de 1997 M.P. Carlos Gaviria Díaz

²⁴⁸ Ob cit. Sánchez Esiquio, Pág. 124 “Bajo esta denominación comprendemos aquellos principios y categorías que hacen del derecho disciplinario una disciplina dotada de sentido y que proporciona a partir de sus contenidos la autonomía e independencia de este derecho sancionador de las demás vertientes del ordenamiento jurídico”.

precisamente fundadas en una de esas categorías,²⁴⁹ la especial relación que surge entre un servidor público y el Estado, obsérvese, “las relaciones especiales de sujeción, se consolidan como la clave de bóveda para entender en el campo disciplinario las categorías penales de tipicidad: principio de determinación legal y *numerus apertus*, antijuridicidad: ilicitud sustancial, incumplimiento del deber funcional y afectación a la función administrativa y culpabilidad: fenómeno del tipo disciplinario en que la culpa opera como la regla general y el dolo como la excepción”²⁵⁰

Con el propósito de verificar la eficacia del derecho administrativo sancionador frente a las conductas objeto de este estudio, se pretende revisar la aplicación de estas categorías, propias del derecho administrativo disciplinario, según se ha mencionado, en los casos de graves violaciones al Derecho Internacional Humanitario. Por tanto se esbozaran los principales conceptos y definiciones que ha expuesto la doctrina y la jurisprudencia, así como la aplicación práctica que de ellos se ha hecho al momento de evaluar conductas constitutivas de infracciones graves al DIH. Para este efecto se expondrán brevemente las decisiones más relevantes que en materia disciplinaria ha proferido la Procuraduría General de la Nación.

Así las cosas, se estudiarán los principios de legalidad, tipicidad, ilicitud sustancial y culpabilidad. No se hará alusión a la categoría denominada “relaciones especiales de sujeción, por cuanto este concepto ha quedado expuesto al momento de referir el fundamento del derecho administrativo disciplinario.

²⁴⁹ GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. La Relación Especial de Sujeción como categoría dogmática superior del derecho disciplinario. Colección de Derecho Disciplinario N° 5, Instituto de Estudios del Ministerio Público. Imprenta Nacional de Colombia, 2003

²⁵⁰ Forero Salcedo José Rory, Estado Constitucional, Potestad Disciplinaria y Relaciones Especiales de Sujeción, Instituto de Estudios del Ministerio Público, Procuraduría General de la Nación, Colombia 2007, Pág.113

4. LAS VIOLACIONES AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO A LA LUZ DE LA LEY 734 DE 2002. ASPECTOS DOGMÁTICOS

4.1 EL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY Y DE LEGALIDAD

Antes de abordar el tema específico de la tipicidad en materia disciplinaria es preciso como lo hace la doctrina²⁵¹ referir en primer término los principios de reserva legal y de legalidad por cuanto se encuentran directamente relacionados, en efecto, “las exigencias derivadas del principio de legalidad y tipicidad en el ámbito del derecho sancionador son la existencia de una Ley –lex scripta- que la Ley sea anterior al hecho sancionado –lex previa- y que la Ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado –lex certa.”²⁵²

A diferencia de lo que sucedía en el Estado Constitucional del siglo XIX, en la Alemania Guillermina, en que las relaciones especiales de sujeción no estaban subordinadas a la reserva de la ley, a partir de la sentencia del Tribunal Federal Alemán de 1972, esta garantía resulta un imperativo en el escenario del Estado Constitucional.²⁵³ En el ámbito disciplinario se ha señalado que la reserva legal hace referencia a “una cláusula de competencia exclusiva y excluyente que radica en el Congreso de la República (...) la atribución de producir formalmente las normas mediante las cuáles se tipifican las conductas disciplinarias, se señalan las respectivas sanciones, se establecen los procedimientos para efectivizarlas y las autoridades competentes para imponerlas, al igual que las garantías debidas a sus

²⁵¹ ISAZA SERRANO, Carlos Mario. Teoría General del Derecho Disciplinario, Aspectos Históricos, Sustanciales y Procesales, Segunda Edición, editorial TEMIS, Bogotá 2009, Pág. 91 y ss. Ver también Gómez Pavajeau Carlos Arturo, Dogmática del Derecho Disciplinario, Universidad Externado de Colombia, 3ª edición, Bogotá 2004, Pág. 281 y SS.

²⁵² Forero. Ob Cit. Pág. 119, siguiendo a Martínez-Pereda Rodríguez, José Manuel y otros. Constitución Española. SS. 133/1987, de 21-7, y 246/1991, de 19-12. Tercera Edición 1997, editorial Colex, Pág. 266.

²⁵³ FORERO SALCEDO, José Rory. Estado Constitucional, Potestad Disciplinaria y Relaciones Especiales de Sujeción, Instituto de Estudios del Ministerio Público, Procuraduría General de la Nación, Colombia 2007, Pág.113

destinatarios”²⁵⁴.

El profesor Gómez Pavajeau señala que en materia disciplinaria rige el principio de reserva de ley, pero no de manera absoluta, por cuanto al disponer el artículo 124 de la Constitución Política que “la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva”, debe entenderse “ley” en sentido material²⁵⁵, puesto que de lo contrario, se extendería una excepción propia del derecho penal al derecho disciplinario, con lo que se excluiría la posibilidad de que el ejecutivo dictara decretos con fuerza de ley o la posibilidad de que a través de decretos reglamentarios se creen deberes y prohibiciones. En igual sentido se ha señalado, “sólo la ley puede establecer faltas y tipificarlas en instrumentos de esa condición o con alcance similar al de la ley. (...) no se puede figurar la tipificación y clasificación de faltas en disposiciones reglamentarias o en normas de alcance inferior al de la ley. (...) Igual puede anotarse para las sanciones”.²⁵⁶

Ahora bien, en lo que atañe a “materias concretas como las funciones que competen a los servidores públicos, existe un juego amplio de los reglamentos en materia de configuración del ilícito disciplinario. (...) El principio de legalidad en materia de facultades y funciones de los servidores públicos no sólo está

²⁵⁴ Ob Cit Isaza, Pág. 91 Ver también Molano López Mario Roberto, La relación Especial de Sujeción Estudios, Universidad Externado de Colombia, primera edición, Colombia 2007, Pág. 139 siguiendo a García Macho: “La potestad sancionadora de la administración como ejercicio del poder punitivo del Estado exige reserva legal de las infracciones, de las penas y del procedimiento requerido para su actuación, lo que significa que el régimen o el rango normativo para estipular estos mecanismos es el de la ley, reduciendo por consiguiente el campo de acción del reglamento”

²⁵⁵ En similar sentido “se quiere destacar que solo la ley puede establecer faltas y tipificarlas en instrumentos de esa condición o alcance similar al de la ley. Atendiendo esto, se estima que no puede figurar la tipificación y clasificación de faltas en disposiciones reglamentarias o en normas de alcance inferior al de la ley.” Brito Ruiz Fernando, Régimen disciplinario, Procedimiento Ordinario, Procedimiento Verbal, Pruebas, Editorial Legis, 4ta edición, Colombia 2012, Pág. 55

²⁵⁶ BRITO RUIZ, Fernando. Régimen disciplinario, Procedimiento Ordinario, Procedimiento Verbal, Pruebas, Editorial Legis, 4ta edición, Colombia 2012, Pág. 55

determinado por la constitución y la ley, sino también por el reglamento,”²⁵⁷ en virtud de lo dispuesto por el inciso 1° del artículo 122 y el inciso 2° del artículo 123 de la Carta Política.²⁵⁸ “Ellas pueden ser asignadas por reglamentos, resoluciones y aún por simples órdenes verbales, las cuáles si son acordes a las normas constitucionales, legales y reglamentarias, deben ser atendidas y pueden ser materia de sanción, en caso de incumplimiento”²⁵⁹

Por su parte el tratadista Isaza Serrano, refiere “la vigencia del principio de legalidad, específicamente en lo que atañe al ámbito del derecho disciplinario, le impone al Estado una doble vinculación, a saber: regular el tema en estudio mediante ley formal y delimitar el ámbito de acción de los destinatarios de la ley disciplinaria, para que conociendo el alcance funcional de su misión oficial, los deberes que la enmarcan, los derechos que le asisten y las prohibiciones existentes como límites a su gestión, puedan ajustar su conducta a este conjunto de condicionamientos sabiendo de antemano las consecuencias de su obrar, contrario a estos.”²⁶⁰

Es oportuno precisar, en punto a si las faltas disciplinarias deben estar consagradas en una ley en sentido material como lo indica Gómez Pavajeau, o formal como lo refiere Isaza Serrano que al no imponer la Carta Política restricción al respecto debe entenderse que las conductas constitutivas de infracción

²⁵⁷ Es decir, la descripción típica de la conducta disciplinaria deberá estar consagrada en una ley en sentido material, pero como en materia disciplinaria por regla general las conductas se encuentran establecidas en tipos en blanco, el operador jurídico deberá acudir a otras normas que consagran funciones, deberes y prohibiciones, establecidos en reglamentos.

²⁵⁸ Art. 122 Inc. 1° “No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento”. Art. 123 Inc. 2° “los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento”.

²⁵⁹ Brito. Ob cit. Pág. 55

²⁶⁰ Isaza. Ob Cit Pág. 92

disciplinaria podrán consagrarse en leyes en sentido material.²⁶¹

A su turno, Forero Rory señala, “En Colombia (...) el régimen disciplinario de los servidores estatales deriva directamente de la Ley, en estricto sentido, se trata de una normatividad expedida por el Congreso de la República y, por tanto, la limitación de los derechos fundamentales derivada de estas especiales relaciones de sujeción, está justificada y amparada por la Constitución de 1991, lo que no sucedía en vigencia de la Constitución de 1886, en la que el tema era regulado a través de reglamentos sin habilitación legal, constituyendo un desfase abismal respecto de los principios en que se fundamenta un Estado Constitucional.”²⁶²

Ahora bien, el principio de legalidad “tiene una doble condición, de un lado es el principio rector del ejercicio del poder y del otro, es el principio rector del derecho sancionador”²⁶³, “se aplica bajo condiciones relativamente similares a las que han sido usuales en materia penal.”²⁶⁴ Es entendido como “la sumisión de la actividad estatal a la ley”,²⁶⁵ cuya operancia constituye la evidencia de que un Estado es de derecho, (...) ²⁶⁶ en materia disciplinaria “rige necesariamente (...) el principio de legalidad de las descripciones típicas.”²⁶⁷ “Este principio impone a la autoridad competente que los procedimientos, las faltas y sanciones deben estar

²⁶¹ “Cuando la Carta se refiere a la ley, debe entenderse, en general, que también está hablando de los decretos con “fuerza de ley”, pues en tales casos, el Gobierno ha actuado, por expresa autorización constitucional, como Legislador, y los contenidos normativos que ha promulgado tienen la fuerza propia de una ley expedida por el Congreso. Así, cuando la Constitución señala que corresponde a la ley regular esta o determinada materia, debe entenderse que esa regulación también puede ser adoptada por decretos con fuerza de ley, salvo que la propia Constitución ordene que esa normatividad debe ser directamente adoptada por el Congreso, tal y como sucede, con los códigos”. Sentencia C-893 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero

²⁶² Forero. Ob cit. Pág. 115

²⁶³ Corte Constitucional, Sentencia C – 710 de 2001 M.P. Jaime Córdoba Triviño

²⁶⁴ Brito. Ob Cit. Pág. 52

²⁶⁵ Isaza. Ob cit. Pág. 92, siguiendo a Ernst Forsthoff, concepto y esencia del Estado social de derecho, Madrid Centro de Estudios Constitucionales, 1975

²⁶⁶ Gómez. Ob Cit Pág. 281, tomado de Gómez Cardona. Derecho administrativo, Pág. 81

²⁶⁷ Ídem Pág. 282

preestablecidos en normas anteriores a la comisión de la falta u omisión que se imputa, excepción hecha de aquellos casos en que, por aplicación del principio de favorabilidad, se prefiera la norma posterior sobre la anterior.”²⁶⁸

Es pertinente referir entonces que “las relaciones especiales de sujeción flexibilizan la aplicación de este principio constitucional, al autorizar en el ámbito disciplinario la categoría de los tipos disciplinarios abiertos (catálogo de las faltas disciplinarias graves y leves en Colombia) o sistema *numerus apertus*, pero en todo caso sometidos a la reserva de ley y en donde igualmente las categorías de tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, non bis in ídem, adquieren unas connotaciones peculiares respecto a cómo opera el principio de legalidad en una relación general de sujeción”²⁶⁹

4.2 PRINCIPIO DE TIPICIDAD²⁷⁰

En el ámbito de las relaciones especiales de sujeción, concretamente de los servidores públicos, quienes sólo pueden hacer lo que les esté permitido y mandado,²⁷¹ resulta una tarea casi imposible para el legislador definir, de una

²⁶⁸ Duarte Acosta César Augusto, Derecho Disciplinario Básico y Método de Investigación, Librería Ediciones del profesional Ltda. Primera Edición, Bogotá 2009 Pág. 3

²⁶⁹ Ob cit. Forero Pág. 113

²⁷⁰ Vale la pena mencionar que este principio en materia disciplinaria es denominado por el profesor Esiquio Sánchez Herrera “principio de cobertura legal”, entendido como un criterio rector propio de la materia que “impone una flexibilización del principio de taxatividad o de tipicidad que rige en materia sancionatoria”, Ob cit., Pág. 128

²⁷¹ Sobre el particular ver en Gómez Pavajeau Carlos Arturo, “El objeto de regulación del Derecho Penal viene demarcado por la idea de que en un Estado de Derecho, los particulares pueden hacer todo lo que no se encuentre prohibido, por lo que los tipos penales desarrollan, dentro de un marco de tipos cerrados como norma general, los comportamientos considerados como punibles. Por el contrario los funcionarios públicos, sólo pueden hacer lo que se encuentra mandado y para lo cual están autorizados, de tal manera que describir lo punible tiene una tendencia al infinito, lo que implica que la técnica de tipificación tiene que ser abierta, pues de lo contrario los códigos serían unas verdaderas enciclopedias sin terminar”. Fundamentos del derecho disciplinario colombiano, Colección de Derecho Disciplinario Volumen 4, Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá 2012, Pág. 75 Por su parte Isaza Serrano: “Se parte del hecho de que desde el deber funcional como centro de imputación jurídica surgen todas las acciones que pueden

manera similar a como lo hace el derecho penal, las conductas con las que, en el ámbito específico de sus funciones quebranta sus deberes.²⁷² Es por ello que en materia disciplinaria, la ley consagra una serie de deberes y prohibiciones que le incumben al servidor público y que al momento de ser imputada una falta disciplinaria exigen que el operador disciplinario acuda a las disposiciones jurídicas que las consagran, tales como reglamentos internos y manuales de funciones para “completarlas”.

Así lo ha reconocido la doctrina y la jurisprudencia. “Un aspecto sustancial en el derecho disciplinario tiene relación con la manera en que se tipifican las faltas en esta materia, la cual difiere sustancialmente de la que se sigue en materia penal.”²⁷³ Una causa fundamental que incide en esta diferenciación radica sin duda en que “la función pública es la fuente material y formal del derecho disciplinario. Gran parte de lo que es función pública se ocupa de lo concerniente a las -funciones- de los servidores públicos, tema que recibe, estratificadamente, un tratamiento especial desde la órbita constitucional,”²⁷⁴ lo anterior, por cuanto el inciso 2° del artículo 123 de la Carta establece que los servidores públicos ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

llegar a afectarlo y respecto de su ejercicio no opera ningún ámbito de libertad, se entiende que para quien ejerce funciones públicas, el límite es el deber funcional mismo”. Ob Cit. Pág. 95

²⁷² Sentencia Corte Constitucional C- 948 de 2002 M.P. Álvaro Tafur Gálvis. “La jurisprudencia ha señalado que el régimen disciplinario se caracteriza, a diferencia del penal, porque las conductas constitutivas de falta disciplinaria están consignadas en tipos abiertos, ante la imposibilidad del legislador de contar con un listado detallado de comportamientos donde se subsuman todas aquellas conductas que están prohibidas a las autoridades o de los actos antijurídicos de los servidores públicos.” En el mismo orden la Sentencia C-708 de 1999 M.P. Álvaro Tafur Gálvis. En materia disciplinaria “el fallador cuenta con un mayor margen de valoración e individualización de las faltas sancionables por la diversidad de comportamientos que pugnan contra los propósitos de la función pública y del régimen disciplinario”

²⁷³ Brito. Ob Cit. Pág. 57 Ver en el mismo sentido a Gómez Pavajeau Carlos Arturo, La relación Especial de Sujeción Estudios, Universidad Externado de Colombia, primera edición, Colombia, 2007, Pág. 188 “Existen diferencias entre tipicidad penal y disciplinaria, muy a pesar de que ambas tienen sustento en el artículo 29 de la Constitución Política”

²⁷⁴ Gómez. Ob Cit. Pág. 189

En consecuencia, señala el profesor Gómez Pavajeau “el reglamento se ocupa también de las funciones y como tal regula parte de lo que le compete al derecho disciplinario.”²⁷⁵ Es por ello que “en el régimen disciplinario, las faltas están tipificadas de manera general, amplia, en tipos que generalmente son en blanco o de reenvío, por lo que se hace necesario complementarlos con otras disposiciones, en particular con las reglamentarias, con los manuales de procedimiento, y con órdenes e instrucciones que se hayan impartido para la adecuada prestación del servicio o función”²⁷⁶

Dicha previsión, en materia disciplinaria de tipos en blanco o de reenvío es justificada y aceptada por la doctrina y la jurisprudencia²⁷⁷ bajo el cumplimiento de ciertos parámetros. En efecto, ha señalado la Corte Constitucional:

“Dada la particular naturaleza de las conductas interferidas por el derecho disciplinario al legislador le está permitido describir los tipos con cierto grado de generalidad o indeterminación y acudir a una técnica de tipos abiertos que configura un margen valorativo para el aplicador de la norma. No obstante, al amparo de la legitimidad constitucional de esa técnica legislativa no se puede llegar al extremo de tipificar una serie de ilícitos disciplinarios que remiten a conductas que cuestionan la conducta del servidor público

²⁷⁵ Ídem

²⁷⁶ Brito. Ob Cit Pág. 57 Asimismo, la sentencia C – 404 de 2001 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra “la tipicidad en las infracciones disciplinarias se establece por la lectura sistemática de la norma que establece la función, la orden o la prohibición y de aquella otra que de manera genérica prescribe que el incumplimiento de tales funciones, órdenes o prohibiciones constituye una infracción disciplinaria”

²⁷⁷ Es justificada, en tanto se reconoce la imposibilidad de “aprehender jurídicamente todo lo que no está permitido y mandado, por virtud de la lógica con que se maneja la materia (...) (artículo 6° C.P.) Ob cit. Gómez Pavajeau, La Relación Especial de Sujeción. De igual manera es aceptada siempre y cuando cumpla con unos parámetros que aun cuando han sido señalados en una sentencia que estudia el tema bajo la óptica del derecho penal, es aplicable en materia disciplinaria: “En nada contraría el ordenamiento superior el hecho de que el legislador recurra al tipo penal en blanco, siempre y cuando verifique la existencia de normas jurídicas precedentes que definan y determinen, de manera clara e inequívoca, aquéllos aspectos de los que adolece el precepto en blanco, cuyos contenidos le sirvan efectivamente al intérprete, específicamente al juez penal, para precisar la conducta tipificada como punible, esto es, para realizar una adecuada integración normativa que cumpla con los requisitos que exige la plena realización del principio de legalidad.” Sentencia Corte Constitucional C – 739 de 2000, M.P. Fabio Morón Díaz

haciendo abstracción de los deberes funcionales que le incumben, ni tampoco consagrar cláusulas de responsabilidad disciplinaria que permiten la imputación de faltas desprovistas del contenido sustancial de todo ilícito disciplinario.”²⁷⁸

También obsérvese lo señalado con posterioridad:

“Es de anotar como peculiaridad propia del derecho disciplinario, la posibilidad de que las conductas constitutivas de faltas disciplinarias se encuadren en forma de tipos abiertos. A diferencia de la materia penal, en donde la descripción de los hechos punibles es detallada, en la disciplinaria el fallador cuenta con un mayor margen de valorización e individualización de las faltas sancionables por la diversidad de los comportamientos que pugnan contra los propósitos de la función pública y del régimen disciplinario, por las razones que a continuación se señalan: la prohibición de la conducta delictiva involucra un conjunto de patrones que establecen una precisión tipológica en la que se describen de manera detallada los elementos conformantes del tipo, de manera que, sujeto activo, conducta, intensidad, sujeto pasivo y circunstancias llevan en el procedimiento penal a una exhaustiva delimitación legal de las conductas; mientras que en la definición de las faltas disciplinarias, entran en juego, elementos propios de la función pública que interesan por sobre todo a contenidos político institucionales, que sitúan al superior jerárquico en condiciones de evaluar con mayor flexibilidad, y de acuerdo con criterios que permiten un más amplio margen de apreciación.”²⁷⁹

De igual manera ha señalado la Corte Constitucional:

“En relación con el uso de conceptos indeterminados en normas que tipifican

²⁷⁸ Colombia Sentencia Corte Constitucional C – 373 de 2002, M.P. Jaime Córdova Triviño

²⁷⁹ Colombia Sentencia Corte Constitucional C-708 de 1999, M.P. Fabio Morón Díaz; ver también Sentencia C – 124 de 2003 M.P. Jaime Araújo Rentarúa

actos que se someten a sanciones disciplinarias, la jurisprudencia constitucional ha precisado que las normas del derecho disciplinario entran frecuentemente en conflicto con derechos fundamentales como la intimidad y la autonomía personal, colisiones que deben ser resueltas a través de la ponderación de los bienes jurídicos en conflicto. En ese sentido, resultan inconstitucionales aquellas normas que tipifican como faltas disciplinarias, conductas que no tengan relación con el desempeño de la función pública o no correspondan a ninguno de los deberes de los servidores públicos. De esta forma, aunque se admite la validez constitucional de tipos abiertos en las conductas constitutivas de faltas disciplinarias, ante la imposibilidad de contar con un catálogo de conductas donde se subsuman todas aquellas que se alejan de los propósitos de la función pública y por ende sancionables, esto no significa que en la tipificación de tales faltas se puedan utilizar expresiones ambiguas, vagas e indeterminadas que quebranten el principio de legalidad y tipicidad consagrado en el artículo 29 de la Constitución, fundamental en el derecho sancionatorio.”²⁸⁰

En ese orden de ideas, “muy a pesar de permitirse dicha relajación en la concepción del principio de determinación, los elementos utilizados y las estrategia de remisión deben ser lo suficientemente aptos para permitir la orientación normativa y su captación por el servidor público”²⁸¹ Asimismo, “se impone del operador disciplinario un más severo tratamiento de este principio, mediante un análisis racional determinado por los principios de seguridad jurídica y de legitimidad de la configuración de los comportamientos ilícitos, que sustentan el principio de legalidad.”²⁸² “Se proscriben las definiciones de una generalidad, vaguedad e indeterminación que no ofrecen la necesaria certeza requerida para hacer exigible las consecuencias sancionatorias que se derivan de la conducta descrita y que le otorgan un amplio poder discrecional a la autoridad encargada de

²⁸⁰ Sentencia Corte Constitucional C-350 de 2009, M.P María Victoria Calle Correa

²⁸¹ Ob cit. Gómez Pavajeau, La Relación Especial de Sujeción

²⁸² Ob cit. Isaza Serrano, Pág. 97

aplicar la respectiva norma.”²⁸³

Ahora bien, pese a lo anterior, el artículo 48 de la Ley 734 de 2002 introdujo un listado de conductas constitutivas de falta disciplinaria gravísima cuya descripción, sin duda se acerca a la técnica utilizada por el derecho penal al intentar cubrir con detalle todos los aspectos relevantes que el comportamiento pueda revestir. Tan es así, que el libro II de dicha normatividad se denomina “Parte Especial”. A través de estas disposiciones “se logra cumplir uno de los mandatos de todos los ordenamientos jurídicos de naturaleza punitiva y sancionatoria: tener como sustento el principio de determinación, de reserva legal o de *lex certa*.”²⁸⁴

Dentro de ese listado de comportamientos se encuentra catalogada como falta gravísima la conducta objeto del presente estudio. En efecto, el artículo 48 del Código Disciplinario Único, dispone como falta gravísima, entre otras, las siguientes (...):

7. Incurrir en graves violaciones al Derecho internacional Humanitario

No obstante, tratarse de una falta gravísima cuyo común denominador es que se trata de tipos cerrados, éste numeral particularmente constituye un tipo abierto que exige en su proceso de adecuación acudir a otras normas jurídicas para completar el proceso de tipificación. En este caso, el intérprete debe acudir a las normas del DIH.

En este punto vale la pena precisar que bien podría, como en un primer momento se intentó, entratándose de este tipo de conductas, imputar la falta disciplinaria gravísima consagrada en el numeral 1° del artículo 48 de la Ley 734 que refiere la realización objetiva de una descripción típica consagrada en la ley como delito

²⁸³ Colombia Corte Constitucional Sentencia C-769 de 1998, M.P. Antonio Barrera Carbonell

²⁸⁴ Ob Cit. Sánchez Herrera Esiquio. Pág. 60

sancionable a título de dolo, es decir la realización del tipo objetivo de un delito, en el que se tienen en cuenta elementos como sujeto activo, sujeto pasivo, objeto jurídico, objeto material e ingredientes normativos y descriptivos. Esto en atención a que el Código Penal Colombiano consagra como delito el homicidio en persona protegida.

Con todo, se considera que esta vía no sería la más apropiada ni técnica jurídicamente, en atención precisamente a que dentro del ordenamiento jurídico se cuenta con los instrumentos internacionales que en materia de DIH se han mencionado y con la falta tipificada en el numeral 7° que refiere la conducta de manera específica, sin que sea necesario el análisis de conceptos propios del derecho penal. Además, a través de la Directiva 016 de 2010 el Procurador General de la Nación se pronunció sobre ese particular así:

“El marco de juzgamiento disciplinario para los involucrados en estos hechos es el previsto en los parámetros legales fijados por el numeral 7° del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, (...) tipo abierto que en virtud de la aplicación de la norma de integración normativa, permite seleccionar el precepto en el que se concreta la prohibición y por ende el deber posiblemente infringido y precisado en el artículo 3° común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 (...) y 13 numeral 2° del Protocolo II (...)”²⁸⁵

Por esta razón se ha señalado en decisiones proferidas por el Organismo de control disciplinario que no es necesario recurrir al marco de tipicidad penal que consagra el injusto punitivo de homicidio en persona protegida.²⁸⁶ Asimismo, es

²⁸⁵ El término “norma de integración normativa”, hace referencia al artículo 21 de la Ley 734 de 2002 que establece: Aplicación de principios e integración normativa (...) En lo no previsto en la ley se aplicarán los tratados internacionales sobre derechos humanos. (...)

²⁸⁶ Ver fallo de Primera Instancia proferido dentro del expediente disciplinario n.º 155-103819-2004 proferido el 29 de agosto de 2011, F. 18

preciso referir que la Ley 734 de 2002 previó expresamente para este tipo de conductas un término de prescripción especial, superior al previsto para las otras conductas disciplinables. En efecto, el artículo 30 de la mencionada normatividad dispuso cinco años como término de prescripción general y doce años para las conductas constitutivas de violaciones a los derechos humanos e infracciones graves al derecho internacional humanitario.

Lo anterior significa que al utilizar como referencia normativa el numeral 1° del artículo 48, lo pertinente es aplicar el término general de cinco años. Obsérvese el siguiente ejemplo:²⁸⁷ Con ocasión de hechos ocurridos el 2 de marzo de 2003, la Procuraduría Delegada para la defensa de los Derechos Humanos profirió pliego de cargos el 24 de octubre de 2005 con fundamento en el numeral 1°, no obstante tratarse de una conducta constitutiva de la falta tipificada en el numeral 7°. Sin embargo, el 18 de noviembre de 2008, profirió decisión variando la calificación jurídica de los cargos por considerar que se cometió un error al imputar el numeral 1° cuando la conducta encuadraba dentro del numeral 7°.

Nótese que para ese día, 18 de noviembre de 2008, la conducta inicialmente imputada se encontraba prescrita. El 12 de enero de 2010 se profirió fallo sancionatorio en el que se aplicó la sanción disciplinaria más drástica. Con todo el 3 de marzo de 2011, la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, en segunda instancia decreto la nulidad de todo lo actuado a partir del auto de variación de cargos por violación al debido proceso y ordenó el archivo definitivo en atención a que había operado el fenómeno jurídico de la prescripción

Ahora bien, la Ley 1474 de 2011, conocido como estatuto anticorrupción, previó un término de caducidad de cinco años y dispuso que las faltas disciplinarias prescriben en cinco años. Nada dijo respecto de estos institutos jurídicos en materia de derechos humanos y DIH. Con todo el Procurador General de la

²⁸⁷ Expediente disciplinario n.º 008-127600-2005

Nación, mediante directiva n.º 016 de 30 de noviembre de 2011 definió que ante el silencio del legislador deberá entenderse que en estas materias es aplicable el artículo 69 de Ley 836 de 2003 y por tanto el término de prescripción continúa siendo de doce años.

Si se acoge esta interpretación así como la especificidad de la materia a regular y la preferencia que sobre remisión normativa debe darse a los tratados internacionales, frente a hechos constitutivos de infracciones al DIH, deberá aplicarse el numeral 7º del artículo 48 de forma prevalente.

Efectuada esta precisión y anotadas como han quedado las variaciones que presenta en el ámbito sancionador administrativo el principio de tipicidad de los comportamientos que constituyen faltas disciplinarias, el numeral 7º del artículo 48 no deja de ser un poco amplio, si se tiene en cuenta que el DIH, como anteriormente quedó referido, tiene “origen en normas de carácter convencional y consuetudinario” constituyendo un ordenamiento monumental, complejo, vigente en nuestro ordenamiento jurídico no sólo en virtud de instrumentos formales de incorporación, sino del denominado Bloque de Constitucionalidad.

Como ha señalado la Corte Constitucional, “no es fácil establecer de manera precisa, cuándo una norma deja de contener entre sus prescripciones los ingredientes normativos requeridos para producir la certeza en lo relativo a la definición de la conducta”²⁸⁸ y si bien no se considera que ésta sea una norma tal cuya vaguedad, imprecisión, generalidad o carencia de certeza impida su aplicación o permita la arbitrariedad de la administración, sería deseable en su contenido la previsión de unos límites más rigurosos, sobre todo en el caso de conductas diferentes a las que constituye el objeto de este estudio, es decir homicidio en persona protegida, dado que podría colegirse que en la medida en que afecta la vida, reviste la mayor gravedad. Ahora bien, vale la pena referir lo

²⁸⁸ Colombia Corte Constitucional Sentencia C-769 de 1998 M.P. Antonio Barrera Carbonell

señalado por la Corte Constitucional en cuanto a esta clase de tipos remisivos:

“Para que la remisión sea constitucional la disposición que la efectúa ha de comprender unos contenidos mínimos que le permitan al intérprete y ejecutor de la norma identificar un determinado cuerpo normativo sin que haya lugar a ambigüedades ni a indeterminaciones al respecto. Además, es necesario que las normas a las que se remite contengan, en efecto, los elementos que permiten definir con precisión y claridad la conducta sancionada, de forma tal que su aplicación se efectúe con el respeto debido al principio de tipicidad.”²⁸⁹

Sobre esta disposición en particular, el numeral 7° del artículo 48 C.D.U, el profesor Fernando Brito ha señalado, “si se toma en cuenta que el Derecho Internacional Humanitario comprende un sinnúmero de conductas de la más diversa condición, se torna obligado remitirse a las disposiciones de la Ley 171 de 1994, que incorporó en nuestra legislación el Protocolo II de los Convenios de Ginebra, para precisar, en cada caso particular, cuál es el artículo, literal o numeral quebrantado. En sentido contrario se debe afirmar que no solo es anti técnico, sino que sería una flagrante violación al derecho de defensa, imputar a un funcionario el quebranto de dicho estatuto, o la sola mención del Derecho internacional Humanitario, pues es claro que no se puede violar un estatuto en su integridad, y que un cargo endilgado en esas condiciones imposibilita cualquier defensa.”²⁹⁰

Si bien el Protocolo II, es una referencia obligada no constituye los límites de referencia para imputar la conducta establecida en el numeral 7°. Aún cuando consagra las normas aplicables en conflictos armados no internacionales, es un desarrollo del artículo 3° común a los cuatro Convenios de Ginebra que deberán

²⁸⁹ Colombia Corte Constitucional Sentencia C-343 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda

²⁹⁰ Ob cit. Brito Ruiz Pág. 57

ser tenidos en cuenta al momento de su interpretación y aplicación, al igual que el Protocolo I. A más, el Protocolo II no define lo que debe entender por infracción grave al derecho internacional humanitario, efecto para el que debe acudir al Protocolo I y a los Convenios de Ginebra, como más adelante se verá. Así mismo, el derecho internacional humanitario no sólo es un conjunto de disposiciones convencionales, sino también consuetudinarias que no pueden desconocerse en el proceso de adecuación de la conducta.

La Corte Constitucional ha señalado que “el numeral 7 del artículo 48 de la Ley 774 de 2002, es una norma disciplinaria de contenido abierto, en la medida en que opera un reenvío al derecho internacional para efectos de precisar su contenido y alcance. De allí que sea necesario dilucidar, a la luz de la legalidad internacional, qué se entiende por violación grave al DIH.”²⁹¹

En ese orden de ideas, debe precisarse que el proceso de adecuación típica de esta conducta exige al operador disciplinario adelantar una serie de etapas para efecto de imputar a un servidor público su comisión, bien sea por acción o por omisión. A continuación se mencionarán y desarrollarán cada uno de esos pasos, por cuanto contienen temas fundamentales de la materia objeto de estudio.

a. Lo primero será verificar, como en todos los casos en que se adelanta una investigación de carácter disciplinario, la calidad de servidor público del presunto autor y particularmente miembro de la fuerza pública.

b. En segundo lugar, el operador disciplinario deberá establecer si el caso del que se ocupa está sujeto a la aplicación de la normatividad internacional que regula los conflictos armados sin carácter internacional y por tanto decidir si la conducta está sujeta a la aplicación del marco normativo del DIH.

²⁹¹ Colombia Corte Constitucional Sentencia C-1076 de 2002

c. Seguidamente, acudirá a los instrumentos internacionales²⁹² para establecer cuáles son las “infracciones graves” al derecho internacional humanitario y entonces si es preciso, enmarcar su investigación bajo los parámetros de que tratan las faltas gravísimas contempladas en el artículo 48 de la Ley 734 de 2002.

d. Finalmente, cuando se trate de la infracción grave de *homicidio en persona protegida por el DIH*, deberá verificar quiénes son las personas protegidas por ese derecho y siendo el objeto de este estudio, la población civil, deberá establecer quiénes la constituyen y por tanto si la situación fáctica que tiene frente a sí cumple con todas estas exigencias.

En ese orden de ideas, seguiremos esa metodología con el fin de revisar el tratamiento al que ha sido sometidas estas conductas, en vigencia de la Ley 734 de 2002:

²⁹² Entiéndase que esos instrumentos internacionales no se limitan al artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y al Protocolo II, normas aplicables a los conflictos armados no internacionales, sino que se deberá recurrir a las otras disposiciones de carácter convencional como a título de ejemplo el Protocolo I y la jurisprudencia de los tribunales internacionales. La Corte Constitucional al estudiar la aprobación del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 señaló: “El preámbulo incluye también lo que la doctrina internacional ha conocido como la “Cláusula Martens”, esto es, el principio según el cual “en los casos no previstos por el derecho vigente, la persona humana queda bajo la salvaguardia de los principios de la humanidad y de las exigencias de la conciencia pública.” Esta cláusula indica que el Protocolo II no debe ser interpretado de manera aislada sino que debe ser constantemente relacionado con el conjunto de principios humanitarios, puesto que este tratado es simplemente un desarrollo y una concreción de tales principios a los conflictos armados no internacionales. Por consiguiente, la Corte Constitucional considera que la ausencia de una determinada regla específica en el Protocolo II relativa a la protección a la población civil o a la conducción de las hostilidades no significa, en manera alguna, que el Protocolo esté autorizando tales conductas a las partes enfrentadas. En efecto, las normas de otros convenios de derecho internacional humanitario que sean compatibles con la naturaleza de los conflictos no internacionales se deben, en general, considerar aplicables a los mismos, incluso si ellas no aparecen en el Protocolo II, puesto que -se reitera- las normas codificadas en este campo aparecen como una expresión convencional de principios de *ius cogens* que se entienden automáticamente incorporados al derecho interno colombiano, según lo determinó esta Corporación en anteriores decisiones. Así, ninguna de las normas convencionales de derecho internacional humanitario expresamente aplicables a los conflictos internos -a saber el artículo 3º común y este protocolo bajo revisión- regula en detalle los medios legítimos de combate y la forma de conducción de las hostilidades. Sin embargo, la doctrina internacional considera que estas reglas, provenientes del derecho de la guerra, son aplicables a los conflictos armados internos, puesto que ésta es la única forma de verdaderamente proteger a las eventuales víctimas de tales conflagraciones.”

4.2.1 Miembros de la Fuerza Pública –Sujeto Activo de la comisión de Violaciones al Derecho internacional Humanitario

Los miembros de la fuerza pública, es decir de las fuerzas armadas y de la Policía Nacional, vinculados como están, al servicio del Estado a través de una relación legal y reglamentaria son servidores públicos,²⁹³ sometidos a unos regímenes especiales, en virtud de las funciones especialísimas que desempeñan dentro del Estado. Vale la pena señalar que “las Fuerzas Armadas son una institución básica en todo Estado, no importa su forma de organización, su nivel de desarrollo, modo de gobierno o su tradición histórica y cultural. (...) El derecho interno es respaldado por una capacidad de coacción indispensable, la existencia de una administración monopólica de la violencia legítima. (...) La propia creación de los Estados se produjo gracias a la obra libertadora de sus ejércitos.”²⁹⁴

La Constitución Política ha señalado que "las fuerzas militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, de la independencia, de la integridad del territorio nacional y del orden constitucional". En cuanto a la Policía Nacional ha dicho que es "un cuerpo armado permanente de naturaleza civil", le atribuye el "fin primordial de mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y para asegurar que los habitantes de Colombia vivan en paz."²⁹⁵ Es preciso señalar que en atención a la agudización del conflicto, la Policía Nacional ha tenido que salir a combatir y en la actualidad en muchas ocasiones desarrolla operaciones conjuntas con las fuerzas militares cuyos resultados han sido de trascendental importancia.

²⁹³ Artículo 123 de la Constitución Política

²⁹⁴ VARGAS, Alejo. Las Fuerzas Armadas en el conflicto colombiano - antecedentes y perspectivas. Intermedio Editores, Bogotá 2002, pág. 38, tomado de Moncayo Gallego Paco, General (r), Fuerzas Armadas y Sociedad, Quito; universidad Andina Simón Bolívar – Corporación Editora Nacional, 1995.

²⁹⁵ Ver artículos 217 y 218 de la Constitución Política

Los preceptos constitucionales señalados, establecen parámetros importantes en los que se enmarcan sus funciones, competencias y el eje sobre el cual ha de girar su actuación oficial. Esas funciones y competencias deben ser concordantes con la razón de ser y la finalidad misma del Estado. Obsérvese lo señalado por la doctrina, "las misiones diseñadas por la Asamblea Nacional Constituyente, tienen dos significados ideológicos fundamentales. El Primero relacionado con la macropolítica constitucional, con base en la cual, la fuerza pública en su integridad esta concebida para la defensa de la Nación, esto es el conjunto de seres humanos que intentan vivir en el territorio colombiano. Esta es la línea esencial de la política de defensa y de la gran misión que le asigna la carta política a las fuerzas militares y a la policía nacional."²⁹⁶

Asimismo, "el segundo objetivo, se relaciona con la misión fundamental de defensa de la Nación (...), son determinantes las finalidades primordiales de las fuerzas militares dentro del marco político, ideológico, económico, jurídico, cultural, ambiental, de derechos fundamentales que recoge, reconoce y regula la Carta Constitucional."²⁹⁷ Es decir, a partir de la misión prevista para fuerza pública en general, se obtienen elementos fundamentales para definir los lineamientos básicos de diferentes aspectos relevantes para la sociedad a los que hace referencia la carta política. Podría señalarse como ejemplos el tipo y la forma de Estado, el régimen jurídico de la propiedad privada, el derecho a la libre expresión, entre muchos otros.

Obsérvese lo señalado por la doctrina,"-la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional-, tienen un común denominador, **la defensa del ser humano**: integrante estructural

²⁹⁶ SEPÚLVEDA, Oswaldo. Constitución y Fuerza Pública, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá 1995, Pág. 77

²⁹⁷ Ídem Pág. 78

de la Nación; sujeto constitucional principal de la seguridad; titular de la soberanía de la cual emanan los poderes públicos y las administraciones necesarias para el desarrollo de los mandatos constitucionales; sujeto Estado legitimador de la existencia misma del Estado y de sus autoridades (comprendidas las militares y policiales), fundado en la dignidad humana: integridad territorial, entendida en términos relativos, como consecuencia de la fuerza que han cobrado los esquemas integracionistas y de formación de mercados por encima de las fronteras, y en cuyo espacio se desarrolla el ser humano, para lo cual el Estado debe generar las condiciones necesarias para su desenvolvimiento con dignidad."²⁹⁸ (Negrilla fuera de texto)

Si bien es cierto, es importante el papel de la fuerza pública dentro del Estado, éste tiende a acrecentarse y a adquirir mayor relevancia en situaciones de conflicto armado similares a las que ha atravesado el Estado colombiano. En términos generales se ha señalado como principios constitucionales para la fuerza pública,²⁹⁹ los siguientes: (I) Los derechos, garantías y libertades, constituyen el límite natural, constitucional, internacional y legal mas importante que tienen las fuerzas militares y de policía no solo en la definición de sus misiones constitucionales, sino en su dinámica cotidiana, en sus actuaciones y decisiones. (II) El principio de la prevalencia de los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia. (...) que en armonía con las normas del *jus cogens*, introduce reglas trascendentales para garantizar el respeto a la dignidad humana y la defensa y protección de los derechos fundamentales. (III) Principio de la subordinación del mal llamado poder militar al poder civil. La subordinación de lo militar es principio rector, fundamentalísimo de la noción de Estado social de derecho democrático. Surge de éste el "*principio de dependencia del ejecutivo que*

²⁹⁸ Ídem

²⁹⁹ Ídem Pág. 13, ver también los principios de organización de las fuerzas militares, de la disciplina persuasiva, de la disciplina político militar, del orden y de la obediencia reflexiva, de la disciplina policial, de proporcionalidad, entre otros.

indica que el poder de disposición de las fuerzas militares y de policía corresponde esencialmente al poder ejecutivo. (IV) Principio de la juridicidad de la fuerza pública, que expresa su sujeción al ordenamiento jurídico."

La "concepción del Estado (...) muestra los parámetros y los límites esenciales, la reglamentación y la proyección conductual de los servidores públicos que integran los organismos militares y de policía, en quienes se deposita la facultad de usar la violencia física ínsita al ordenamiento jurídico"³⁰⁰ Es así, como los miembros de la fuerza pública, en el ejercicio de las funciones encomendadas no podrán desplegar una conducta que vaya en contravía de los fines propios de un Estado social y democrático de derecho. En caso contrario deberán asumir la responsabilidad que en ellos recaigan, tal como ocurre con los demás servidores del Estado.

En efecto, los miembros de las fuerzas armadas y en general los miembros de la fuerza pública, son sujetos disciplinables al igual que los demás servidores del Estado, pero sometidos a unos regímenes especiales.³⁰¹ "En razón de las necesidades de seguridad y de defensa propias de la sociedad requieren de un singular régimen disciplinario, de evidente naturaleza jurídica, que preserve la unidad jerárquica y disciplinaria de esos cuerpos, atendiendo a las peculiaridades

³⁰⁰ Ídem Pág. 47

³⁰¹ Tener un régimen especial de carácter disciplinario significa "que existe un conjunto de normas singulares o particulares en las que se consagran las faltas, las sanciones, los funcionarios competentes para imponerlas y el procedimiento o trámite que debe seguir el proceso respectivo, incluyendo términos, recursos, etc., aplicables a un determinado grupo de personas, en este caso a los miembros de las Fuerzas Militares o de Policía Nacional, que se distinguen de las que rigen para los demás servidores del Estado, debido a la específica función o actividad que les corresponde cumplir. (...) Ahora bien, el régimen especial previsto constitucionalmente para las Fuerzas Militares forma parte del Derecho disciplinario general, que concierne a la facultad constitucional que tiene la Administración Pública de imponer a sus propios funcionarios sanciones previamente definidas, mediante ley, quienes, en tal calidad, le están sometidos a una especial sujeción. Con esta potestad disciplinaria se busca el logro de los fines del Estado mismo y particularmente asegurar el cumplimiento de los principios que gobiernan el ejercicio de la función pública." Corte Constitucional, Sentencia C - 431 de 2004 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Reitera las Sentencias C-310 de 1997, C-620 de 1998, C-675 de 1999, C-713 de 2001 y es reiterada en Sentencia C- 1079 de 2005 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

de sus funciones, en nada identificables con las de otros servidores públicos, sin perjuicio del poder disciplinario preferente que la Constitución y la ley han conferido a la Procuraduría General de la Nación.³⁰² Sobre ese tratamiento especial, la Corte Constitucional se ha pronunciado en el siguiente sentido:³⁰³

¿(...) qué significa tener un régimen especial de carácter disciplinario? Simplemente que existe un conjunto de normas singulares o particulares en las que se consagran las faltas, las sanciones, los funcionarios competentes para imponerlas y el procedimiento o trámite que debe seguir el proceso respectivo, incluyendo términos, recursos, etc., aplicables a un determinado grupo de personas, en este caso a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, que se distinguen de las que rigen para los demás servidores del Estado, **debido a la específica función o actividad que les corresponde cumplir**. Dicho régimen por ser especial prevalece sobre el general u ordinario, en este caso, sobre el Código Disciplinario Único. (negrilla fuera de texto).

Así, por medio de la Ley 836 de 2003, se expidió el reglamento del régimen disciplinario para las fuerzas militares y por medio de la Ley 1015 de 2006 el régimen disciplinario para la Policía Nacional. Con todo ello no significa que los servidores públicos no sean sujetos pasivos del régimen disciplinario general. Nótese cómo lo señaló la Corte Constitucional:

“(...) lo que constituye la diferencia específica de ese régimen frente al general aplicable a los demás servidores públicos es el señalamiento de una serie de faltas disciplinarias y de sus correspondientes sanciones, que son

³⁰² Procuraduría General de la Nación y Banco Interamericano de Desarrollo BID, La Función Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación a Propósito de la Investigación de los integrantes de la Fuerza Pública y de los servidores que Funciones de Policía Judicial, Edición Programa de Modernización PGN-BID, Colombia 2007, Pág 45

³⁰³ Colombia Corte Constitucional Sentencia C-310 de 1997 M.P. Carlos Gaviria Díaz, reiterada en Corte Constitucional Sentencia C-620 de 1998 M.P. Vladimiro Naranjo mesa, Corte Constitucional Sentencia C-710 de 2001 M.P. Jaime Córdoba Triviño y Corte Constitucional, Sentencia C - 431 de 2004 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

diferentes de las que pueden ser impuestas a la generalidad de los mencionados servidores públicos, y cuya previsión se justifica por la especial actividad que corresponde cumplir a las Fuerzas Militares. No obstante, esta especialidad del régimen disciplinario de los militares no impide que también estén sujetos a las normas del régimen disciplinario general de los servidores del Estado.”³⁰⁴

Es así que el artículo 12 de la Ley 836 consagra el principio de especialidad de la siguiente manera:

“Artículo 12. Especialidad. En desarrollo de los postulados constitucionales, al personal militar le serán aplicables las faltas y sanciones de que trata este régimen disciplinario propio, así como las faltas aplicables a los demás servidores públicos que sean procedentes.”

Continúa la Corte:

“Lo esencial del régimen especial es su aspecto sustancial - es decir el catálogo de faltas y sanciones especiales aplicables sólo a las Fuerza Militares- y no el aspecto procesal - es decir las normas rituales para hacer efectiva la responsabilidad disciplinaria -, aspecto este último que puede regularse por las normas generales del procedimiento disciplinario”.³⁰⁵

Ahora bien, efectuada esa precisión, la Corte Constitucional ha venido reiterando su posición jurisprudencial, según la cual, la aplicación de un régimen especial para la fuerza pública, como garantía, en atención a las funciones especialísimas que desempeña, no opera cuando el sujeto disciplinable incurre en comportamientos ajenos al ejercicio de sus funciones, quedando por tanto

³⁰⁴ Corte Constitucional, Sentencia C - 431 de 2004 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

³⁰⁵ Ídem

sometidos al régimen ordinario penal y disciplinario:³⁰⁶

"Los regímenes especiales disciplinarios sólo pueden comprender las regulaciones íntimamente vinculadas con su objeto específico. Para la Corte es claro que. (...) las conductas que trascienden la función propiamente militar o policiva, por carecer de relación directa con el servicio, no podrán quedar cobijadas dentro de las indicadas regulaciones, lo cual se predica, entre otros casos, de las conductas que violan los derechos humanos. Tales comportamientos quedan, entonces, sometidos a la normatividad ordinaria, penal o disciplinaria."

Posteriormente señaló:

"El régimen disciplinario especial de las Fuerzas Militares no puede incluir cualquier tipo de falta, sino únicamente aquellas relacionadas con la función militar, es decir aquellas cuya comisión afecta directamente el servicio público encomendado a tales Fuerzas."³⁰⁷

En un conflicto armado interno, la fuerza pública constituye una de las partes y en consecuencia está obligada a respetar las normas humanitarias. Su infracción, por cualquiera de las partes genera responsabilidad de naturaleza penal, que puede trascender incluso al ámbito internacional y produce efectos políticos y sociales que dificultan la consecución de una salida pacífica al conflicto. Pero si el infractor es un miembro de las fuerzas armadas del Estado, este comportamiento genera para él, además, responsabilidad de naturaleza disciplinaria, ya que no solo infringe las normas del DIH sino además el régimen disciplinario al que está sometido en su calidad de servidor público.

El numeral 34 del artículo 48 de la Ley 836 de 2003, establece como falta

³⁰⁶ Corte Constitucional Sentencia C-620 de 1998 M.P. Vladimiro Naranjo mesa

³⁰⁷ Corte Constitucional, Sentencia C - 431 de 2004 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

disciplinaria gravísima incurrir en cualquiera de las faltas definidas en los numerales 4 al 16 del artículo 48 de la ley 734 de 2002, es decir, incluye el numeral 7º que consagra como falta disciplinaria gravísima *'incurrir en graves violaciones del derecho internacional humanitario.'* Por su parte, la Ley 1015 de 2006 no prescribe como faltas disciplinarias este tipo de conductas, sin embargo, en su artículo 37 señala como 'otras faltas... el incumplimiento de los deberes consagrados en la Constitución Política, los tratados públicos ratificados por el Gobierno colombiano, las leyes y los actos administrativos'.

En ese orden de ideas, cuando los miembros de la fuerza pública incurran en conductas que infrinjan las normas humanitarias, deberá aplicarse el régimen disciplinario ordinario, ya que de acuerdo con la interpretación de la Corte, tales conductas trascienden la función propiamente militar y no guardan relación directa con el servicio. En consecuencia, la Procuraduría General de la Nación, en ejercicio del poder disciplinario preferente establecido en el artículo 277 de la Constitución Política y en el artículo 3º de la Ley 734 de 2002, será el Órgano competente para adelantar el juzgamiento de esas conductas.

El numeral 1º del artículo 34 y el numeral 1º del artículo 35 de la Ley 734 de 2002, establecen respectivamente el deber del servidor público de cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución y los tratados de derecho internacional humanitario, así como la prohibición de incumplir los deberes, abusar de los derechos y extralimitar las funciones contenidas en la Constitución y los tratados internacionales ratificados por el Congreso. Su desconocimiento es constitutivo de falta disciplinaria grave o leve según lo dispuesto por el artículo 50 de la misma reglamentación. Asimismo, como arriba se señaló, el numeral 7º del artículo 48 establece como falta gravísima, incurrir en graves violaciones al derecho internacional humanitario.

4.2.1.1 La posición de garante³⁰⁸ de los miembros de la fuerza pública

Es imperativo referir este tema, por cuanto la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Constitucional y ahora del Consejo de Estado han destacado la condición de garante de los miembros de la fuerza pública. “La posición de garante, fórmula jurídica que permite atribuir a un sujeto, como centro de imputación jurídica, un suceso que ha tenido ocurrencia por causa de la naturaleza o por obra de otra persona, es un asunto bien conocido en derecho penal; no así, en materia de responsabilidad administrativa.”³⁰⁹ En materia penal se ha referido de acuerdo con el ordenamiento jurídico penal que “algunas personas que tengan funciones de vigilancia o control, deben evitar resultados lesivos, y en caso de que no lo hagan pudiendo hacerlo quedarán sujetos a la pena contemplada en el delito de acción.”³¹⁰

Obsérvese lo señalado por la Corte Constitucional en Sentencia SU 1184 de 2001 con ocasión de los hechos acontecidos en Mapiripan:

“En una grave violación a los derechos fundamentales, la conducta del garante que interviene activamente en la toma de una población, es similar a la de aquel que no presta la seguridad para que los habitantes queden en una

³⁰⁸ “Como garante definiremos a aquél sujeto que tiene el deber jurídico (no moral) de vigilar y garantizar la indemnidad de uno o varios bienes pertenecientes a determinadas personas y que se hallan previamente individualizados. La incolumidad de tales bienes jurídicos exige protección y vigilancia, con los límites temporales y espaciales. Para tal fin, además del deber jurídico de abstenerse de iniciar procesos causales que conduzcan a la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos a su cuidado, debe evitar que un proceso causal en el curso también los produzca, y por ello deberá anular o desviar esos cursos causales, de lo contrario se le imputará el resultado cómo si él mismo lo hubiera causado, o responderá de una omisión pura agravada por el resultado según el caso”. Forero Ramírez Juan Carlos, *El Delito de Omisión en el Nuevo Código Penal*, Legis, Bogotá 2005 Pág. 55

³⁰⁹ GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. *Problemas Centrales del Derecho Disciplinario Colección de Derecho Disciplinario Volumen 1*, Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá 2009, Pág. 321

³¹⁰ Ob Cit. Forero Pág. 57 Asimismo “(...) la posición de garantía en si misma lleva implícita una situación material que exige frente al caso concreto una especial relación de dependencia entre garantido y garante y una situación de riesgo para los bienes jurídicos de aquél.

absoluta indefensión. En virtud del principio de igualdad, cuando la acción y la omisión son estructural y axiológicamente idénticas, las consecuencias deben ser análogas: Si la conducta activa es ajena al servicio, también deberá serlo el comportamiento omisivo.”

En materia disciplinaria, se ha señalado “todo servidor público debe responder personalmente por las tareas y por el ejercicio de la autoridad que se le delegue, en consecuencia, puede infringir la ley disciplinaria de manera directa por lo que haga o por lo que otros, bajo su vigilancia, hagan”.³¹¹ Vale la pena recordar que si bien en materia disciplinaria es posible incurrir en una infracción disciplinaria por acción o por omisión con mucha razón se ha señalado “el ilícito disciplinario es un fenómeno fundado en la deontología de los deberes, por tanto se impone su estructura como de infracción a un deber, surgida del quebrantamiento de un código de conducta por lo que la forma sustancial de la falta disciplinaria viene dada por una caracterización genética de la forma omisiva. Toda falta disciplinaria es, necesaria y suficientemente, una omisión del cumplimiento de un deber.”³¹² Podría señalarse que es posible incurrir en responsabilidad disciplinaria por la conducta de otro, en tanto existe un deber o una función frente a éste, que se incumple, tal vez de simple control y vigilancia.

Nótese el planteamiento de la Corte Constitucional:

“Un miembro de la fuerza pública puede ser garante cuando se presenten cualquiera de los dos fundamentos de la responsabilidad explicados: creación

³¹¹ GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Problemas Centrales del Derecho Disciplinario Colección de Derecho Disciplinario Volumen 1, Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá 2009, Pág. 321 Ver también artículo 34: Son deberes de todo servidor público: 10) Realizar personalmente las tareas que le sean confiadas, responder por el ejercicio de la autoridad que se le delegue, así como por la ejecución de las órdenes que imparta, sin que en las situaciones anteriores quede exento de la responsabilidad que le incumbe por la correspondiente a sus subordinados.

³¹² GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Problemas Centrales del Derecho Disciplinario Colección de Derecho Disciplinario Volumen 1, Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá 2009, Pág. 180

de riesgos para bienes jurídicos o surgimiento de deberes por la vinculación a una institución estatal.

a) Los peligros para los bienes jurídicos pueden surgir no sólo por la tenencia de objetos (una lámpara de gas, una teja deteriorada) armas (una pistola, una dinamita) animales (un perro desafiante), sino también de personas que se encuentran bajo nuestra inmediata subordinación. En efecto, en las relaciones de jerarquía, el superior con autoridad o mando, tiene el deber de tomar medidas especiales (deberes de seguridad en el tráfico) para evitar que personas que se encuentran bajo su efectivo control, realicen conductas que vulneren los derechos fundamentales. Vg. Si el superior no evita -pudiendo hacerlo- que un soldado que se encuentra bajo su inmediata dependencia cometa una tortura, o una ejecución extrajudicial, o en general un delito de lesa humanidad, por ser garante se le imputa el resultado lesivo³¹³

Recientemente se ha destacado la jurisprudencia del Consejo de Estado, en esta materia, al considerarla significativa, para efectos de la lucha contra graves violaciones a los Derechos Humanos y al derecho internacional humanitario ya que se enfatiza la posición de garante de autoridades públicas y su responsabilidad frente a hechos relevantes, relacionados con la situación política y social. Una de ellas la “posición de los miembros de la fuerza pública con respecto a las personas en peligro de sufrir los rigores de la violencia y por tanto de afectarse su vida e integridad personal”³¹⁴

Así, dijo el Consejo de Estado sobre la posición de garante en materia administrativa, a través de sentencia proferida el 4 de diciembre de 2007 dentro del expediente n.º 16.898, C.P. Enrique Gil Botero:

³¹³ Colombia Corte Constitucional Sentencia SU 1184 de 2001

³¹⁴ Gómez Pavajeau Carlos Arturo, Problemas Centrales del Derecho Disciplinario Colección de Derecho Disciplinario Volumen I, Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá 2009, Pág. 322

“Por posición de garante debe entenderse aquélla situación en que coloca el ordenamiento jurídico a un determinado sujeto de derecho, en relación con el cumplimiento de una específica obligación de intervención, de tal suerte que cualquier desconocimiento de ella acarrea las mismas y diferentes consecuencias, obligaciones y sanciones que repercuten para el autor material y directo del hecho.”

Ahora bien, en materia disciplinaria y concretamente frente a las infracciones a las normas del DIH, la posición de garante de los miembros de la fuerza pública ha sido una herramienta útil al momento de imputar las conductas principalmente a quienes plantean como estrategia defensiva el hecho de no haber cometido materialmente la conducta, en atención a qué a título de ejemplo, el disciplinado no disparó el arma, circunstancia que relativamente es de fácil demostración en tanto existe un control estricto en la provisión y gasto de armamento. A continuación obsérvese un caso típico que ilustra ampliamente la manera en que es aplicado el concepto de posición de garante.

4.2.1.2 Expediente n° 008-128241-05

Los hechos que motivaron la actuación disciplinaria fueron los siguientes:

El Comando del Batallón de Infantería No. 22 "Ayacucho" ordenó adelantar la operación No. 101 "Dorada", mediante el empleo de la Compañía "Furia" de la cual hacía parte el Sargento Primero José Nolberto Díaz Cortés quien iba al mando de un pelotón de soldados, con el fin de realizar control militar de área sobre los municipios (...) con el fin de capturar y o dar de baja en caso de resistencia armada a grupos de las OAML Frente 47 (...) de las ONT-FARC, Cuadrilla Cacique Calarcá, ONT ELN, reducto Oscar William Calvo ONT EPL, Autodefensa ilegales, para brindar sensación de seguridad a la población civil, y a los miembros de las comunidades indígenas de los resguardos y Cabildos del Departamento de Caldas.

En desarrollo de dicha operación, el día 27 de diciembre de 2003, en la vereda “Bajo Sevilla” del municipio de Supía (Caldas), incursionó el Sargento Primero José Norberto Díaz Cortés al mando de un pelotón de soldados perteneciente al Batallón (...) con los que ocasionó la muerte a Sabaraín Calvo Aricapa y Norberto Calvo Tapasco. La muerte de los señores (...) fue presentada a la opinión pública como un resultado positivo en contra de la cuadrilla “Aurelio Rodríguez” de las ONT FARC, siendo el primero de ellos referido como Jefe de Finanzas con el alias de Manolo y el segundo como un NN.

Algunos familiares y vecinos de los señores Calvo declararon que se encontraban en el trapiche comunitario y llegaron varios soldados al mando del Sargento Díaz y retuvieron por la fuerza a Norberto y minutos mas tarde llegó su papá Sabaraín quién trato de impedir la retención, pero también se lo llevaron y a unos pocos metros del lugar los mataron a ambos, previa simulación de un combate. Los señores Calvo no portaban ningún tipo de arma.

Con base en los hechos narrados, el 24 de julio de 2007, la Procuraduría Delegada formuló pliego de cargos contra el disciplinado, el Sargento Primero José Nolberto Díaz Cortés, imputándoles la presunta infracción del numeral 7° del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, por transgredir las normas del derecho internacional humanitario.

La defensa, en el momento procesal oportuno solicitó que se decretara la nulidad por violación al debido proceso al considerar que no obraba en el expediente prueba demostrativa de que el investigado hubiera ocasionado directamente la muerte de los señores Sabarain Calvo Aricapa y Carlos Norberto Calvo Tapasco accionando su arma de dotación. Obsérvese lo señalado por la Procuraduría Delegada frente al la petición de la defensa, con apoyo además en lo preceptuado

por la Corte Constitucional en la sentencia SU-1184 de 2001:

En el caso concreto, no resulta imprescindible la prueba que indique que el investigado fue quien accionó el arma homicida, puesto que su calidad de comandante de las tropas involucradas y su presencia en el lugar de los hechos le confirieron posición de garante respecto de los particulares momentáneamente retenidos, luego el resultado 'muerte' le es imputable con independencia de que su conducta haya sido activa u omisiva.

Y agregó reiterando anterior decisión en materia de derechos humanos:

“En materia de autoría, el legislador disciplinario dispuso que el autor y el determinador, son disciplinables y destinatarios de la ley disciplinaria, sin que se vislumbre diferenciación alguna que permita establecer modalidades de participación en la conducta disciplinable, es decir, no se presenta la categorización de autor, coautor, cómplice, etc., acogiendo la noción unitaria de autor.

En otras palabras, **no se contemplan modalidades diferentes de autoría, porque autor de la falta es todo aquél que participe en la comisión de la misma.** No es autor el que golpeó o el que colocó las esposas, ya que sencillamente aquí existe una unidad de intervención, si bien, cada servidor público agotó actos diferentes y por ello infringió una norma disciplinaria con éstos, lo hace dentro de un mismo contexto de unidad, es decir, en este caso los detectives se tienen como autores con independencia del aporte causal, pues se acoge la teoría de la equivalencia de las condiciones; no se presenta la accesoriedad, pues los roles de cada disciplinado en la conducta son autónomos y no acceden a otros.” (Exp. 008-104185-04, Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos).

Asimismo citando al ex Viceprocurador General de la Nación señala:

“Como las faltas disciplinarias son constitutivamente tipos de infracción de deber, tiénese que, respecto de la autoría, no importa qué tan importante o no fue lo que hizo el sujeto: siempre será autor, por cuanto se encuentra en posición de garante.”

La pena impuesta al disciplinado fue destitución e inhabilidad general para el ejercicio de cargos públicos por el término de 20 años.³¹⁵

4.2.2 El conflicto armado en el proceso de adecuación típica disciplinaria

Con anterioridad se dedicó parte del estudio a analizar aspectos jurídicos del concepto de conflicto armado sin carácter internacional. Ahora se señalarán brevemente las condiciones fácticas en que se ha desenvuelto y la posición que frente a dicha situación ha asumido el gobierno nacional. Esta referencia se hace por cuanto, el juez disciplinario se enfrenta a una y otra circunstancia al momento de calificar una conducta como infracción al derecho internacional humanitario. Seguidamente veremos el tratamiento jurídico disciplinario que se ha impartido.

4.2.2.1 El conflicto armado colombiano, como presupuesto para la aplicación de las normas humanitarias

Al estudiar el tema planteado, es necesario conocer las características del conflicto armado que se ha vivido en Colombia, en la medida en que su existencia constituye un presupuesto fundamental para la aplicación de las normas del DIH. En efecto, como atrás se refirió "por expresa disposición convencional se excluyen del ámbito de aplicación del DIH los casos de grave violencia interna calificados

³¹⁵ Ver en el mismo sentido fallos proferidos dentro de los procesos disciplinarios radicados n.º 008-142262-2006 de 29 de octubre de 2010 y 02-170314-08 de 7 de junio de 2011

como tensiones internas o disturbios interiores"³¹⁶

Vale la pena recordar que el numeral 2º, artículo 1º del Protocolo II, adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, refiriéndose a su ámbito de aplicación material, señala que éste "no se aplicara a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos de violencia y otros actos análogos que no son conflictos armados". Criterio que como también se dijo ofrece dificultad al momento de calificar si los hechos presentados en el territorio de un Estado constituyen un conflicto armado o si por el contrario, estos se pueden catalogar como tensiones o disturbios internos,³¹⁷ excluidos de la aplicación del DIH.

Tal dificultad ofrece el tema, que el hecho de haberse reconocido la existencia en Colombia de un conflicto armado interno por parte de gobiernos anteriores, como el de Ernesto Samper y el de Andrés Pastrana, fue catalogado por el gobierno anterior como un "grave error."³¹⁸ A través de comunicado, el ex Alto Comisionado para la Paz, señaló con vehemencia, el "conflicto armado interno es el término contemporáneo que se utiliza para designar una situación de guerra civil. No es ese el caso de Colombia. Aquí no podemos hablar de enfrentamiento de dos sectores de la población que dirimen sus diferencias por las armas."³¹⁹

En dicho comunicado se hace referencia a la existencia de grupos armados al margen de la ley, que gracias a los recursos provenientes de actividades ilícitas

³¹⁶ RAMELI ARTEAGA, Alejandro. La Constitución Colombiana y el Derecho Internacional Humanitario. Universidad Externado de Colombia. 2ª edición, Bogotá 2003. Pág. 49 Ver también el numeral primero y segundo del artículo 1º del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, Pág. 49

³¹⁷ *Ibidem*, Ver las características propias de este tipo de situaciones Pág. 49 y SS

³¹⁸ Restrepo Ramírez Luís Carlos, Alto Comisionado para la Paz, ¿Conflicto armado o amenaza terrorista?. Citado el 10 de noviembre de 2011

³¹⁹ *Ídem*

como el narcotráfico, logran financiar ataques terroristas contra la población civil, la infraestructura y las autoridades políticas del nivel regional. Sin embargo, de manera expresa se salvaguarda el respeto y acatamiento a las normas del DIH al señalar que “ni el gobierno dejará de educar a los miembros de la Fuerza Pública en el respeto al DIH, ni se violarán los derechos fundamentales de los terroristas cuando caigan bajo el poder de las autoridades. Tampoco se violará, como dicen algunos, el principio de distinción, que obliga a las Fuerzas Armadas a respetar a los civiles.”³²⁰

Asimismo, para José Obdulio Gaviria, ex asesor presidencial de la anterior administración, “-definir una confrontación interna como conflicto armado interno es darle categorías de fuerzas beligerantes (...) a unos grupos a los que antes se maltrataba de palabra y obra. Esa parece ser también la posición del gobierno.”³²¹

Con todo, recientemente, el Gobierno del Presidente Juan Manuel Santos reconoció con ocasión del trámite legislativo de la Ley de Víctimas que en Colombia si existe conflicto armado interno.³²² Sin duda, el reconocimiento expreso es un tema fuertemente ligado a la posición política del gobierno de turno, frente a los graves hechos que se han presentado en Colombia. Sin embargo, puede válidamente afirmarse, como lo hizo la Corte Constitucional, con fundamento en el numeral 2, artículo 214 de la Constitución Política que “el derecho internacional humanitario, incluyendo obviamente el Protocolo II, se aplica en todo caso, sin que sea necesario estudiar si el enfrentamiento alcanza los niveles de intensidad exigidos por el artículo 1° estudiado”.³²³ Es decir, “según la

³²⁰ Ídem

³²¹ NIETO NAVIA, Rafael. Anuario Colombiano de Derecho internacional ACIDI, Asociación Cavalier del Derecho; Universidad del Rosario, ¿Hay o no hay conflicto armado en Colombia?, Bogotá 2002, Pág. 140

³²² http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/S/santos_dijo_que_en_el_pais_si_hay_conflicto_armado/santos_dijo_que_en_el_pais_si_hay_conflicto_armado.asp citado el 02 de mayo de 2012

³²³ Corte Constitucional, Sentencia C-225 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero

Corte Constitucional, la discusión acerca de si en Colombia, para aquél entonces (1995) existía un conflicto armado, en los términos del artículo 1° del Protocolo II de Ginebra de 1977, resultaba irrelevante por cuanto la Constitución dispone que - En todo caso se respetarán las reglas del derecho Internacional humanitario-”³²⁴, normatividad vigente en la actualidad, por lo que esta posición podría ser acogida en los mismos términos.

A continuación se hará una breve referencia a los aspectos mas relevantes de la historia del "conflicto armado colombiano", ya que así ha sido denominado por algunos especialistas en el tema".³²⁵ En efecto “la violencia política, las guerras civiles y los conflictos armados de carácter nacional o regional han sido frecuentes. Este tipo de circunstancias existe en el proceso de formación del Estado colombiano desde el siglo pasado, hace parte de la dinámica política en medio de la cual se han sentado las bases constitucionales y legales de nuestra nación y reaparece en el conflicto armado interno surgido a mediados del presente siglo, que se prolonga hasta nuestros días.”³²⁶

Frecuentemente, se tiene como punto de referencia el 9 de abril de 1948, en el que “tras el asesinato del caudillo liberal Jorge Eliécer Gaitán en Bogotá, se produjo un desbordado alzamiento, (...) este fue el inicio de una fase de violencia inusitada, que (...) produjo, como reacción, un fuerte movimiento guerrillero principalmente en los llanos orientales, prolongado hasta el año de 1953.”³²⁷

³²⁴ Ob cit. Ramelli, Jurisprudencia Penal Internacional, Pág. 119

³²⁵ Ver sobre él conflicto armado en Colombia a Ramírez Ocampo Augusto, Conflicto y Seguridad Democrática en Colombia, Temas críticos y Propuestas, Fundación Social Friedrich Ebert Stiftung en Colombia, Pág. 20; Vargas Alejo, Las Fuerzas Armadas en el conflicto colombiano - antecedentes y perspectivas, intermedio Editores. Bogotá 2002 y Villarraga Sarmiento Álvaro. Derecho Internacional Humanitario Aplicado. Casos de Colombia, El Salvador, Guatemala, Yugoslavia y Ruanda, TM Editores - Oficina del Alto Comisionado para la Paz, Bogotá 1998, ente otros.

³²⁶ VILLARRAGA SARMIENTO, Álvaro. Derecho Internacional Humanitario Aplicado. Casos de Colombia, El Salvador, Guatemala, Yugoslavia y Ruanda, TM Editores - Oficina del Alto Comisionado para la Paz, Bogotá 1998, Pág. 259

³²⁷ A. Villarraga Ob. cit. Pág. 261

Asimismo, se refiere el denominado Frente Nacional como “una nueva ola de violencia política, ligada ahora a discursos de transformación revolucionaria del Estado.”³²⁸

La confluencia de factores políticos, de profundas diferencias sociales y económicas, constituyen el punto de partida para el inicio del conflicto que hoy aqueja a nuestra sociedad y que ya no se presenta con las mismas características de hace cuatro décadas debido a la influencia de nuevos actores como el paramilitarismo, el narcotráfico y la extrema pobreza. Así lo han señalado los especialistas:

Se ha referido "dentro de los factores adicionales que favorecen el conflicto, el narcotráfico se ubica en primer lugar - especialmente los cultivos, que se convierten en fuente de rentas para la financiación de la guerra -. También intervienen el colapso del aparato de justicia como elemento de regulación de las conductas sociales, la impunidad, la pérdida de la confianza como valor social de cohesión y la aparición de conductas delincuenciales y corruptas asociadas a la gestión del Estado"³²⁹

En ese panorama. *La Población Civil* posa como una de las principales víctimas del conflicto armado. Con razón se ha señalado: "Desde antes de la guerra fría la teoría clásica había empezado a fallar y los conflictos habían tomado formas muy diversas, que no correspondían a la idea de enfrentamiento entre Estados o sociedades por lo que estos percibían como sus 'intereses'. Las guerras actuales, tienen un perfil radicalmente diferente, sin principio ni fin, a veces sin racionalidad aparente, sin respeto de las 'leyes de la guerra', con una marcada tendencia a

³²⁸ VARGAS, Alejo. *Las Fuerzas Armadas en el Conflicto Colombiano – Antecedentes y Perspectivas*, Intermedio Editores, Bogotá 2002, Pág. 231

³²⁹ VARGAS, Alejo. *Las Fuerzas Armadas en el Conflicto Colombiano – Antecedentes y Perspectivas*, Intermedio Editores, Bogotá 2002, Pág. 224

disparar más sobre las poblaciones civiles que sobre adversarios armados."³³⁰

Efectuadas las anteriores precisiones se revisará ahora la posición que frente a la determinación del conflicto armado ha adoptado el órgano de control disciplinario. Si bien se mencionó, ya que en vigencia de la Ley 200 de 1995 se produjeron algunas decisiones con fundamento en la normatividad internacional, en las que se hicieron las referencias ya aludidas al tema específico del conflicto armado interno, es en una etapa más avanzada de efectividad del derecho disciplinario como instrumento de represión de esas conductas infractoras, que la Procuraduría General de la Nación, como órgano de control, de manera valiente y valerosa, en contradicción directa de las afirmaciones efectuadas por el gobierno de turno, no sólo reconoce que en Colombia existe un conflicto armado no internacional que demanda la aplicación del Derecho Internacional Humanitario para proteger los derechos de la población civil, sino hace importantes anotaciones al respecto.

Veamos, el operador disciplinario se formula el siguiente interrogante al momento de proferir fallo de primera instancia.³³¹

“¿Se debe aplicar la normativa del Derecho Internacional Humanitario dada la situación que afronta el Estado Colombiano?

La respuesta es sí, por cuanto el Estado colombiano viene padeciendo una situación de enfrentamiento armado con organizaciones al margen de la

³³⁰ V. Alejo Ob. cit., Pág. 54, tomado de Meyer, Jean, presentación del número monográfico de la revista *Istor* sobre “La guerra y la paz”, año II n.º 8. México, Centro de Investigación y Docencia Económica CIDE, División de Historia, primavera 2002

³³¹ Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, fallo de primera instancia 008-74002-2002 de 28 de noviembre de 2008. En el mismo sentido se observaron los fallos de primera instancia proferidos en la fecha que se señala dentro de los siguientes procesos disciplinarios: 008-105737-2004 de 4 de diciembre de 2008; 008-123465-2005 de 16 de diciembre de 2008; 008-103453-2004 del 18 de diciembre de 2008; 008-74154-2002 de 18 de diciembre de 2008; 008-106191-2004 de 18 de diciembre de 2008; 008-128241-05 de 18 de diciembre de 2008; 008-91217-03 de 18 de diciembre de 2008; 008-98537-04 de 30 de enero de 2009; 008-95138-03 de 29 de enero de 2009; 008-108899-2004 de 31 de marzo de 2009.

ley cuya duración tiene varios lustros. Ese enfrentamiento, sin lugar a dudas, permite calificar la situación como de conflicto armado de carácter interno, que obliga a la aplicación de las normas del derecho internacional humanitario.”

Después de mencionar las exigencias del artículo 1 del Protocolo de 1977 para considerar que se está frente a una situación de conflicto armado interno y de referir la Jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, organismo que dijo, existe conflicto armado siempre que se recurra a la fuerza armada entre los Estados o violencia armada prolongada entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados.” (Caso Tadic. Segunda instancia del 2 de octubre de 1995) y de mencionar algunas posiciones de la doctrina, continúa:

“Lo cierto es que la situación de violencia generalizada que vive el Estado colombiano reúne todas las condiciones enunciadas para que se asevere sin vacilación alguna que estamos en presencia de un conflicto armado que demanda la aplicación de la normativa internacional humanitaria, puesto que no existe discusión sobre el carácter de cuerpos armados organizados de grupos como la guerrilla y las autodefensas; así como la posibilidad que éstos tienen de realizar operaciones militares sostenidas y concertadas. Estas características son un hecho notorio que no requieren de prueba.

Es cierto que actualmente el Gobierno Nacional rehúsa la existencia del conflicto armado. Sin embargo, esta negativa no impide a las instancias judiciales o disciplinarias, en este caso, a la Procuraduría General, señalar que el estado de cosas que se están presentado a lo largo y ancho del país, no es más que la manifestación de un conflicto armado cuyos actores son, entre otros, el Estado, las organizaciones guerrilleras y los grupos de

autodefensas, quienes se vienen enfrentando entre sí por años.³³²

Ahora bien, es preciso señalar que fallos proferidos en la materia con posterioridad a los que se mencionaron al margen, si bien refieren y reconocen expresamente la existencia de un conflicto armado en Colombia para dar paso a la aplicación de la normatividad humanitaria, lo hacen de una forma más ligera sin acudir a mayores consideraciones sobre el particular, lo cual puede obedecer a que el tema a estas alturas se estime lo suficientemente decantado o a que frente al reconocimiento expreso hecho por el gobierno actual sobre la presencia en el territorio Colombiano de esa circunstancia, no sea necesario hacer mayor referencias.

Vale la pena verificar como se hará a continuación, qué autoridad determina la existencia de un conflicto armado sin carácter internacional y si la Procuraduría General de la Nación podía ocuparse de ese particular, como en efecto lo hizo. Veamos:

4.2.2.2 La existencia de un conflicto armado en Colombia. ¿Quién la determina?

Como lo ha señalado la Corte Constitucional los instrumentos que consagran las normas del DIH no establecen qué autoridad nacional o internacional tiene atribuida la función de determinar o señalar la existencia de un conflicto armado interno, por lo que la doctrina en un primer momento señaló al Estado en el que se

³³² Lo anterior lleva a concluir que la determinación de si el Estado colombiano está o no en conflicto armado no depende de la calificación que sobre el particular pueda hacer el gobierno de turno, sino de las circunstancias fácticas que se estén viviendo. En consecuencia, no se requiere de un acto gubernamental que formalmente reconozca la existencia de aquel, para que los operadores jurídicos y disciplinarios puedan calificar la situación y determinar que ella exige la aplicación de la normativa diseñada para las situaciones de conflicto, pero, en especial, para exigir la protección de quienes no están participando directamente de las hostilidades propias del conflicto, objetivo principal del derecho internacional humanitario. Basta, como lo señala el artículo 8.2 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que al interior de un territorio de un Estado parte exista un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre éstos, para que se presuma la existencia del conflicto y por ende la aplicación de las normas humanitarias.

desarrollan los hechos como el responsable de constatar y declarar su existencia. Sin embargo, se ha señalado “(...) es usual que los gobiernos prefieran recurrir a otras variedades de calificativos antes que aquél de conflicto armado interno: alteración del orden público; actos de terrorismo; bandolerismo, etcétera.”³³³

Por lo anterior, obsérvese lo señalado sobre el particular por el Tribunal Penal Internacional de Ruanda en el caso Fiscal vs. Jean Paul Akayesu, en sentencia proferida el 2 de septiembre de 1998:

“conviene señalar que la labor de determinar la intensidad del conflicto que no presenta un carácter internacional no se deja a la apreciación subjetiva de las partes en conflicto. Conviene recordar que los cuatro convenios de Ginebra, así como los dos protocolos, tienen por vocación proteger a las víctimas, y a aquellas que lo sean en potencia, de los conflictos armados. Si la aplicación del derecho internacional humanitario dependiese únicamente de la aplicación subjetiva de las partes en conflicto, aquellas tendrían la tendencia a minimizar la intensidad de aquel.”³³⁴

Es así que “suele suceder que sean instancias judiciales internacionales, de derechos humanos o de derecho penal internacional, las que califiquen una situación de violencia interna, en términos de conflicto armado interno, bien sea

³³³ Corte Constitucional, Sentencia C-291 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

³³⁴ Decisión consultada en <http://www.unictt.org/Portals/0/Case/English/Akayesu/judgement/akay001.pdf> “It should be stressed that the ascertainment of the intensity of a non-international conflict does not depend on the subjective judgment of the parties to the conflict. It should be recalled that the four Geneva Conventions, as well as the two Protocols, were adopted primarily to protect the victims, as well as potential victims, of armed conflicts. If the application of international humanitarian law depended solely on the discretionary judgment of the parties to the conflict, in most cases there would be a tendency for the conflict to be minimized by the parties thereto.” Traducción extraída de Jurisprudencia Penal internacional Aplicable en Colombia, Ramelli Arteaga Alejandro, GIZ, Universidad de los Andes, Embajada de la República Federal de Alemania, Bogotá 2011, Pág. 104

para efectos de determinar la responsabilidad internacional del Estado, o para establecer la responsabilidad penal de un individuo”³³⁵.

Ello no significa que los jueces al interior de un Estado tengan la posibilidad de reconocer a través de sus providencias la existencia de un conflicto armado interno. Sin embargo, en el caso específico colombiano, se considera oportuno señalar a continuación algunos pronunciamientos proferidos por la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, en los que estas instancias judiciales han reconocido la existencia del conflicto armado en Colombia:

En primer término, la Corte Suprema de Justicia en decisión de segunda instancia proferida dentro del marco de la Ley de Justicia y paz consideró:

“No desconoce la Sala que el reconocimiento de la existencia de un conflicto armado es un acto político de complicadas consecuencias que no corresponde declarar a la Judicatura, pero esa situación no impide que exclusivamente, para efectos de la aplicación de la ley de Justicia y Paz, conforme su naturaleza y fines, el operador judicial, al momento de investigar y juzgar las conductas que pueden encajar en las descripciones típicas de los “delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario”, verifique la existencia de esa situación en aras de salvaguardar los valores protegidos por el derecho internacional humanitario, que están por encima de cualquier consideración política.

En este sentido, la verificación judicial de que ciertos comportamientos se encuentran vinculados con el conflicto armado se halla legitimada en el contexto de la ley 975 de 2005, precisamente porque el acto político ya ha sido consignado expresamente dentro de los fundamentos de la norma, en particular, cuando allí se establecen como fines de la misma, la consecución

³³⁵ Ramelli Arteaga Alejandro, GIZ, Universidad de los Andes, Embajada de la República Federal de Alemania, Bogotá 2011, Pág. 113

de la paz y la reconciliación nacional, significando de entrada que la desmovilización que allí se consagra opera respecto de miembros de grupos armados al margen de la ley, cuyo accionar no podría desvincularse del DIH.”³³⁶

En ese orden de ideas, como lo refiere la doctrina, de este pronunciamiento pueden extraerse tres conclusiones fundamentales:

“1) la declaratoria de la existencia de un conflicto armado interno es un acto esencialmente político, ajeno a la actividad judicial, lo cual daría a entender que aquello es de competencia exclusiva del jefe de Estado, o incluso, del Congreso de la República; 2) para el caso específico de la ley de Justicia y Paz se debe considerar que existe un conflicto armado en Colombia, por cuanto éste fue el supuesto normativo del cual partió el legislador; y 3) el funcionario judicial, con todo, puede verificar si un determinado comportamiento se encuentra vinculado con el conflicto armado.”³³⁷

Ahora bien, la Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad de la Ley 975 de 2005, denominada Ley de Justicia y Paz hizo la siguiente referencia:

“El legislador aprobó la ley 975/05 en tanto instrumento para materializar la paz en el país; esto es, como un medio para superar el **conflicto armado interno que afecta a Colombia hace varias décadas**.

(...)

Al valor de la paz no se le puede conferir un alcance absoluto, ya que también es necesario garantizar la materialización del contenido esencial del valor de la justicia y del derecho de las víctimas a la justicia, así como los demás derechos de las víctimas, a pesar de las limitaciones legítimas que a

³³⁶ Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 21 de septiembre de 2009, radicado 32.022, Postulado Giancarlo Gutiérrez Suárez, consultada en <http://190.24.134.69/busquedadoc/FULLTEXT.ASPX>

³³⁷ Ramelli Arteaga Alejandro, GIZ, Universidad de los Andes, Embajada de la República Federal de Alemania, Bogotá 2011, Pág. 118

ellos se impongan para poner fin al **conflicto armado.**" (Negrilla fuera del texto)³³⁸

Así las cosas, si bien no se cuenta con disposiciones jurídicas que determinen a quién o qué autoridad nacional o internacional le corresponde declarar o determinar la existencia de un conflicto armado interno, en un primer momento se ha considerado que es una atribución propia de los Estados afectados por esa situación. Sin embargo, ante la tendencia que sean precisamente los Estados y en general las partes en conflicto los que no admitan calificar una situación de violencia como tal, nada obsta para sean los jueces o tribunales internacionales quienes en ejercicio de su función lo determinen e incluso nada obsta para que lo hagan los jueces al interior de un Estado. Analizar y calificar si en una situación grave de violencia se presentan los presupuestos objetivos señalados por el artículo 3° común o por el artículo 1° del Protocolo Adicional II, será necesario, en primer término para establecer si es preciso aplicar las normas del DIH. Seguidamente le corresponderá al juez determinar si un hecho guarda relación con el conflicto armado.

Ahora bien, es pertinente para el objeto de estudio determinar si la Procuraduría General de la Nación cómo máximo órgano de control disciplinario del Estado colombiano, que goza de autonomía e independencia según disposición constitucional, estaría facultada para establecer en sus fallos disciplinarios, como en efecto lo ha hecho, si la situación de violencia que se presenta en el Estado colombiano constituye o no un conflicto armado interno.

Si cómo anteriormente se refirió, nada obsta para que sean los jueces en ejercicio de sus funciones los que determinen en sus providencias la existencia de un conflicto armado interno, podría considerarse que, si cómo lo ha referido un sector de la doctrina y de la jurisprudencia, la función disciplinaria conlleva la función de

³³⁸ Corte Constitucional Sentencia C – 370 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda

administrar justicia en sentido material, tampoco nada obsta para que la Procuraduría General de la Nación indique en sus providencias que una situación de violencia grave constituye un conflicto armado interno. Veamos brevemente porqué se hace esta afirmación.

Precítese en primer término que la Procuraduría General de la Nación no hace parte de la rama judicial, sino que forma parte de los Organismos de Control del Estado.³³⁹ Asimismo es “titular del ejercicio preferente del poder disciplinario (...).”³⁴⁰ Con todo, la Corte Constitucional en diversas oportunidades ha resaltado su función de “juez disciplinario”, en un primer momento refirió cómo “en materia disciplinaria también rige el principio de juez natural”,³⁴¹ posteriormente en una decisión de tutela advirtió que resolvería los problemas jurídicos planteados teniendo como punto de referencia el “respeto por la autonomía e independencia constitucional de la Procuraduría General de la Nación en tanto juez disciplinario”³⁴² y seguidamente dijo: “el ejercicio de la potestad disciplinaria del Estado plantea un espacio en el que también se imparte justicia”³⁴³ y continúa “las autoridades disciplinarias despliegan una actividad con contenidos materiales propios de la función de administrar justicia”.

De igual manera señaló la Corte, al referir la procedencia excepcional de la acción de tutela contra decisiones administrativas que “de acuerdo con la doctrina constitucional, hay lugar al amparo constitucional de los derechos fundamentales vulnerados en el curso de una actuación administrativa en la que materialmente se cumple la función de administrar justicia, tal como ocurre, por ejemplo, con (...) los

³³⁹ Artículo 275 Constitución Política

³⁴⁰ Numeral 6 Artículo 277 Constitución Política y Artículo 3 Ley 734 de 2002

³⁴¹ Corte Constitucional Sentencia C-429 de 2001 M.P Jaime Araújo Rentería.

³⁴² Corte Constitucional Sentencia T-1093 de 2004 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

³⁴³ Corte Constitucional Sentencia C-014 de 2004 M.P. Jaime Córdoba Triviño

procesos disciplinarios que se tramitan en la Procuraduría General de la Nación.”³⁴⁴

Por su parte el Consejo de Estado ha señalado “la Procuraduría como órgano de vigilancia de la conducta oficial de los empleados públicos, tiene la potestad de interpretar las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias pertinentes al caso, para proferir la decisión que corresponda.”³⁴⁵ Señala el profesor Gómez Pavajeau, “están expuestas de manera clara e incontrovertible, las razones materiales que nutren la idea de justicia material, la cual es administrada formalmente por los jueces pero también por los operadores jurídicos de la función disciplinaria.”³⁴⁶ Obsérvese lo señalado por la Corte Constitucional, según la cual se actúa como verdadero juez cuando “se interpreta la ley y se le da aplicación en los casos particulares y concretos, dirime conflictos, y, en general aplica el derecho a casos específicos”,³⁴⁷ nada diferente a lo que hace éste órgano de control al proferir un fallo disciplinario.

En ese orden de ideas, el juez disciplinario al decidir si un hecho constituye una infracción grave al derecho internacional humanitario, deberá previa y necesariamente determinar si los hechos fueron cometidos en el contexto de un conflicto armado interno, razonamiento que le es ineludible, inevitable y forzoso. No podría omitir esa labor, hace parte de un razonamiento lógico para efectos de aplicar las normas del DIH. Como se ha señalado, “quien asuma la función

³⁴⁴ Corte Constitucional Sentencia SU-901 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño

³⁴⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 4 de abril de 2000 C.P. Roberto Medina López

³⁴⁶ GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Problemas Centrales del Derecho Disciplinario Colección de Derecho Disciplinario Volumen 1, Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá 2009, Pág. 78

³⁴⁷ Corte Constitucional Sentencia C-037 de 1996 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

material de administrar justicia no puede olvidar que, -el hombre que asume funciones jurídicas se encuentra inevitablemente llamado a razonar-³⁴⁸

Sin embargo, la naturaleza de la función disciplinaria es ampliamente discutida, circunstancia que todavía no ha sido resuelta y que no es pertinente definir en este estudio. En todo caso, de no aceptarse ésta postura, en nuestra opinión, la Procuraduría General de la Nación si puede, no sólo en sus providencias disciplinarias sino a través de diferentes actos administrativos a través de los cuales materializa sus funciones, señalar que existe un conflicto armado interno, siempre que se reúnan las condiciones que lo caracterizan, principalmente porque es un órgano llamado por la Constitución Política a cumplir funciones de trascendental importancia en diferentes ámbitos de la organización del Estado, en los que se destaca la protección de los derechos humanos.

4.2.3 Infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario

Ahora bien, en punto a establecer, cuáles son las “infracciones graves al derecho internacional humanitario”, por supuesto, no podría afirmarse válidamente que todo comportamiento desplegado por un servidor público que ostente la calidad de parte, en el marco de un conflicto armado interno, y que infrinja con su comportamiento las normas del Derecho Internacional Humanitario ha incurrido en una grave infracción a esa normatividad y por tanto en una falta gravísima. Se impone la necesidad de establecer cuales son las faltas consideradas como “graves” y por tanto, faltas disciplinarias gravísimas.

Sobre el particular se ha señalado que “para la correcta aplicación de este tipo de normas, desde el principio el juez disciplinario debe determinar cuál es el conjunto

³⁴⁸ GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Problemas Centrales del Derecho Disciplinario Colección de Derecho Disciplinario Volumen 1, Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá 2009, Pág. 71 Tomado de Kalinowski Georges, Introducción a la Lógica Jurídica, Buenos Aires EUDEBA, 1973 Pág. 145

normativo aplicable a la situación particular (...) ya que el fundamento y las normas sustantivas aplicables para la solución del caso son bien distintas. Es importante la fijación del escenario jurídico en la medida en que una equivocación en este campo podría llegar a configurar la violación del principio de legalidad, y por esa vía, arrastrar el proceso al fracaso, acentuar los índices de impunidad y exponer al Estado a un justo reclamo internacional.”³⁴⁹

En el ámbito internacional no todas las infracciones al DIH son consideradas como –graves- y por consiguiente, el numeral 7° de la Ley 734 de 2002 tiene un alcance restringido en este sentido, pero al parecer la diferencia entre las conductas que ostentan y las que no ostentan esa condición está claramente resuelta en los instrumentos internacionales que expresan a qué conductas se les atribuye la condición de –grave-, de lo que se deriva que las que no gozan de esa calificación, no la tienen y por tanto no podrán ser imputadas en el ámbito disciplinario como faltas gravísimas.

Si se acude al artículo 3° común a los 4 Convenios de Ginebra de 1949 o al Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra no encontramos referencia de lo que debe entenderse por “infracciones graves” al DIH. Para algunos especialistas, la solución a esa deficiencia, está en la aplicación de otras disposiciones, que si bien, no son las contempladas o previstas para regular los conflictos armados internos, hacen parte de esa misma normatividad.³⁵⁰ Por ello la Corte Constitucional ha señalado:

“La aplicación de tales normas a los conflictos armados internos es aún más evidente, por cuanto la Constitución señala que ‘en todo caso se respetarán las normas del derecho internacional humanitario’. Además,

³⁴⁹ GAITÁN PEÑA, Jorge Eliécer. Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Disciplinario, Lecciones de Derecho Disciplinario, Volumen 8, Instituto de Estudios del Ministerio público, Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario, Bogotá 2008 Pág. 99 y ss

³⁵⁰ Ob cit. Gaitán Peña. Pág. 19

incluso en aquellos casos en los que no exista norma escrita, las víctimas de los conflictos armados no internacionales se encuentran protegidas por los principios de humanidad, según se desprende no sólo de la Cláusula Martens sino del artículo 94 de la Carta, el cual expresa la misma filosofía de esta cláusula, pues precisa que la enunciación de derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.³⁵¹

En ese orden de ideas, los conceptos que se deben tener en cuenta al momento de resolver los casos disciplinarios, tales como la definición de fuerzas armadas, combatientes o personas que participan directamente en las hostilidades,³⁵² ataques, personas civiles y ataques indiscriminados, así como la fijación de los deberes de los comandantes en la conducción de las hostilidades y las precauciones que se deben observar durante los ataques, se encuentran en el Protocolo I, y a ellos se debe acudir para una correcta aplicación el Protocolo II.

Ahora bien, las infracciones al derecho internacional Humanitario que no puedan imputarse con fundamento en el numeral 7° del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, por cuanto no revisten la calificación de “infracciones graves al derecho internacional humanitario” y por tanto faltas gravísimas, deberán ser atribuidas como faltas graves y leves. En ese caso serán juzgadas o disciplinadas con fundamento en el marco de deberes generales de los servidores públicos, concretamente con fundamento en el numeral 1° del artículo 34 que impone a todo servidor público el deber de *“cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, Los tratados de Derecho Internacional Humanitario*

³⁵¹ Colombia Corte Constitucional Sentencia C 225 de 1995. Revisión del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II). M.P. Alejandro Martínez Caballero

³⁵² Recuérdese como anteriormente se refirió que en conflictos armados internacionales es propio utilizar el término de -combatientes- mientras que en los conflictos armados no internacionales es pertinente utilizar la expresión -personas que participan directamente en las hostilidades-.

(...)”.

De esta manera, si un servidor público incurre en una infracción que no tiene la condición de grave en la normatividad humanitaria internacional, con su comportamiento en el ámbito disciplinario, estará vulnerando el numeral 1° del artículo 34, conducta que podrá ser catalogada como grave o leve, de acuerdo con los criterios que para el efecto establece la ley.

En cuanto a las infracciones graves al DIH, relacionadas con la población civil como sujeto de protección, es preciso remitirnos al artículo 85 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra que se titula, *Represión de las infracciones del presente Protocolo*, y dispone lo siguiente:

3. Además de las infracciones graves definidas en el artículo 11, se consideran infracciones graves del presente Protocolo los actos siguientes, cuando se cometan intencionalmente, en violación de las disposiciones pertinentes del presente Protocolo, y causen la muerte o atenten gravemente a la integridad física o a la salud:

a) hacer objeto de ataque a la población civil o a personas civiles;

b) lanzar un ataque indiscriminado que afecte a la población civil o a bienes de carácter civil a sabiendas de que tal ataque causará muertos o heridos entre la población civil (...).

A su turno, el artículo 147 del IV convenio, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra establece:

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 (...)

Se impone referir que la Procuraduría General de la Nación, desde sus primeras decisiones, pudiendo ser un poco más específica al definir porqué el homicidio en persona protegida es una infracción grave al DIH, se ha limitado a señalar lo siguiente:

La conducta de homicidio en persona protegida, tipificada en el derecho internacional humanitario como una grave infracción, es una grave violación a los derechos humanos, especialmente, porque el derecho a la vida se ha visto afectado en el marco del conflicto armado que vive el Estado, en donde este y especialmente sus fuerzas armadas, están en la obligación de proteger y no involucrar a la población civil.³⁵³

Bien, la disposición contenida en el numeral 7° objeto de estudio fue demandada en acción de inconstitucionalidad por considerarse que la expresión “graves” contenida en ella vulnera la Constitución en tanto privilegia de forma irrazonable y desproporcionada a los funcionarios públicos al dejar sus conductas impunes o con sanciones de poca entidad, dado que dicha norma exige para que se configure la falta gravísima, que los atentados producidos por esos funcionarios contra la vida, honra, bienes y demás derechos de las personas residentes en Colombia tengan la calidad de “graves”, cuestión que estima el demandante, es inaceptable, en orden a que cualquier lesión, independientemente de su naturaleza, que infrinja la integridad física, moral o social de un grupo, debe ser considerada sin medir su entidad o resultado, como falta gravísima.

³⁵³ Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, fallo de primera instancia 008-74002-2002 de 28 de noviembre de 2008. En el mismo sentido se observaron los fallos de primera instancia proferidos en la fecha que se señala dentro de los siguientes procesos disciplinarios: 008-105737-2004 de 4 de diciembre de 2008; 008-123465-2005 de 16 de diciembre de 2008; 008-103453-2004 del 18 de diciembre de 2008; 008-74154-2002 de 18 de diciembre de 2008; 008-106191-2004 de 18 de diciembre de 2008; 008-128241-05 de 18 de diciembre de 2008; 008-91217-03 de 18 de diciembre de 2008; 008-98537-04 de 30 de enero de 2009; 008-95138-03 de 29 de enero de 2009; 008-108899-2004 de 31 de marzo de 2009.

La Corte Constitucional, encontró la disposición demandada ajustada a la Carta Política e hizo las siguientes afirmaciones sobre el tema:³⁵⁴

“Fue la voluntad del legislador sancionar con destitución no cualquier desconocimiento de las normas que integran el DIH sino aquellas infracciones verdaderamente graves a las mismas. (...)

“En suma, el legislador jamás tuvo en mente sancionar como falta gravísima cualquier infracción al DIH, sino tan sólo aquellas que, por las condiciones de modo, tiempo y lugar en las que son cometidas, son calificadas como graves.”

Y después de hacer una distinción entre crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra concluyó:

“No cabe duda entonces que el numeral 7 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 alude a numerosos ilícitos que se inscriben perfectamente en la noción de crimen de guerra, como son, entre otros, los siguientes: el homicidio en persona protegida, el acceso carnal violento en persona protegida, la toma de rehenes, la perfidia, los actos de barbarie, el despojo en el campo de batalla, los actos de terrorismo, la destrucción y apropiación de bienes protegidos, la utilización de medios y métodos ilícitos de combate, el reclutamiento ilícito, etcétera. En tal sentido, el legislador interno, lejos de violar la normatividad internacional, se ajustó perfectamente a la misma.”

“En suma, los tratados internacionales que recogen el derecho internacional humanitario hacen referencia a algunas infracciones al mismo, que son calificadas en términos de graves debido a las especiales condiciones en las que son cometidas, y en tal sentido, el legislador interno se limitó a tomar en consideración tal categorización para efectos de

³⁵⁴ Colombia Corte Constitucional Sentencia C-1076 de 2002

calificar como gravísimas aquellas faltas disciplinarias que revistiesen ese mismo carácter.”

En ese orden de ideas, deberá entenderse que las conductas referidas dentro de las que se encuentre el homicidio en persona protegida, son las que constituyen infracciones graves al DIH.

4.2.4 Persona Protegida por el Derecho Internacional Humanitario – Población Civil

Respecto del término concreto de “persona protegida” se ha dicho que “se trata de una connotación o consideración no sólo jurídica, sino ética-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.”³⁵⁵ Para establecer qué personas son protegidas por el DIH al remitirnos a la normatividad internacional, encontramos una fórmula contenida en el artículo 4° del Protocolo II que señala:

Garantías fundamentales.

1. Todas las personas que no participan directamente en las hostilidades o que hayan dejado de participar en ellas, estén o no privadas de la libertad, tienen derecho a que se respeten su persona, su honor, sus convicciones y sus prácticas religiosas. Serán tratadas con humanidad en toda circunstancia, sin ninguna distinción de carácter desfavorable. (...)
2. Sin perjuicio del carácter general de las disposiciones que preceden, están y quedarán prohibidos en todo tiempo y lugar con respecto a las que

³⁵⁵ Vicepresidencia de la República, Programa Presidencial de Derechos Humanos y DIH, Protocolo para el reconocimiento de casos de violaciones a los Derechos Humanos e Infracciones al Derecho Internacional Humanitario, con especial énfasis en el homicidio en persona protegida, Bogotá 2008, p.22

se refiere el párrafo 1: a. Los atentados contra la vida, la salud o la integridad física o mental de las personas, en particular el homicidio (...).

Por su parte, el artículo 13 del Título IV denominado Población Civil establece:

Protección a la población civil

1. La población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares. Para hacer efectiva esa protección, se observarán en todas las circunstancias las normas siguientes.
2. No serán objeto de ataque la población civil como tal, ni las personas civiles. Quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil
3. Las personas civiles gozarán de la protección que confiere este Título, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación

Esta disposición es casi idéntica al artículo 51 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra, con la diferencia que introduce un numeral a través del cual prohíbe los ataques indiscriminados y se da a la tarea de definir que es un ataque indiscriminado y cuáles se considera que son ese tipo de ataques.

Asimismo, el numeral 1, artículo 50 del mencionado Protocolo también establece quiénes debe entenderse que son personas civiles y población civil, concretamente, cualquiera que no pertenezca a una de las categorías de personas que se refieren en el artículo 4° A. 1), 2), 3), y 6), del III Convenio, y el artículo 43 del Protocolo I. Es decir son personas civiles todos aquellos que no se encuentren dentro de las siguientes categorías:

- Los prisioneros de guerra
- Las Fuerzas Armadas
- La población que tome las armas para combatir, siempre que se cumpla con unos presupuestos específicos

Es decir, las personas protegidas por el derecho internacional humanitario no son únicamente la población civil, sino las personas que han depuesto las armas. Esa protección a la población civil tiene origen en el ya estudiado principio de distinción al que la doctrina y la jurisprudencia le han atribuido carácter jus cogens. Veamos lo señalado por la Corte Constitucional:

El principio de distinción, que es una de las piedras angulares del Derecho Internacional Humanitario, se deriva directamente del postulado según el cual se debe proteger a la población civil de los efectos de la guerra, ya que en tiempos de conflicto armado sólo es aceptable el debilitamiento del potencial militar del enemigo. ***El principio de protección de la población civil tiene carácter medular para el Derecho Internacional Humanitario.*** (...) Negrilla fuera de texto

El deber general de distinguir entre civiles y combatientes es un deber básico de las partes a todo conflicto armado no internacional, en el sentido de diferenciar en todo momento entre los civiles y los combatientes, para efectos de preservar a las personas civiles y sus bienes. En efecto, es obligación de las partes en un conflicto el esforzarse por distinguir entre objetivos militares y personas o bienes civiles. Esta norma está plasmada en tratados internacionales aplicables a conflictos armados internos y vinculantes para Colombia, forma parte del derecho internacional humanitario consuetudinario, y tiene en sí misma el rango de ius cogens. (...) ³⁵⁶

³⁵⁶ Corte Constitucional Sentencia C – 291 de 25 de abril de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

Ahora bien, el Protocolo II Adicional no consagra una definición de los conceptos de personas civiles, población civil y personas fuera de combate para efectos de la aplicación del principio de distinción en conflictos armados no internacionales, por lo tanto las Tribunales Internacionales han recurrido a definiciones de tipo consuetudinario, doctrinal y jurisprudencial. Estas nociones fueron retomadas por la Corte Constitucional que ha señalado:

“Para los efectos del principio de distinción en su aplicación a los conflictos armados internos, el término “civil” se refiere a las personas que reúnen las dos condiciones de (i) no ser miembros de las fuerzas armadas u organizaciones armadas irregulares enfrentadas y (ii) no tomar parte en las hostilidades, sea de manera individual como “personas civiles” o “individuos civiles”, o de manera colectiva en tanto “población civil”. La definición de “personas civiles” y de “población civil” es similar para los distintos propósitos que tiene en el Derecho Internacional Humanitario en su aplicación a los conflictos armados internos.”³⁵⁷

El concepto de población civil debe entenderse:

“Una población se considera como “población civil” si su naturaleza es predominantemente civil. La noción de “población civil” comprende a todas las personas civiles individualmente consideradas. La presencia entre la población civil de miembros de las fuerzas armadas o de grupos armados irregulares, de personas puestas fuera de combate, de personas activamente involucradas en el conflicto o de cualquier otra persona que no quede amparada por la definición de “civil”, no altera el carácter civil de dicha población. “No es necesario que todos y cada uno de los miembros de esa población sean civiles – es suficiente con que

³⁵⁷ Corte Constitucional Sentencia C – 291 de 25 de abril de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

sea de naturaleza predominantemente civil, y puede incluir, por ejemplo, individuos puestos fuera de combate”.³⁵⁸

En cuanto a “personas civiles”:

“Una persona civil, para los efectos del principio de distinción en los conflictos armados no internacionales, es quien llena las dos condiciones de no ser miembro de las Fuerzas Armadas o de los grupos armados irregulares enfrentados, y no tomar parte activa en las hostilidades.

El primer requisito -el de no ser miembro de las Fuerzas Armadas o grupos armados irregulares-, ha sido señalado en la Sistematización del CICR como una definición consuetudinaria de la noción de “civil”. Por su parte, el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia ha indicado que para efectos de la aplicación de las protecciones consagradas en las normas que penalizan los crímenes de guerra, los civiles son “las personas que no son, o han dejado de ser, miembros de las fuerzas armadas”, entendidas éstas para comprender tanto a los cuerpos armados estatales oficiales como a los grupos armados irregulares.”³⁵⁹

Ahora bien, antes de continuar es preciso referirnos al concepto arriba mencionado, contenido en el artículo 13 del Protocolo Adicional II de Ginebra de 1977, disposición que consagra la protección a las personas civiles contra los ataques “*salvo si participan directamente en las hostilidades*”. Este término no se encuentra definido en las normas de carácter convencional, motivo por el que en atención a la importancia que representa, principalmente frente a los conflictos armados no internacionales y a las vicisitudes que modernamente éstos han

³⁵⁸ Colombia Corte Constitucional Sentencia C – 291 de 25 de abril de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

³⁵⁹ Colombia Corte Constitucional Sentencia C – 291 de 25 de abril de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

presentado, ha sido objeto de pronunciamiento por parte de organismos internacionales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el Comité Internacional de la Cruz Roja.

En el ya referido Informe 55/97 de 18 de noviembre de 1997, caso 11.137 “Juan Carlos Abella vs. Argentina”, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos hizo el siguiente pronunciamiento:

El objetivo básico del artículo 3º común es disponer de ciertas normas legales mínimas que se puedan aplicar en el curso de hostilidades para proteger a las personas que no tomaron, o que ya no toman parte directa o activa en las hostilidades. Las personas que tienen derecho a la protección que legalmente les confiere el artículo 3º común, incluyen a los miembros del gobierno y de las fuerzas disidentes que se rinden, son capturados o están fuera de combate (hors of combat). De igual modo, los civiles están protegidos por las garantías del artículo 3º común cuando son capturados o de alguna otra manera quedan sujetos a la autoridad de un adversario, incluso aunque hayan militado en las filas de la parte opositora.

(...) cuando civiles como los que atacaron el cuartel de La Tablada asumen el papel de combatientes al participar directamente en el combate, sea en forma individual o como integrantes de un grupo, se convierten en objetivos militares legítimos. En tal condición, están sujetos al ataque directo individualizado en la misma medida que los combatientes. Por consiguiente, en virtud de sus actos hostiles, los atacantes de La Tablada perdieron los beneficios de las precauciones antes mencionadas en cuanto al ataque y contra los efectos de ataques indiscriminados o desproporcionados, acordados a los civiles en actitud pacífica. En contraposición, esas normas del derecho humanitario siguen aplicándose plenamente con respecto a los civiles pacíficos

presentes o residentes en los alrededores del cuartel de La Tablada, al momento de ocurrir las hostilidades.³⁶⁰

Ahora bien, en el Tercer Informe sobre Derechos Humanos en Colombia, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, refirió algunos aspectos que deben ser tenidos en cuenta al momento de establecer a quienes se considera como personas que participan directamente en las hostilidades. Esta referencia tuvo lugar con ocasión de un pronunciamiento que para el momento efectuó el grupo ilegal de autodefensas, en el cual declaró objetivos militares a las personas civiles en atención a ciertas labores que realizaban, así como a los atentados efectuados por las FARC y el ELN contra la población civil.

La Comisión considera, por lo tanto, que es necesario aclarar la distinción entre participación "directa" o "activa" y participación "indirecta" de personas civiles en las hostilidades a fin de identificar aquellas situaciones limitadas en las que no es ilegal atacar personas civiles. En derecho humanitario generalmente se entiende que la frase "participación directa en las hostilidades" significa actos, que por su naturaleza y propósito, buscan infligir un daño a personal o material enemigo. Tal participación también sugiere una "relación causal directa entre la actividad en desarrollo y el daño infligido al enemigo en el tiempo y lugar en que la actividad se lleva a cabo".

En la práctica, una persona civil participa directa o activamente en hostilidades cuando, individualmente o como miembro de un grupo, asume el papel de combatiente. Dichas personas civiles constituyen una amenaza inmediata de daño cuando se preparan, participan y retornan del combate. Como tales, quedan expuestas a ataque directo. Más aún, debido a sus actos hostiles, esas personas civiles pierden los beneficios

³⁶⁰ Informe 55/97 de 18 de noviembre de 1997, caso 11.137 "Juan Carlos Abella vs. Argentina", conocido como caso "La Tablada", Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Consultada en <http://www.cidh.oas.org/annualrep/97span/Argentina11.137.htm>

de los que gozan los civiles pacíficos, de precaución al atacar y contra los efectos de ataques indiscriminados o desproporcionados.

Es importante comprender que aun cuando estas personas pierden su inmunidad a ataques directos mientras participan en las hostilidades, retienen sin embargo su calidad de civiles. A diferencia de los combatientes comunes, una vez cesan sus actos hostiles, no pueden ser atacados, aunque pueden ser procesados y castigados por sus actos beligerantes.

En contraste, las personas civiles que tan sólo apoyen el esfuerzo militar o de guerra del adversario o de otra forma sólo participen indirectamente en las hostilidades no pueden ser consideradas combatientes por esa única razón. Esto se debe a que la participación indirecta, tal como vender mercaderías a una o varias de las partes en el conflicto, expresar simpatía por la causa de una de las partes o, más claro aún, no haber actuado para prevenir la incursión de una de las partes en contienda, no implica actos de violencia que constituyan una amenaza inmediata de daño actual a la contraparte. Las Nuevas Reglas confirman esta apreciación al señalar que "civiles que apoyan a las Fuerzas Militares (o grupos armados) aportando trabajo, transportando pertrechos, actuando como mensajeros o distribuyendo propaganda no pueden ser objeto de ataque directo individual, pero permanecen sujetos a la legislación doméstica que sancione dar ayuda y apoyo a enemigos domésticos".

Es importante señalar que esa crucial distinción entre participación directa e indirecta en las hostilidades se aplica no solamente a guerras convencionales, sino también al tipo de guerra de guerrillas que caracteriza las hostilidades en Colombia. Por lo tanto, las partes del

conflicto colombiano deben siempre respetar a aquellos civiles pacíficos que no participan o que dejaron de participar en el conflicto armado.³⁶¹

Por su parte, el Comité Internacional de la Cruz Roja elaboró un documento denominado: *Interpretive guidance on the notion of direct participation in hostilities under International humanitarian law*,³⁶² en la cual se plantean diez recomendaciones encaminadas a precisar el concepto de “participación directa en las hostilidades”, tiene como finalidad definir criterios para determinar si una conducta puede ser considerada como participación directa en las hostilidades. Estos mismos conceptos fueron recogidos parcialmente en el informe del mismo Comité durante la XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja.³⁶³ Principalmente se ha referido lo siguiente:

En primer término, el Comité refiere lo que denomina “componentes básicos de la noción de participación directa en las hostilidades” y dice que “la noción de participación directa en las hostilidades comprende esencialmente, dos elementos, a saber “hostilidades” y “participación directa”. Mientras que el concepto de “hostilidades” se refiere al recurso (colectivo) por las partes en conflicto a medios y métodos de causar daño al enemigo, el de “participación” en las hostilidades se refiere a la implicación (individual) de una persona en esas hostilidades.”³⁶⁴

Asimismo, para efecto de precisar el objeto de nuestro estudio, el estudio clarifica

³⁶¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Tercer Informe sobre los Derechos Humanos en Colombia, 1999, Capítulo IV “Violencia y la violencia del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario”, Párr. 53 y ss. Consultada en <http://www.cidh.org/countryrep/colom99sp/capitulo-4.htm>

³⁶² Consultado en <http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc-872-reports-documents.pdf>

³⁶³ Consultado en <http://www.icrc.org/spa/assets/files/red-cross-crescent-movement/31st-international-conference/31-int-conference-ihl-challenges-report-11-5-1-2-es.pdf>

³⁶⁴ Comité Internacional de la Cruz Roja, Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario, 2010, Pág. 43. Consultada en http://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_0990.pdf

aspectos fundamentales al señalar que en la conducta de –participar directamente en las hostilidades- puede incurrir una persona civil o miembros activos de una de las partes en conflicto y que si bien esa conducta puede ser ocasional y no organizada, puede también obedecer a la función que se desempeña a favor de alguna de las partes en conflicto, circunstancias que si bien pueden ser válidas para determinar la calidad de persona civil, no influyen para establecer, cuando una persona participa directamente en las hostilidades, porque esta conducta sólo puede ser analizada en el contexto de un hecho específico. Obsérvese como lo señala el Comité:

“En el DIH convencional, la conducta personal que constituye parte de las hostilidades es descrita como participación directa en las hostilidades, que se trata de una persona civil o de un miembro de las fuerzas armadas. Saber si las personas participan directamente en las hostilidades de forma espontánea, esporádica y no organizada o como parte de una función que asume en nombre de una fuerza o de un grupo armado organizado que pertenece a una parte en conflicto puede ser decisivo para la determinación de su estatuto como civiles, pero no influye en modo alguno en el ámbito de la conducta que constituye participación directa en las hostilidades. Esto ilustra que la noción de participación directa en las hostilidades no se refiere al estatuto, función o afiliación de la persona, sino a su participación en actos hostiles específicos.”³⁶⁵

Esta precisión es fundamental, en cuanto no en pocas ocasiones, personas civiles que bien han realizado actos a favor de una de las partes que se enfrentan en un conflicto armado no internacional, son objeto de ataques en espacios temporales en los que no participaban directamente en las hostilidades, para luego ser utilizada su condición de auxiliador de uno de los grupos como justificación del

³⁶⁵ Ídem Pág. 44

ataque. Continúa el Comité “toda extensión del concepto de participación directa en las hostilidades a actos que no sean específicos anularía la distinción que se hace en el DIH contemporáneo entre *pérdida temporal de protección en razón de la actividad* (debido a la participación directa en las hostilidades), y *pérdida continua de la protección en razón del estatuto o de la función* (debido al estatuto de combatiente o a la función continua de combate).³⁶⁶

La participación directa en las hostilidades tiene como consecuencia la suspensión de la protección de una persona civil contra los ataques directos, es por ello que debe definirse qué actos constituyen dicha conducta individual. El CICR refirió los “elementos constitutivos de la participación directa en las hostilidades”. Veamos:

Para considerar un acto como participación directa en las hostilidades, deben cumplirse los requisitos acumulativos siguientes:³⁶⁷

1. Debe haber probabilidades de que el acto tenga efectos adversos sobre las operaciones militares o sobre la capacidad militar de una parte en un conflicto armado, o bien, de que cause la muerte, heridas o destrucción a las personas o los bienes protegidos contra los ataques directos (umbral de daño) y
2. Debe haber un vínculo causal directo entre el acto y el daño que pueda resultar de ese acto o de la operación militar coordinada de la que el acto constituya parte integrante (causalidad directa), y
3. El propósito específico del acto debe ser causar directamente el umbral exigido de daño en apoyo de una parte en conflicto y en menoscabo de otra (nexo beligerante).

³⁶⁶ Ídem Pág. 45

³⁶⁷ Ídem Pág. 46

Respecto del primer elemento, es decir el umbral del daño, vale la pena precisar que el CICR refirió que “la calificación de un acto como participación directa no requiere que la materialización del daño alcance ese umbral sino simplemente la probabilidad objetiva de que el acto tenga como consecuencia ese daño.”³⁶⁸ Asimismo, “los actos que constituyen el umbral de daño exigido solo pueden ser considerados participación directa en las hostilidades si, además, cumplen los requisitos de causalidad directa y nexa beligerante.”³⁶⁹

El cuanto al segundo elemento “causación directa”, el CICR hace referencia a tres fórmulas diferentes, -conducción de hostilidades-, -esfuerzo general de guerra- y -actividades en apoyo de la guerra-. Sobre actividades que constituyen los dos últimos se mencionan a título de ejemplo, entre otros, la fabricación y envío de armas, y propaganda política respectivamente. Igualmente precisa que las actividades de esfuerzo general de guerra contribuyen objetivamente a la derrota del adversario, mientras que los actos en apoyo de la guerra apoyan el esfuerzo general de guerra. Sin embargo, señala el Comité que las actividades de esfuerzo general de guerra y en apoyo de la guerra no están destinadas a causar el daño exigido como si lo está la conducción de hostilidades.

Lo anterior, para pasar a señalar lo siguiente:

“para calificar un acto específico de participación “directa” en vez de “indirecta” en las hostilidades, debe haber una relación causal bastante próxima entre el acto y el consiguiente daño. Generalidades como “causalidad indirecta del daño” o “facilitar materialmente el daño”, son a todas luces demasiado amplias porque pueden incluir todo el esfuerzo de guerra en el concepto de participación directa en las hostilidades y privar por consiguiente a muchos grupos de población civil de la

³⁶⁸ Ídem Pág. 47

³⁶⁹ Ídem Pág. 50

protección a que tienen derecho contra los ataques directos. En cambio, la distinción entre participación directa e indirecta en las hostilidades debe ser interpretada de modo que corresponda con lo que se hace entre causalidad directa e indirecta del daño.”³⁷⁰

Debe precisarse que para que un acto sea considerado participación directa en las hostilidades debe también reunir los elementos anteriormente mencionados y el tercer elemento, nexo beligerante. Sobre este criterio señaló el CICR “la violencia armada que no esté destinada a causar daño a una parte, no puede llegar a constituir forma alguna de “participación” en las hostilidades entre las partes. (...) El nexo beligerante se relaciona con el propósito objetivo del acto.”³⁷¹

Revisados estos conceptos fundamentales vale la pena referir que, en general no se observó su aplicación o remisión dentro de los fallos proferidos hasta el momento por la Procuraduría General de la Nación. Si bien se trata de conceptos relativamente recientes, resultaría oportuna su observancia, no porque conduzcan a proferir decisiones en sentido contrario a las que se han emitido, sino por cuanto, en nuestro parecer contribuirían para efectos de establecer parámetros claros y precisos, al momento de calificar un hecho concreto mas aún, tratándose de un estudio elaborado y autorizado por el CICR.

Efectuada esa precisión, se expondrán a continuación algunos casos que fueron de conocimiento de la Procuraduría General de la Nación. De esta manera es factible determinar el tratamiento y aplicación que el Órgano de Control ha hecho de los mismos.

³⁷⁰ Ídem Pág. 52. Ver también causalidad directa en operaciones colectivas, proximidad causal, temporal y geográfica y selección de ejemplos que permiten obtener mayor claridad sobre el particular.

³⁷¹ Ídem Pág. 59

4.2.5 Casos prácticos decididos a la luz de la Ley 734 de 2002

4.2.5.1 Expediente n° 008-98537-04

Con el fin de ilustrar el concepto de “persona civil” se expondrá un caso en el que se ocasionó la muerte a una persona que no era miembro de organizaciones o grupos armados, ni había tomado parte en las hostilidades:

Los hechos que dieron origen a la actuación disciplinaria fueron los siguientes.³⁷²

El 31 de enero de 2004, en horas de la mañana el señor Diosides Caicedo Palomar salió de su casa ubicada en la vereda San Isidro con destino a la Inspección de Valencia de la Paz, jurisdicción del municipio de Iquira (Huila), se transportaba junto con otras personas en el vehículo de placas JVH 071 conducido por el señor Ángel Silva Rivera.

Varios vehículos fueron detenidos para una requisa, entre ellos el automotor en que se transportaba Diosides Caicedo Palomar, practicada ésta permitieron continuar la marcha a todos, excepto al señor Diosides Caicedo Palomar, a quien retuvieron sin explicación alguna.

Ese mismo día 31 de enero de 2004, en horas de la tarde, el Fiscal Quinto Local Delegado ante los Juzgados Promiscuos Municipales de Santa María, Teruel y Palermo (Huila) realizó, en el mismo sitio en donde se había producido el reten, la inspección al cadáver del señor Diosides Caicedo Palomar, quien fue reportado por el Ejército Nacional como subversivo muerto en combate.

Se trata de un caso caracterizado por la abundancia del material probatorio que se

³⁷² 008-98537-04 Fallo de Primera Instancia de 30 de enero de 2009. Víctima Diosides Caicedo Palomar

allegó a la actuación, se practicaron testimonios³⁷³, protocolo de necropsia, prueba de absorción atómica, inspección en el lugar en el que ocurrieron los hechos, se allegaron pruebas documentales como órdenes de operaciones e informes de patrullaje, se confrontó el material bélico gastado por la patrulla según consta en actas y el que los militares dijeron haber gastado durante el combate con un grupo armado, se estableció el origen del revolver que presuntamente portaba el occiso, entre otros.

Pese a la versión de los militares, la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos concluyó que las pruebas que sustentan el cargo endilgado a los militares³⁷⁴ demuestran que no hubo enfrentamiento armado y la muerte no se produjo en combate sino que corresponde a una ejecución sumaria o extrajudicial, esto es, un homicidio en persona protegida perpetrado por los miembros de la fuerza pública. Para ese despacho, el referido ataque por parte de un grupo armado ilegal no se dio y tampoco la muerte fue producto del ejercicio legítimo de las armas por parte de los integrantes del Ejército Nacional para defenderse de una agresión armada.

Quedó demostrado dentro de la investigación que la víctima era una persona civil,

³⁷³ “Todos los declarantes son coincidentes en su relato, pues narran de manera clara y coherente la secuencia de como antes de llegar a la Inspección de Valencia de la Paz se encontraba un grupo de militares que detuvieron no solo el vehículo en que iba Caicedo Palomar, sino todos los que pasaron por ese sitio y que sometieron a una requisa a las personas, dejando bajo su custodia a la víctima. Por el mismo lugar pasaron Benjamin Gualy Carvajal conductor de otro vehículo que también fue sometido a requisa, observó además cuando éste fue apartado de los demás ocupantes del vehículo; de igual forma el señor Alfredo Cardozo Ramírez, pudo ver que Diosides Caicedo Palomar estaba en poder de los militares ya que cuando fue requerido para ser requisado lo vio sentado en una piedra a la entrada de la explanación y le hizo señas de qué pasaba, pero no obtuvo respuesta y continuó su marcha, relato corroborado por otros declarantes. Todos ellos coinciden en que no Caicedo Palomar no portaba armas”. Negrilla fuera del texto

³⁷⁴ Mediante auto de 9 de noviembre de 2006, se profirió pliego de cargos contra los disciplinados por infracción de la falta gravísima contemplada en el artículo 48, numeral 7° de la Ley 734 de 2002 “Incurrir en graves violaciones al derecho internacional humanitario” consistente en desconocimiento del artículo 3° común a los Convenios de Ginebra, numeral 1, literal a) que prohíbe “los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente homicidio en todas sus formas...” y el Protocolo II, artículo 4, numeral 2, literal a) que de igual manera prohíbe los atentados contra la vida (...) en particular el homicidio...”, por los hechos ocurridos el 31 de enero de 2004 (...)

ajena al conflicto armado:

El Comandante de la patrulla Batallador, Sargento Segundo Diego Arturo Mondragón Cortés tenían el deber jurídico de actuar dentro de los ordenamientos legales y evitar de su parte, comportamientos irregulares. Pese a ello, amparados en el ejercicio de sus funciones militares y del mando del que estaba investido el Sargento Mondragón Cortés, después de detener de manera ilegal a Diosides Caicedo Palomar, procedieron a ejecutarlo, conductas violatorias del derecho fundamental a la vida de quien no se encontraba participando en hostilidades propias del conflicto armado interno que padece el Estado colombiano y que pese a ello, fue reportado como integrante de un grupo subversivo, sin que en el proceso se hubiese podido demostrar dicha pertenencia.

La sanción impuesta a todos los disciplinados fue destitución e inhabilidad general para ejercer cargos públicos por 20 años. La decisión fue confirmada en segunda instancia por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, mediante proveído proferido el 19 de noviembre de 2009.

Ahora bien, como se ha señalado en el artículo 50 del Protocolo I, en caso de duda respecto de la condición de civil o no de una persona, deberá comprenderse que se trata de una persona civil, protegida por el DIH. Vale la pena también precisar que si bien los hechos no se desarrollaron con ocasión de un combate, es aplicable la normatividad humanitaria en tanto guarda relación con el conflicto armado.

A continuación se expondrá un caso en el que las víctimas, al parecer perpetraban actos delictivos, concretamente extorsivos a los habitantes de la región por cuanto presuntamente pertenecían al grupo ilegal de autodefensas. Ese hecho no logró demostrarse dentro de la investigación por cuanto ese no era el objeto de la misma. No obstante, los miembros del Ejército Nacional estaban en la obligación

de preservar sus vidas y en caso de tener información relacionada con su pertenencia a grupos ilegales, capturarlos y ponerlos a disposición de las autoridades competentes.

4.2.5.2 Expediente n° 008-108811-2004

Los hechos que dieron origen la actuación disciplinaria fueron los siguientes.³⁷⁵

El 2 de julio de 2004 siendo las 9:30 de la noche, llegó un grupo de uniformados fuertemente armados a la casa de Berta Inés Marín de Guarín ubicada en la vereda Corrientes, municipio de San Vicente, Antioquia, se llevaron a su hijo menor de edad Jaime de Jesús Guarín Marín. Fue obligado a ir hasta el domicilio de su hermano Andrés Fernando Guarín Marín, quien vivía en El Peñol, donde también fue sustraído de su hogar a las 12:00 de la noche. Los hermanos Guarín Marín fueron movilizados en un vehículo automotor de propiedad de Orlando de Jesús Sánchez Alzate. Al día siguiente, 3 de julio de 2004, la Patrulla del Ejército Nacional comandada por el SV. Carlos Augusto Patiño González y el Cabo Tercero Luis Alfonso Tangarife Narváez, reportaron dos bajas en combate como resultado de una operación militar. Los cadáveres fueron encontrados por sus familiares el 9 de julio de 2004, en el Instituto de Medicina Legal en la ciudad de Medellín, Antioquia, correspondiendo a los hermanos Marín Guarín.

Por su parte, los militares involucrados en los hechos señalaron en el informe de Patrullaje fechado el 3 de julio de 2004 lo siguiente:

La “(...) ejecución se inició con una infiltración desde la vereda La Despensa, municipio El Peñol, por la parte alta de la vereda San Pedro donde se mantuvo hasta el inicio que empezó el combate a las 7:30

³⁷⁵ 008-108811-04 Fallo de Primera Instancia de 30 de julio de 2009. Víctimas Andrés Fernando Guarín Marín y Jaime de Jesús Marín Guarín

horas del 3 de julio de 2004, donde fuimos interceptados por un grupo de aproximadamente de ocho bandidos, quienes abrieron fuego contra la tropa en desplazamiento, se reaccionó y se maniobró efectuando fuego y movimiento, el termino del combate se registro el área encontrando dos bandidos de la cuadrilla Bernardo López Arroyave del ELN, con el material que mas adelante se relaciona y posteriormente se continuó el desplazamiento hacia la vereda Despensa del municipio El Peñol, para buscar un sitio que garantizara la seguridad para la evacuación de los bandidos".

Para la Procuraduría Delegada ofrecieron credibilidad los testimonios de los familiares de las víctimas mortales, que coincidieron en afirmar que Andrés y Jaime Guarín Marín fueron sustraídos de sus hogares en compañía de un civil, conocido en la región y quien al parecer actuaba como informante de los miembros de la fuerza pública, y posteriormente ejecutados. Por tanto, después de efectuar un análisis de las declaraciones obrantes dentro del proceso, así como de los demás medios de prueba,³⁷⁶ concluyó:

En síntesis, de las pruebas allegadas al proceso disciplinario tenemos que miembros de la patrulla "Batería Deriva 4" adscritos al Batallón número 4 "BAJES" al mando del Sargento Viceprimero Carlos Patiño González y del- Cabo Tercero Luis Alfonso Tangarife Narváez, fueron informados por el señor Orlando de Jesús Sánchez Alzate, reconocido transportador del municipio de Concepción, de ser objeto de extorsión

³⁷⁶ Fiscal 202 Local URI de Medellín dejó expresa constancia de la sorpresa que le causó este hallazgo en sus cuerpos, aunado a que la tropa nunca presentó el supuesto material que dijo se le incautó a los supuestos subversivos. "...es extraño para este ente investigador la forma de las heridas de los occisos, pues cada uno de ellos tiene un orificio de entrada en la región espinal tercio medio, por lo que se presenta este interrogante ¿si realmente existió un combate de encuentro, cómo es posible que Andrés y Jaime Guarín recibieron cada uno, un disparo en la misma parte de su cuerpo? ¿no es lógico que si hay un combate de encuentro cada uno de los occisos tiene varios orificios en diferentes partes del cuerpo y no cada uno en la misma parte?, es lógico lo anterior, pues en un combate de encuentro la reacción es dispersa y diversa, sin que exista la posibilidad de que en la reacción de la tropa se le propine en la misma parte del cuerpo un disparo, por lógica y física experiencia, es difícil tal afirmación. Además, el Batallón no arrimó fusil alguno, ni mecha lenta, ni granada, ni siquiera las fotografías de la destrucción del material explosivo encontrado a los dos jóvenes...", auto proferido por este mismo funcionario judicial, fechado en Medellín el 1 de agosto de 2004.

por parte de algunos delincuentes que operaban en la región, afirmando que había tenido que entregarles la suma de cuatro millones de pesos. Con el objeto de contrarrestar este actuar delincencial, la patrulla del Ejército Nacional utilizó como guía al informante Orlando Sánchez y el 2 de julio de 2004, aproximadamente a las 9:30 de la noche, utilizando el vehículo de éste, una camioneta marca (...), hicieron presencia en la casa de Berta Inés Marín de Guarín, ubicada en la vereda Corrientes del municipio de San Vicente Departamento de Antioquia, de donde sustrajeron al menor Jaime de Jesús Guarín Marín, a quien obligaron a que los acompañara hasta la residencia de su hermano Andrés Fernando, quien residía en el municipio El Peñol a donde llegaron aproximadamente a las 12:00 de la noche del mismo día, sacándolo de su domicilio y junto con su hermano menor se los llevaron a la vereda San Pedro, procediendo a ejecutarlos en forma arbitraria, transportando sus cadáveres hasta la morgue de Medellín, reportándolos el 3 de julio de 2004 como subversivos NN dados de baja en combate ocurrido en la vereda San Pedro del municipio de Concepción, Antioquia.

La sanción impuesta fue destitución e inhabilidad general para ejercer funciones públicas por 20 años. Esta decisión fue confirmada en segunda instancia mediante fallo de fecha 31 de agosto de 2011.³⁷⁷

Ahora bien, a continuación se expondrá un caso en el que se hicieron importantes referencias a la calidad de persona protegida por el derecho internacional humanitario de quién, no obstante tener la condición de miliciano y ser colaborador de un grupo armado ilegal, no participa directamente en las hostilidades y por tanto se beneficia de un grado de protección. Este aspecto, se considera fundamental en conflictos armados de carácter no internacional como el que ha

³⁷⁷ En similar sentido ver los fallos proferidos dentro de los expedientes n.º 008-133586-2006, el 22 de mayo de 2010 víctima Wilson Orlando Díaz Corrales, decisión confirmada en segunda instancia por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación el 3 de noviembre de 2011 y 008-144411-2007 de 29 de octubre de 2010, confirmado el 28 de noviembre de 2011

vivido Colombia ya que en muchos sectores principalmente rurales la población civil se ve obligada a colaborar con los grupos que actúa en la zona. Obsérvese:

4.2.5.3 Expediente n° 02-170314-2008

Los hechos³⁷⁸ que originaron los la actuación disciplinaria fueron los siguientes:

Según el informe de 18 de mayo de 2007, en el sector La Vida de la vereda Puerto López, jurisdicción del municipio de Fonseca (Guajira), el Grupo Mecanizado No. 2 Rondon, dio muerte a Edward David Castro Sánchez, en combate con subversivos del ejército de liberación nacional, ELN, al ser atacado por este grupo armado. Efectuado el registro del lugar se halló el cadáver del citado sujeto y, a su lado, una pistola calibre 9 MM.

En el hecho intervinieron los soldados profesionales (...) del escuadrón Corcel 1 al mando del St Jair Fernando Tirado Gutiérrez, en desarrollo de la orden de operaciones macedonia, misión táctica militar, contra guerrilleros terroristas de esa facción rebelde.

No obstante, según los quejosos Jairo Manuel Sánchez de una parte y de la otra, Ever Castro Sánchez y 58 ciudadanos firmantes, el día 18 de mayo de 2007 llegó la patrulla del Ejército Grupo Mecanizado No. 2 Rondón de Buenavista, aproximadamente las 5:20 a. m., a la finca Soplaviento de la región de Puerto López, sacaron al campesino Edward David Castro Sanchez, y aproximadamente a dos kilómetros de allí lo asesinaron a eso de las 6:30 a.m. después llegó la Fiscalía e hizo el levantamiento del cadáver.

Manifestaron que el Ejército aparentó un enfrentamiento con la guerrilla, lo amarraron, lo arrodillaron y lo asesinaron vilmente para luego mostrarlo

³⁷⁸ Fallo de Primera Instancia, proferido por el despacho del Viceprocurador General dentro del expediente radicado n.º 02-170314-08 de 7 de junio de 2011

ante la opinión pública como guerrillero.

Por estos hechos se formuló pliego de cargos a los disciplinados por cometer homicidio en persona protegida por el derecho internacional humanitario. Lo anterior, con fundamento en la falta disciplinaria consagrada en el numeral 7° del artículo 48 de la Ley 734 de 2002.

Concretamente, se violó el derecho a la vida de Edward David Castro Sánchez, (...) en la medida que este ciudadano no se hallaba en combate, aunque **al parecer fuese parte del conflicto supuestamente como miliciano del ELN**, pero no participaba directamente en hostilidades, (...), se trató de un miembro de la población civil, protegido por el Derecho Internacional Humanitario al cual no se podía dirigir ataque ni mucho menos causarle la muerte. Negrilla fuera de texto.

Obsérvese el pronunciamiento que hace el despacho del Viceprocurador en el sentido de la condición de población civil de los denominados “milicianos”.

"Pero se repite, a un enemigo se le puede abatir aún sin que haya entrado en combate, porque ello hace parte de la estrategia que busca sorprenderlo, reducirlo y obtener las menores bajas en las propias tropas y de esta manera obtener una ventaja militar... Siendo ello así, se tiene que por ejemplo es válido bombardear un campamento del enemigo y causar las bajas de sus tropas, sin que sea necesario que ellos hayan entrado en combate, es más pueden estar durmiendo en horas nocturnas y ser bombardeados desde el aire y ello está permitido si se ha establecido cabalmente que son tropas enemigas, que quienes están en el campamento son combatientes.

De suerte que no es imperioso para atacar al enemigo que éste haya atacado inicialmente, porque como se fijó en líneas anteriores las hostilidades pueden ser agresivas o defensivas y el contexto de las mismas

no siempre debe ser bilateral, en la medida que sí una parte ataca y bate al enemigo o lo neutraliza, no ha habido confrontación material y es un hecho absolutamente válido en la guerra, y los muertos, por esta sola condición, no generan responsabilidad penal o disciplinaria, en la medida que un enemigo portando armas de guerra, uniformes camuflados que lo acreditan en esta condición constituye un objetivo a batir. ***Lo anterior comporta ineludiblemente en todo momento, lugar y condición, distinguir entre combatiente y población civil, lo que convoca sostener como apotegma en este proceso, que los milicianos no son objetivos militares, prima facie, por ello no pueden ser destinatarios de los ataques, a no ser que participen directamente en las hostilidades, porten armas, utilicen uniformes y distintivos de las fuerzas insurgentes, pues de lo contrario constituyen población protegida***" Tomado de Dirección Nacional de Investigaciones Especiales: Cargos Comisión Especial Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, radicación 156-140410-06, pág. 22.

Por supuesto, esta posición ha sido reiterada por la Procuraduría General de la Nación, en la medida en que continuamente constituye estrategia de defensa de los disciplinados, el señalamiento a la víctima como integrante de grupos armados ilegales y en algunos casos, aún cuando no es objeto de investigación de las actuaciones disciplinarias, esa condición de integrante de un grupo armado ilegal queda en evidencia. Con todo ha señalado el ente de control que éstas personas hacen parte de la población civil y por tanto se encuentran protegidas por el DIH

Ahora bien, en el caso bajo estudio, se concluyó que el combate nunca ocurrió, mientras la condición del occiso de miliciano del ELN quedó en entredicho. Frente a esta hecho, el Viceprocurador General fue contundente en señalar que "los denominados milicianos no son combatientes y por ello son personas protegidas, toda vez que se considera que un combatiente es el que participa directamente en las hostilidades, viste los uniformes militares y se identifica como tal."

Considerar a una persona como destinataria de ataques bélicos por el sólo hecho de colaborar con un grupo armado ilegal no resulta jurídico ni válido, menos en el contexto del conflicto armado interno colombiano, donde sucede que en regiones apartadas a veces las personas son obligadas a realizar actos en favor o beneficio de los ilegales, tales como apoyo logístico, transporte de personas y de víveres, sin que ello implique que sean tenidos como integrantes de la organización y por ello combatientes.

Al ser calificada la falta disciplinaria como gravísima a título de dolo se impuso como sanción destitución e inhabilidad general por el término de quince años para ejercer cargos públicos. Contra esta decisión se interpuso recurso de apelación ante el despacho del Procurador General de la Nación que a la fecha está a la espera de ser desatado.

Ahora bien efectuadas las anteriores anotaciones relacionadas con la población civil como persona protegida, se proseguirá el estudio con las “personas fuera de combate en tanto no combatientes” como personas también protegidas por el derecho internacional humanitario. Sobre el particular ha dicho la Corte Constitucional la Corte Constitucional:

“La protección establecida por el principio de distinción cobija no solamente a las personas civiles, sino también, dentro de la categoría más amplia de “no combatientes”, a las personas que habiendo participado en las hostilidades, han sido puestas fuera de combate por (i) estar en poder de otro actor armado en el conflicto, (ii) no poder defenderse en razón de estar inconscientes, haber naufragado, estar heridas o estar enfermas, o (iii) haber expresado en forma clara su intención de rendirse, absteniéndose de actos hostiles y de intentos de

evasión.”³⁷⁹

Desafortunadamente en el caso que en nuestro criterio se adecua en gran medida a la noción de persona puesta fuera de combate y por tanto protegida por la normatividad humanitaria, fue decretada la nulidad en segunda instancia por la Sala Disciplinaria³⁸⁰ de la Procuraduría General de la Nación, al considerar que no se practicaron unos testimonios ordenados por la Procuraduría Delegada durante la investigación. Sin embargo, se expondrá toda vez que refleja la situación fáctica en que una persona pese estar vinculada a un grupo armado ilegal, no participa directamente en las hostilidades y por tanto goza de la protección por parte del derecho internacional humanitario.

4.2.5.4 Expediente n° 008-91217-2003

Los hechos que dieron origen a la actuación fueron los siguientes:³⁸¹

En desarrollo de dicha operación Fragmentaria No. 063/2003 Justiciero realizada a partir del 10 de julio de 2003 en el municipio de Palermo - Huila, resultó muerto el señor John Jairo Céspedes, quien fue presentado por los uniformados del Ejército Nacional como un subversivo dado de baja en combate a quien, según la versión de los militares, se le incautaron una pistola marca Walter P 38 Cal. 9 mm, un radio de comunicaciones y material de explosivos. Sin embargo, habitantes del sector manifiestan que esta persona si bien era un subversivo al notar la presencia del Ejército se entregó y era conducido por el municipio amarrado y fue muerto no en combate como lo argumentan los investigados, sino en total estado de indefensión.

³⁷⁹ Colombia Corte Constitucional Sentencia C – 291 de 25 de abril de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

³⁸⁰ Sala Disciplinaria, decisión de fecha 15 de abril de 2010

³⁸¹ 008-91217-03 Fallo de Primera Instancia de 18 de diciembre de 2008. Víctima John Jairo Céspedes

A los disciplinados se le formuló cargos por presuntamente haber causado la muerte violenta al señor Jhon Jairo Céspedes Guzmán, quien al parecer era miliciano y se había entregado en forma voluntaria al Ejército Nacional. Por tal razón, se consideró que los miembros del Ejército investigados con su actuar incurrieron en el ilícito disciplinario tipificado en el numeral 7 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 incurrir en grave violación al derecho internacional humanitario.

Agotadas las etapas procesales, la Procuraduría en primera instancia señaló:

No se discute dentro en este plenario que la persona muerta sea militante de la guerrilla, eso para el Despacho es claro, porque así lo afirma su compañera y quejosa señora Gloria Constanza Sánchez, igualmente está demostrado que entregó un arma y un radio de comunicaciones. Lo que se investiga es la forma en que se produjo su muerte, toda vez que por el hecho de ser militante de las FARC, los servidores de la Fuerza Pública no podían ejecutarlo, pues su obligación era entregarlo para su judicialización. El deber de los disciplinados era proteger y asegurar el derecho a la vida e integridad del señor Céspedes, su ejecución hasta este momento procesal no está justificada, el hecho de estar combatiendo al Ejército y el haberse entregado a los miembros de éste, le daban el estatuto de persona protegida por el D.I.H., tal como se explicó en acápites precedentes de esta decisión. (...).

Para la Delegada existe certeza que el aquí investigado en compañía de los otros militares implicados retuvieron al hoy occiso Jairo Céspedes, lo amarraron, lo llevaron y posteriormente en estado de indefensión le dieron muerte para después simular que en un enfrentamiento le dieron de baja, comportamiento que es totalmente doloso, toda vez que los disciplinados sabían de la ilicitud de su comportamiento, de las consecuencias que ello acarrearía, sin embargo, optaron por realizar la conducta y para evitar la acción de la justicia simulaban un enfrentamiento.

Respecto de su condición de miliciano se dijo:

(...) La víctima se entregó al Ejército Nacional, entregó un arma y un radio de comunicaciones y era conducido por los aquí investigados amarrado con los manos hacia atrás. Aceptar que por el hecho de ser miliciano las autoridades de la República podían producir su muerte, es contrariar totalmente el concepto de Estado Social de Derecho consagrado en nuestra Carta Política en el artículo 1º, que a juicio de la Corte Constitucional significa que es aquél que consagra, protege y hace efectivos los derechos de las personas, sus garantías y sus deberes (T. 570 de 1992), (...). En ese orden de ideas, no ve la Delegada cuál derecho de mayor importancia estaban protegiendo los militares aquí investigados, ya que como se encuentra suficientemente probado, el señor Jhon Jairo Céspedes Guzmán no se encontraba atacando la institucionalidad ni la soberanía nacional, tampoco ofrecía peligro, ni se estaba defendiendo a la población civil de un ataque por parte de grupos armados ilegales, simple y llanamente lo que ocurrió fue el homicidio de una persona que si bien era miliciano, se había entregado y estaba bajo la tutela, el amparo y protección del Estado que actuaba a través de sus servidores (...) acción que, teniendo en cuenta las circunstancias en que ocurrió, necesariamente hay que concluir que fue cometida a título de dolo, ya que el estado de indefensión en que se encontraba y posteriormente el simular un enfrentamiento armado no deja lugar a equívocos, por cuanto esa conducta denota claramente que sabían que su proceder era totalmente ilegal, sabían de sus consecuencias sin embargo las asumieron y trataron de desviar la investigación disciplinaria simulando un combate.

En este caso los disciplinados fueron sancionados con destitución e inhabilidad general para ejercer cargos durante 20 años, es decir se aplicó la máxima sanción disciplinaria.

A continuación se expondrá un ejemplo más conductas en las que la víctima, aún cuando colabora con el grupo armado ilegal, no participa directamente en las hostilidades. Una vez en poder de los miembros de la fuerza pública se decide ejecutarlo, infringiendo de manera flagrante la normatividad humanitaria.

4.2.5.5 Expediente n° 155-113446-06

Los hechos que motivaron la actuación disciplinaria fueron los siguientes:

En noticia publicada en el periódico El Espectador el 16 de octubre de 2004, relacionada con la preocupante situación que vivían los indígenas Kankuamos, ubicados en el departamento del Cesar, se mencionaba la muerte violenta del indígena Víctor Hugo Maestre Rodríguez, en hechos ocurridos el 4 de octubre de 2004, quien según sus familiares, fue sacado de su casa por un grupo de hombres encapuchados y armados y al día siguiente su cadáver fue presentado armado y vestido con prendas militares en la sede del Batallón La Popa en Valledupar, donde informaron que murió en combate con el Ejército.

Con fundamento en la investigación adelantada, 18 de julio de 2008 se elevó pliego de cargos contra el Teniente del Ejército Elkin Leonardo Burgos Suárez, por haber planeado y participado en el homicidio de Víctor Maestre Rodríguez, conducta con la que presuntamente habría incurrido en la falta disciplinaria tipificada en el numeral 7 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002. La misma acusación se formuló contra dos cabos terceros, un dragoniante y seis soldados que participaron en el desarrollo de la misión táctica Saturno.

La Procuraduría Delegada para la defensa de los Derechos Humanos encontró demostrado en grado de certeza que el Teniente del Ejército Nacional, Elkin Leonardo Burgos Suárez, en su condición de comandante de la Compañía Dinamarca II del Batallón de Artillería La Popa, planeó y participó en el homicidio

de Víctor Hugo Maestre Rodríguez, en hechos ocurridos los días 3 y 4 de octubre de 2004, en el corregimiento de Atanquez, municipio de Valledupar (Cesar) en desarrollo de la misión táctica Saturno.

Vale la pena mencionar que los militares vinculados a esta investigación y sus defensores sostuvieron que en ejercicio de sus funciones dieron de baja a Maestre Rodríguez con el fin de para repeler el ataque de que fueron víctimas por parte de la guerrilla del ELN, en el cerro El Peligro, en el área rural del corregimiento de Atanquez.

Sin embargo, logró demostrarse que Víctor Hugo Maestre y un grupo de jóvenes que residían en el barrio San Isidro, en el casco urbano del corregimiento de Atanquez, desde tiempo atrás eran tildados de ser colaboradores de la guerrilla por varios pobladores de la región y por los militares que hacían presencia en ese sector. En ese sentido se recibieron múltiples testimonios de personas que afirmaron ser informantes del Ejército.

Ese hecho también quedó consignado en el informe elaborado por el C.T.I. de la Fiscalía General de la Nación después de practicar una visita en visita que se efectuó al corregimiento de Atanquez, en el que se ratifica la estigmatización que existía hacia los habitantes del sector conocido como "La Lomita" o "San Isidro", a quienes se les señalaba de ser milicianos de la guerrilla y por eso habían sido objeto de retenciones por parte del Teniente Burgos.

“De igual forma cuentan que un día fueron retenidos por el Teniente citado, varios jóvenes de ese sector del corregimiento, entre los cuales estaba Víctor Hugo, los cuales fueron encerrados en un calabozo y acosados por encapuchados, quienes les dijeron que les dieran -papaya porque les iban a dar balín, como los encontrarán en las travesías hacia las fincas-.”

Además de lo anterior, se probó en el proceso, que la víctima era acosada, reprendida y amenazada por el Ejército a través de los oficiales que habían estado asignados en el corregimiento de Atanquez, situación que continuó con el Teniente Elkin Burgos y la tropa a su mando, pues lo señalaban como miliciano del ELN, lo que sin duda constituyó el móvil para llevarse a cabo su ejecución, bajo las órdenes del Teniente Elkin Burgos y sus hombres.

La Procuraduría Delegada concluyó lo siguiente:

El material probatorio que obra en la investigación, le permitió concluir a la Procuraduría Delegada que no hubo combate, sino que el Ejército Teniente Burgos y sus soldados, con el acompañamiento de dos guías civiles vestidos de camuflado, interceptaron a Víctor Hugo y lo obligaron a seguir con ellos hasta la región de El Peligro donde lo ejecutaron por sus presuntos nexos con la guerrilla, presentándolo posteriormente como muerto en combate.

En este caso, el comandante de la patrulla militar fue sancionado con destitución e inhabilidad general para ejercer cargos públicos durante veinte años. Los demás miembros de la patrulla investigados, fueron sancionados con destitución e inhabilidad general para ejercer cargos durante quince años. La decisión fue confirmada íntegramente en segunda instancia, mediante fallo de fecha 27 de septiembre de 2011, proferido por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación.

Por último, se considera oportuno referir en este acápite el expediente disciplinario 008-106872 de 2005 de 21 de junio de 2010 en el que un militar y otros fueron investigados por hechos ocurridos el 9 de mayo de 2004 en los que dos hermanos, presuntamente fueron abatidos en combate y presentados como

miembros de la novena cuadrilla de las ONT FARC, versión que contradice la presentada en la denuncia por los familiares de los occisos. En una decisión carente de valoración probatoria, los militares investigados fueron absueltos con fundamento en el principio de in dubio pro reo.

Posteriormente, el mismo militar actuó nuevamente como sujeto disciplinable por la misma conducta tipificada en el numeral 7° del artículo 48, pero referente a hechos diferentes, ocurridos el 15 de junio de 2004. La conducta fue investigada dentro del expediente disciplinario n.º 008-105374-2004 en el que se produjo fallo el 30 de mayo de 2011 y se impuso sanción de destitución e inhabilidad general para ejercer cargos públicos por 20 años y cuyo recurso de apelación no ha sido desatado. Precítese además que la misma persona fue condenada por estos hechos en la jurisdicción ordinaria a la máxima pena.³⁸² En este último caso, la víctima al parecer pertenecía al grupo armado ilegal FARC, según la versión de algunos testigos, sin embargo, como bien se observa la Procuraduría

“(…) ese no es el norte de la investigación, porque lo evidente de la prueba de cargo es que la víctima fue previamente retenida, lo cual significa, fuera del conflicto, no se encontraba en posición de combatiente cuando ocurrió su muerte, sencillamente porque se hallaba en estado de indefensión y gozaba del estatuto de persona protegida.”

Conclusiones

De esta manera se ha pretendido ilustrar el alcance y aplicación que ha dado el Órgano de Control disciplinario a los conceptos que se imponen como necesarios al momento de investigar y sancionar las infracciones graves al derecho internacional humanitario, específicamente el homicidio en persona protegida. Obsérvese que en sus decisiones la Procuraduría General de la Nación se ha

³⁸²http://www.jurimaster.com/colombia/corte_suprema_de_justicia/sala%20penal/2011/sentencias/35230_04_05_11_.doc

sujetado, salvo lo referido sobre el concepto de participación directa en las hostilidades, a las definiciones tanto de la jurisprudencia internacional como nacional tal como se muestra en este tipo de decisiones, de las que además debe señalarse reflejan a través de los hechos investigados y sancionados, la naturaleza del conflicto armado que se ha vivido en Colombia durante los últimos años, que valga decirlo encajan dentro de los conceptos esbozados por los tribunales internacionales.

4.2.6 Aplicabilidad del Derecho Internacional Humanitario a situaciones de crimen organizado

Antes de continuar, es preciso referir, que como anteriormente se dijo, las normas del Derecho Internacional Humanitario son aplicables en situaciones de conflicto armado bien sea de carácter interno y no internacional, una vez verificados los supuestos fácticos para su aplicación. Sin embargo, recientemente se ha planteado la posibilidad de recurrir a esta misma normatividad para efectos de regular situaciones de crimen organizado, es decir actividades ilícitas que son desarrolladas por organizaciones criminales y bandas territoriales que recurren al uso de la violencia armada.

Si bien es cierto, el objeto de este estudio se circunscribe a la aplicación, por parte del juez disciplinario, de las normas del DIH en el conflicto armado que se ha vivido en Colombia y que básicamente involucra grupos armados al margen de la ley, conocidos comúnmente como guerrillas, vale la pena hacer referencia a la viabilidad jurídica de dar aplicación a la normatividad humanitaria, en la lucha contra las organizaciones criminales que han surgido en el territorio, conocidas comúnmente como bandas criminales.

Con ese fin, refiérase en primer término que el Comité Internacional de la Cruz Roja efectuó un análisis sobre ese particular, plasmado en la XXXI Conferencia

Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja.³⁸³ En este informe fue planteado el tema de la aplicación del DIH a situaciones de violencia surgidas como consecuencia del crimen organizado. Éste fenómeno fue definido como “todas las que actividades ilícitas llevadas a cabo por organizaciones criminales y bandas territoriales, incluidas las actividades que tienen como consecuencia el recurso a la violencia armada.”³⁸⁴

En atención a la frecuencia con la que éste fenómeno se ha presentado, el CICR refiere como reciente planteamiento, la posibilidad de que a las situaciones de violencia que surgen del crimen organizado, en las que los grupos involucrados pretenden el control de mercados y de territorios, y el Estado, a través de sus acciones militares y de policía contrarrestar tales conductas y eliminar dichas agrupaciones, sean consideradas como conflicto armado interno sujeto a las normas del DIH y los grupos involucrados sean considerados como parte dentro de dicho conflicto. En tal supuesto, refiere el CICR que debe cumplirse con dos criterios principales para determinar la existencia de un conflicto armado no internacional, el primero, el nivel de organización de las fuerzas involucradas y el segundo, la intensidad de la violencia, siendo más fácil de determinar y de que se presente el primero de ellos.

Respecto de éste último criterio señaló: “Si se considera que una situación alcanza el umbral de un CANI, se aplica el DIH relativo a la conducción de las hostilidades, y tanto las fuerzas gubernamentales como las organizaciones criminales partes en ese conflicto tienen la obligación de respetarlo. Si está por debajo del umbral de un CANI, las autoridades estatales deben respetar las normas internacionales de los derechos humanos que deben aplicarse en las operaciones de mantenimiento

³⁸³ Documento Preparado por el Comité Internacional de la Cruz Roja, XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, Ginebra, Suiza, 28 de noviembre a 1 de diciembre de 2011, El Derecho internacional Humanitario y los Desafíos de los Conflictos Armados Contemporáneos, consultada en <http://www.icrc.org/spa/assets/files/red-cross-crescent-movement/31st-international-conference/31-int-conference-ihl-challenges-report-11-5-1-2-es.pdf>

³⁸⁴ Ídem, Pág. 12

del orden público. Las organizaciones criminales no están obligadas a cumplir estas normas, pero sí a respetar el derecho interno, incluida la legislación pertinente del derecho penal.³⁸⁵

En ese orden de ideas, en cada caso concretó habrá de determinarse si se cumple con los dos criterios referidos para determinar la existencia de un conflicto armado no internacional en el que una de las partes es una organización criminal o delincuenciales. Vale la pena referir como lo señaló el CICR que la motivación de los grupos armados organizados que actúan como parte en un conflicto armado de esa naturaleza no es un criterio para determinar su existencia, exigido por las normas del DIH, por tanto no puede referirse como un obstáculo para que en la lucha contra las organizaciones criminales no se considere pertinente el planteamiento que se ha expuesto y que sin duda podría ser aplicado en el caso colombiano.

Ahora bien, previamente podría decirse que en el conflicto armado que se vive en Colombia, ya reconocido por el Gobierno Nacional, en el que actúan no sólo grupos armados al margen de la ley, sino también organizaciones criminales o delincuenciales cuyo accionar alcanza un alto nivel de violencia, debe hacerse uso de todos los mecanismos jurídicos posibles para humanizarlo, proteger a la población civil ajena al mismo, combatirlo y encontrar una salida pacífica. Es factible concebir como una opción válida la aplicación del DIH en la lucha contra organizaciones criminales como las que recientemente han surgido, tales como “Los Urabeños”, “ERPAC”, entre otros, independientemente de la calificación que de ellos se haga, siempre que cómo ya se dijo estén presentes los criterios mínimos exigidos para sostener que existe un conflicto armado interno. Por supuesto no toda situación de violencia puede ser regulada por el DIH.

³⁸⁵ Ídem, Pág. 13

Recientemente, fue presentado un proyecto de ley en el Congreso de la República³⁸⁶ por medio del cual se pretende adoptar medidas para combatir los grupos criminales organizados, dentro del territorio nacional. A través de este proyecto se busca habilitar competencias al interior de la fuerza pública para el combate de la criminalidad organizada.³⁸⁷ El mismo proyecto, define los grupos criminales, armados organizados como –el conjunto de personas armadas y organizadas al margen de la ley que realizan operaciones ilegales repetidas, sobre una parte del territorio nacional, sin ningún móvil ni finalidad política, cuyo nivel de hostilidades, armamento disponible y capacidad ofensiva afectan o ponen en peligro a la ciudadanía y a las instituciones–. Precítese además que expresamente refiere que a sus miembros no se les aplicará la normatividad jurídica que regula los procesos de desmovilización.

Asimismo, señala que las fuerzas militares deberán diseñar, desarrollar, ejecutar y conducir operaciones que permitan combatir efectivamente a estos grupos criminales, armados y organizados, sin perjuicio de las operaciones a cargo de la Policía Nacional. Se destaca que el artículo 4° de éste proyecto dispone: “En la investigación y juzgamiento de las conductas sancionables atribuidas a los miembros de la Fuerza Pública, realizadas en cumplimiento de cualquier tipo de operación destinada a combatir los grupos criminales, armados y organizados, se aplicarán –por mandato expreso de esta ley- las normas del Derecho Internacional Humanitario.

En la exposición de motivos del citado proyecto de ley se dijo cómo, pese a que estos grupos criminales utilizan un armamento sofisticado y a pesar de que poseen una contundente capacidad ofensiva, son enfrentados como si se tratara de delincuentes de barrio y no como se enfrenta Vg. a la guerrilla. Esto a pesar de que estos grupos de crimen organizado poseen estructuras complejas, obtienen

³⁸⁶ Proyecto de Ley 97 de 2012 Senado, Gaceta del Congreso, Relatoría del Congreso de la República

³⁸⁷ Ver artículo 1° del Proyecto de ley.

su financiación de actividades ilícitas, se encuentran vinculados al narcotráfico y utilizan armas de uso privativo de las fuerzas militares, es decir encuentran mas semejanzas con los grupos insurgentes que con la delincuencia común.³⁸⁸ Sin embargo refiere que son organizaciones criminales y que dada su naturaleza no son sujetos directos del DIH sino delincuencia común sofisticada.

Así las cosas, según el citado proyecto de ley, podría concluirse que no es posible aplicar la normatividad humanitaria y por tanto recurrir al numeral 7° de la ley 734 de 2002 para adelantar la investigación y juzgamiento de las conductas desplegadas por los miembros de la fuerza pública, en las operaciones que realiza para combatir las organizaciones delincuenciales que operan en el territorio nacional. Tales comportamientos deberían ser analizados y decididos a la luz de las normas de los DDHH hasta tanto no se cuente con las herramientas legales necesarias para ello, uno de los cuales sería el proyecto de ley referido.

Con todo, bien puede concluirse de acuerdo con la exposición efectuada a lo largo de esta tesis sobre los presupuestos para la aplicación del DIH, así como los elementos y características que definen los conflictos armados internos, que una vez el operador jurídico haya establecido la presencia de esas condiciones debe darle aplicación a la normatividad humanitaria sin que medie autorización legal.

³⁸⁸ En efecto, está comprobado, como se expresará más adelante, que estas bandas potencian su actuar criminal con elementos propios de un ejército irregular: usan uniformes, poseen armas de asalto o armas largas, tienen campamentos, conforman estructuras jerarquizadas, poseen capacidad de combate y de acciones concertadas, y además en ocasiones se encuentran asociadas con los grupos insurgentes, lo que hace muy difícil la distinción entre unos y otros. Estas particularidades hacen que dichos grupos se alejen de las características propias de los grupos de delincuencia común y deban ser incluidas, más bien, dentro de aquellas fuerzas con capacidad de desestabilización del Estado, lo que requiere de una acción estatal concertada y completa que incorpore a las Fuerzas Militares.

En conclusión, dadas las características de los grupos criminales armados y organizados, cualquiera que sea su denominación, se hace necesario que la Fuerza Militar realice las operaciones que considere pertinentes, dentro del respeto a la integridad jurídica nacional e internacional y en defensa de los principios constitucionales y la institucionalidad del Estado colombiano. De lo contrario, se corre un peligro de ausencia o insuficiencia de control estatal en muchos de los territorios donde estas organizaciones tienen su sede criminal, hecho este que en otro tiempo colaboró al auge y enquistamiento de las guerrillas que habrían de convertirse en el peor de los flagelos de nuestro país. Ver Proyecto de Ley 97 de 2012 Senado, Gaceta del Congreso, Relatoría del Congreso de la República

En efecto, si un miembro de la fuerza pública incurre en una conducta constitutiva de infracción grave al DIH, en el contexto de un conflicto armado y relacionada con éste deberá aplicar esa normatividad. Ahora bien, si se presentan las condiciones anteriormente mencionadas, referidas por el CICR para que la lucha contra organizaciones criminales y bandas delincuenciales deba ser tratada como un conflicto armado, nada obsta para que las conductas desplegadas en ese panorama sean disciplinadas, igualmente conforme a la normatividad humanitaria.

4.3 LA CULPABILIDAD EN MATERIA DISCIPLINARIA

4.3.1 Noción

Este instituto jurídico, en materia disciplinaria reviste ciertas diferencias o características que lo identifican frente al tratamiento que al mismo le es impartido en materia penal y que se considera oportuno mencionar brevemente para efectos de confrontar los postulados que sobre el particular establece la ley, la doctrina y la jurisprudencia con la materia que constituye objeto de este estudio. “No hay mayor elaboración acerca de la manera en que se configuran el dolo y la culpa en materia disciplinaria, razón por la cual debe tratarse de ahondar en este campo, lo que resulta indispensable, partiendo de la base de que hay diferencias entre el dolo y la culpa en los campos penal y disciplinario.”³⁸⁹

Por disposición de la Ley 734 de 2002, en materia disciplinaria se encuentra proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y las faltas disciplinarias se pueden cometer a título de dolo o culpa,³⁹⁰ “excepto las no culposas cuando tengan un ingrediente subjetivo o elemento anímico que presupone el dolo, pues

³⁸⁹ Ob cit., Brito Ruiz Fernando, Pág, 75

³⁹⁰ Ver Corte Constitucional Sentencia C-181 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. “Ciertamente, la proscripción de la responsabilidad objetiva que acoge el régimen jurídico colombiano impone la restricción de sancionar la conducta por el sólo hecho de la ocurrencia del resultado y exige, en cambio, verificar la finalidad dolosa o culposa en la ejecución de la acción que se investiga.”

se parte de un presupuesto personal como es el saber que se incumple un deber funcional, por ello desaparece la graduación de la culpa inconsciente”.³⁹¹ Veamos como lo ha dicho la Corte Constitucional:³⁹²

“(…) La circunstancia de que las conductas que vulneran el régimen jurídico merezcan sanción sólo cuando se realizan de manera culposa o dolosa no significa que todas las infracciones admitan ser ejecutadas en ambas modalidades de conducta. La determinación de si un comportamiento puede ser ejecutado a título de dolo o culpa depende de la naturaleza misma del comportamiento. **En otros términos, el dolo o la culpa son elementos constitutivos de la acción, son sus elementos subjetivos estructurales.** De allí que sea la propia ontología de la falta la que determina si la acción puede ser cometida a título de dolo o de culpa o, lo que es lo mismo, que la estructura de la conducta sancionada defina las modalidades de la acción que son admisibles.” Negrilla fuera de texto

En efecto, en el ámbito disciplinario, a diferencia de lo que ocurre el derecho penal, la descripción del tipo, por regla general no contiene elementos subjetivos que permitan inferir al operador disciplinario que la conducta atribuible está prevista para ser imputada a título de dolo o de culpa.³⁹³ Esta circunstancia es la excepción. Pero además, en atención a la finalidad del derecho disciplinario, también es regla general que las conductas se cometan a título de culpa y por excepción a título de dolo.³⁹⁴

³⁹¹ Ob cit., Sánchez Herrera Esiquio, Pág 51

³⁹² Colombia Corte Constitucional Sentencia C-181 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

³⁹³ Isaza. Ob cit. Pág. 164 “Atañe entonces al operador disciplinario verificar en la estructura descriptiva del tipo disciplinario si la ley requiere como elemento subjetivo el dolo o la culpa, pues la exigencia que esta hace es expresamente de intención o de conocimiento, o de negligencia o imprudencia, para calificar la falta de acuerdo con el respectivo requerimiento legal y excluir de plano su intervención en ese sentido. (...) El operador disciplinario debe colegir esta circunstancia del texto mismo del precepto prohibitivo, de tal forma que cuando éste exija expresamente uno de los elementos del dolo (conocimiento, intención, voluntad) o uno de los de la culpa (negligencia impericia, imprevisión o imprudencia), califique la comisión de la falta a título de dolo o culpa, respectivamente para dar cumplimiento así a esta exigencia del tipo disciplinario.”

Sobre ese particular ha precisado la doctrina, “el sistema de *incriminación abierta* de conductas culposa o *numerus apertus*, al -incriminar, en principio, al lado de todos y cada uno de los delitos dolosos, su correspondiente culposo-, permite una punición general de la imprudencia; por virtud de dicho sistema –constituye un criterio altamente práctico que facilita la represión de estas infracciones que en la vida moderna, a causa de su enorme aumento, son una constante amenaza para la comunidad; en nuestro caso, para el derecho disciplinario, la negligencia e imprudencia son altamente refractarias a la eficacia y eficiencia del Estado moderno.”³⁹⁵

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

“El legislador en ejercicio de su facultad de configuración también ha adoptado un sistema amplio y genérico de incriminación que ha sido denominado *numerus apertus*, en virtud del cual no se señalan específicamente cuales comportamientos requieren para su tipificación ser cometidos con culpa –como si lo hace la ley penal-, de modo que en principio a toda modalidad dolosa de una falta disciplinaria le corresponderá una de carácter culposa, salvo que sea imposible admitir que el hecho se cometió culposamente como cuando en el tipo se utilizan expresiones tales como <<a sabiendas>>, <<de mala fe>>, <<con la intención de>> etc. Por tal razón el sistema de *numerus apertus* supone igualmente que el fallador es quien debe establecer cuáles tipos disciplinarios admiten la modalidad culposa partiendo de la estructura del tipo, del bien tutelado o del significado

³⁹⁴ Ídem “En la órbita disciplinaria, la doctrina y la jurisprudencia especializadas reconocen que la regla general sancionatoria es el castigo de la culpa. A este sistema de sanción de las faltas disciplinarias se le ha denominado de los números abiertos, o *numerus apertus*, por oposición al sistema de números cerrados o *clausus* del derecho penal.” Sentencia C-181 de 2002

³⁹⁵ GÓMEZ PAVAJEAU, Ob. cit Pág. 370, Aquí refiere a Domingo Manuel Luzón, Santiago Mir Puig y Eugenio Cuello Calón.

de la prohibición (...)”³⁹⁶

Ahora bien, efectuada esa precisión es imperioso mencionar que por lo menos doctrinariamente se han esbozado diferentes formas de exponer el tema de la culpabilidad en materia disciplinaria. Veamos:

Una tendencia sustenta su posición con base en las teorías que en torno a la culpabilidad han sido expuestas en materia penal, a saber, la teoría psicológica o escuela clásica, la psicológica normativa o esquema neoclásico o técnico jurídico de la culpabilidad y la teoría normativa o finalista. Para el efecto se hace una transposición de los postulados de ésta última al ámbito disciplinario. Sólo por considerarse extremadamente necesario y para efectos de comprenderlo, se hará estricta referencia a las principales características que identifican a cada una de esas maneras de comprender el tema, efecto para el que se seguirá la exposición efectuada por sus defensores:³⁹⁷

“La teoría psicológica corresponde a la llamada escuela clásica, esto es al concepto clásico de acción. Esta teoría no define la culpabilidad sino que sólo se refiere a sus especies, al señalar que comprende tres: el dolo, la culpa y la preterintención. El dolo es simplemente querer el hecho típico. La culpa prever el hecho típico o no preverlo estando en posibilidad de hacerlo; y la preterintención cuando el resultado. Cómo se observa, la culpabilidad es el simple nexo psicológico entre la mente del agente y el resultado. Estas tres especies de la culpabilidad no son parte de la conducta, ya que esta es puramente objetiva. (...) – Luego de críticas - se concluyó que la culpabilidad no se agotaba en el simple vínculo psicológico sino que era

³⁹⁶ Corte Constitucional, sentencia 155 de 2002 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, jurisprudencia reiterada en las sentencias C-181 de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, C – 233 de 2002 M.P. Álvaro Tafur Galvis y C – 124 de 2003 M.P. Jaime Araujo Rentarías

³⁹⁷ TORRES, Flor Alba y AMAYA, César Augusto. Ex Procuradores Delegados para la Vigilancia Administrativa, Lecciones de Derecho Disciplinario Volumen I La Culpabilidad en el Derecho Disciplinario, Procuraduría General de la Nación, Instituto de Estudios del Ministerio Público, Bogotá 2006

necesario, además, que el juez concluyera que el individuo infringió la ley, es decir, actuó de manera antijurídica, cuando hubiera podido actuar conforme el derecho se lo exigía. En síntesis, que la esencia está en el reproche que se le hace al autor porque actuó de manera ilícita cuando hubiera podido actuar de manera lícita, esto es, que le era exigible un comportamiento distinto al observado y conforme a la ley.

Al tenor de esta teoría, no basta el simple nexo psicológico entre el autor y el hecho para que haya culpabilidad, sino que es necesario el reproche que se le hace al agente, por serle exigible un comportamiento distinto. Pero como quiera que al único que se le puede reprochar es a la persona imputable, se concluye que para que haya culpabilidad se necesita la imputabilidad, el dolo o la culpa y la exigibilidad, siendo ésta última un aspecto normativo. Así emergió la llamada teoría psicológica normativa o esquema neoclásico o técnico jurídico de la culpabilidad.

La teoría finalista parte de la base de que la acción no es objetiva sino que es objetiva y subjetiva. Toda acción implica la voluntad y la voluntad siempre comporta la finalidad.

En otros términos la acción o conducta naturalísticamente considerada no es simplemente un actuar externo, lo que sería apenas una parte de la acción, sino que, fatalmente, en toda acción humana existe un aspecto subjetivo, lo que significa que el dolo y la culpa no son especies de la culpabilidad, como lo propugnaron los causalistas y los neocausalistas, sino que son parte de la acción, es decir modalidades de la conducta. En ese sentido el dolo es simplemente querer el tipo objetivo. Sin embargo, ese dolo colocado en la acción no implica el reproche, sino que es simplemente un dolo incoloro o avalorado. Para entender mejor, para los causalistas el dolo implicaba no solo querer el hecho sino tener conciencia de su ilicitud, además, era parte de la culpabilidad. Para los finalistas es solo querer el hecho, y no es parte de la culpabilidad sino de la conducta. La conciencia de la ilicitud entra a formar parte de la culpabilidad.

Para esta teoría la culpabilidad comprende los siguientes aspectos: en primer lugar, la imputabilidad; en segundo lugar, la conciencia actual o potencial de la ilicitud del comportamiento; y en tercer lugar, la exigibilidad de una conducta diferente a la observada y conforme a derecho.”

Así entonces se afirma que “en el proceso disciplinario, al igual que en el penal, la culpabilidad es un predicado de un sujeto: la conducta típica. En consecuencia también en la ley disciplinaria, las categorías de dolo y culpa tienen que corresponder a formas de conducta y no a formas de culpabilidad.”³⁹⁸ “(...) Dado que en derecho disciplinario, la tipicidad lleva inmersa la antijuridicidad, al punto que se afirma, no sin razón, que las conductas son típicamente antijurídicas, el concepto de culpabilidad se predica, entonces, de las conductas que reúnen las dos características, siempre que sea viable el reproche al investigado, por estar en posibilidad de actuar de manera diferente a como lo hizo y conforme a la norma que determina el deber funcional; es decir, por serle exigible la realización de una conducta diferente a como lo hizo y conforme a la norma que determina el deber funcional; es decir, por serle exigible la realización de una conducta diferente, atendiendo las circunstancias en que se desempeñaba.”³⁹⁹

En la voz del profesor Gómez Pavajeau, como en el ámbito disciplinario los comportamientos punibles son de mera conducta y no de resultado, “el ilícito se construye sobre la base de la teoría de la norma subjetiva de determinación que prescinde de un todo del resultado aun entendido en términos jurídicos, pues el mismo es infracción de un deber y, para infringir un deber, basta que la persona: conozca que está obligada ante un contexto situacional típico, tenga conciencia de su capacidad individual de acción, y no realice el deber.”⁴⁰⁰

³⁹⁸ Ob cit. Torres Flor Alba y otros, Pág. 60

³⁹⁹ Ob cit. Torres Flor Alba y otros, Pág. 60

⁴⁰⁰ Ob cit. Gómez Pavajeau, Dogmática del Derecho Disciplinario, Pág. 362

Asimismo, “teniendo en cuenta que el reproche disciplinario se funda en la conducta del servidor público, siendo el resultado apenas un elemento objetivo de la intensidad de este, pero no un elemento esencial para su procedibilidad, concluimos que las nociones de dolo y culpa desarrolladas por el derecho penal, no pueden ser usadas por el derecho disciplinario,”⁴⁰¹ “Si el resultado pasa a un segundo plano en el derecho disciplinario (...) puesto que rige en la configuración del ilícito la concepción de la norma como norma de determinación y, en consecuencia, su esencia es el desvalor de la acción, conclúyase que las nociones de dolo y culpa de que da cuenta el derecho penal no pueden utilizarse por el derecho disciplinario.”⁴⁰²

En ese orden de ideas “para que exista dolo basta que la persona haya tenido conocimiento de la situación típica aprehendida en el deber que sustancialmente se ha infringido, y haya captado que le corresponde actuar conforme al deber. El conocer ya involucra al querer, pues si conozco y realizo la conducta es porque quiero, lo cual ha sido pregonado por Hruschka al sentenciar que –quien sabe lo que hace y lo hace, quiere hacerlo.”⁴⁰³

Ahora bien, “existirá imputación por culpa cuando los supuestos fácticos que aprehende el deber sustancialmente infringido se realizaron sin el conocimiento actual del deber infringido por parte del sujeto, esto es, los desconoció cuando estaba en situación de conocerlos”⁴⁰⁴

“Para que exista culpa basta la cognoscibilidad del deber que se infringe, (...) – la

⁴⁰¹ Ob cit. Torres Flor Alba y otros, Pág. 63

⁴⁰² Ob cit. Gómez Pavajeau, Dogmática del Derecho Disciplinario, Pág. 362

⁴⁰³ Ob cit. Gómez Pavajeau, Dogmática del Derecho Disciplinario, Pág. 363

⁴⁰⁴ Ob cit. Gómez Pavajeau, Dogmática del Derecho Disciplinario, Pág. 363

culpa que se exige es distinta a la del derecho penal y que consiste simplemente en la negligencia para informarse de los deberes, en ilustrarse; en definitiva en el desconocimiento – de los deberes.”⁴⁰⁵

El profesor Esiquio Sánchez señala que “la culpabilidad disciplinaria se hace recaer por una parte, en el juicio de reproche que se presenta por la exigibilidad de comportamiento diverso en que podía y debía actuar el agente y, por otra, en la accesibilidad normativa que el disciplinado tenía al momento de conocer el hecho o la posibilidad de conocer la prohibición, y en el dolo y la culpa. Entran en consideración en esta materia los conceptos de conocimiento actual de la ilicitud, conocimiento potencial y conocimiento eventual.”⁴⁰⁶

“La conciencia de ilicitud, como elemento del dolo, está referido al dato psíquico de la efectiva representación del carácter prohibido del hecho en el momento de su comisión.” (...) Respecto de la conciencia eventual de antijuridicidad “hace referencia a la cantidad de conocimiento, la certidumbre, la duda y que produce la consecuencia del reproche completo cuando se actúa” y a su turno la conciencia potencial “está referida al momento del conocimiento, esto es, si se estaba frente a un conocimiento posiblemente actualizable o no, en cuyo caso el juicio de reproche se rebaja o atenúa por cuanto conciencia potencial es equivalente a error vencible”. El conocimiento eventual de la antijuridicidad da lugar al juicio de reproche íntegro, pues el agente actúa como si se dejara librado al azar la producción del resultado, esto es, con dolo eventual, el cual tiene la misma sanción que el dolo directo.”⁴⁰⁷

⁴⁰⁵ Ob cit. Gómez Pavajeau, Dogmática del Derecho Disciplinario, Pág. 363 Refiere para el efecto a Campillo Sáinz, Introducción a la ética profesional del abogado, a Rebollo Puig y Marina Jalvo, El régimen disciplinario de los funcionarios públicos

⁴⁰⁶ Ob cit. Sánchez Herrera, Pág. 51

⁴⁰⁷ Ob cit. Sánchez Herrera, Pág. 52

Entonces el “dolo comprende el elemento anímico que se encuentra en las expresiones *el que con el fin, con el propósito, a sabiendas, de mala fe, para, en cuanto* contiene verbos finalísticos. En materia disciplinaria, el dolo está integrado por los elementos de voluntad, conocimiento de los hechos, conciencia de la antijuridicidad y representación, empero la representación y la voluntad son elementos accidentales” si no lo están los demás son suficientes para la imputación a título de dolo.⁴⁰⁸ “Tal aseveración tiene su soporte en que para el dolo disciplinario los elementos fundamentales y suficientes son el conocimiento del hecho que se realiza y el conocimiento de la exigencia del deber, es decir, el conocimiento de la ilicitud de la conducta, pues los servidores públicos tienen como principal responsabilidad el conocimiento de las funciones y los deberes propios del cargo.”

A su turno, “la culpa disciplinaria presupone la infracción al deber objetivo de cuidado” y se presenta en la modalidad de gravísima y grave, siguiendo las reglas generales del derecho, aplicadas al ámbito de deberes de todo servidor público. Agréguese que la culpa leve no es punible en materia disciplinaria.

En ese orden de ideas, se entiende que el dolo en materia disciplinaria contiene dos elementos fundamentales, el conocimiento del deber impuesto y el conocimiento del hecho que se realiza. En cuanto a la posición en que debe ser estudiado, se considera pertinente evaluar ese aspecto subjetivo, en efecto subsumido dentro de la acción, al momento de verificar la tipicidad de la conducta. De esta manera se consigue de una manera más eficaz establecer si un comportamiento determinado se adecua o no a una descripción típica disciplinaria, establecer si es factible adelantar una actuación disciplinaria e incluso garantizar aún más el ejercicio del derecho de defensa. Con todo se debe

⁴⁰⁸ “La “voluntad” como elemento del dolo ha hecho crisis en la dogmática actual” Gómez Pavajeau Dogmática del Derecho Disciplinario, Universidad Externado de Colombia, 3ª edición, Bogotá 2004, Pág. 359

señalar que en los casos decididos en materia de derecho internacional humanitario este aspecto siempre fue analizado dentro de la culpabilidad.

4.3.2 Casos prácticos

A continuación se expondrá un caso que a nuestro juicio se identifica claramente con la forma en que ha sido concebido el dolo en materia disciplinaria.

4.3.2.1 Expediente n° 155-151975-06⁴⁰⁹

Veamos, los hechos que originaron la actuación disciplinaria fueron los siguientes:

A través de la noticia publicada en un medio periodístico, se tuvo conocimiento de la muerte del señor Daniel Alvarado Rivera, su esposa alba Luz Mejía Álvarez y su hija Michelle Dayana Alvarado Mejía de tres años de edad, quien padecía síndrome de Down, en acontecimientos que tuvieron ocurrencia el 19 de noviembre de 2006, en la vereda la Línea, jurisdicción del municipio de Garzón, a las 3:30 de la tarde cuando el jefe de hogar se dirigía en su moto por una vía pública acompañado de las otras víctimas hacia su finca "El Quebradón" ubicada en la zona rural del Municipio de Florencia ©, oportunidad en la que desde los costados de la carretera miembros del Batallón de Infantería No. 26 "Cacique Pigoanza" les dispararon y según un comunicado emanado de la Quinta División del Ejército, " (...) el lamentable hecho ocurrió en desarrollo de operaciones ofensivas (...) ".

A través de decisión de fecha 23 de enero de 2008, se dispuso formular cargos contra los soldados profesionales y los soldados regulares que integraban la patrulla, todos adscritos para la fecha de los hechos al Batallón de Infantería No.

⁴⁰⁹ Decisión confirmada en segunda instancia por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación el 7 de julio de 2011

26 Cacique Pigoanza, en los siguientes términos:

"(...) Presuntamente haber disparado indiscriminadamente, contra los ocupantes de la motocicleta que se desplazaba por el sitio conocido como La Línea, vía veredas San Guillermo - El Recreo, jurisdicción de Garzón (Hulla), el día 19 de noviembre de 2006, extralimitándose en su actuar, causándole la muerte al señor Daniel Alvarado rivera, a su esposa Alba Luz Mejía Alvarado y a su pequeña hija de tres años de edad Michel Dayana Alvarado Mejía".

"(...) Con la conducta irregular anteriormente descrita presuntamente cometió falta GRAVISIMA e infringió la siguiente normatividad (...):

"(...) Ley 734 de 2002, Código Disciplinario único: Artículo 48. "Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes: 7. Incurrir en graves violaciones al derecho internacional humanitario (...)" (Sentencia 1076 de 2002).

Las argumentaciones defensivas de los disciplinados y de sus apoderados se fundaron en la hipótesis de que se produjo un error de hecho que les generó una percepción equivocada de los hechos, lo cual les permitió accionar sus armas contra un objetivo que consideraron legítimo, es decir, la tesis de los sujetos procesales estuvo fundada en un supuesto error insuperable que habría sido la justificación de la actuación de los militares. El despacho analizó los elementos materiales de los hechos con el fin determinar si éstos tenían la virtualidad de hacer incurrir a los militares en el mencionado error, elementos que dígase desde ya, fueron el fundamento para la imputación de la conducta a título de dolo.

Nótese, los argumentos defensivos se concentraron en, 1) *la insuficiente preparación militar de los soldados profesionales y regulares que intervinieron en este episodio*; 2) *el nivel de riesgo que ofrecía el escenario de los hechos*, 3) *las*

condiciones climáticas que afectaban la visibilidad y 4) la existencia de un radio de comunicaciones que al parecer, portaba una de las víctimas Daniel Alvarado Rivera y que supuestamente se proponía utilizar cuando ocurrió el ataque por parte de los miembros de la fuerza pública.

El despacho consideró que éstos no eran causales objetivas generadoras del argumentado de defensa “error insuperable” por las siguientes razones:

- 1) Sobre la supuesta improvisación o inexperiencia en el uso de las armas es una hipótesis defensiva sin la menor probabilidad de éxito por cuanto como lo declaró bajo juramento el Sargento Segundo Jorge Wilson Londoño Zamora, al personal de soldados se les da la preparación suficiente ya que: "(...) están entrenados para el combate, se les da el conocimiento de a quienes deben dar de baja y a quienes no, se les da a conocer sobre los derechos humanos y el respeto a la población civil. También saben distinguir entre un civil y un subversivo (...)", es decir se encuentra probado que los investigados tenían instrucciones precisas y adecuadas sobre el comportamiento que deberían observar que por supuesto, contrasta con el atribuido a los disciplinables. (...)

De manera que cuando se le entregan las armas a un soldado de la república es porque se considera capacitado para utilizarlas con responsabilidad y destreza, requisito sine qua non, dado el potencial de riesgo que involucra su manejo por parte del servidor público quien las recibe como elemento esencial para el ejercicio de las labores que bajo juramento se ha comprometido a cumplir en su condición de agente del Estado.

Esta consideración es fundamental, en efecto el porte y uso de armas es una actividad catalogada dentro del régimen de responsabilidad civil y administrativa como peligrosa, lo que conlleva a la estructuración de la responsabilidad de una

manera diferente. Asimismo, como la especial función que desempeña la fuerza pública implica la tenencia de armas, esa situación crea riesgos frente a bienes jurídicos y por lo mismo conlleva deberes específicos en el ejercicio de la función que se desempeña. Es por ello que se ha reafirmado la posición de garante de los miembros de la fuerza pública.⁴¹⁰ Así las cosas, ni en materia disciplinaria, ni en cualquier otro ámbito de responsabilidad, es posible aceptar que sean precisamente los miembros de la fuerza pública, con licencia para el uso de las armas, lo que aleguen su impericia para ello.

Ahora bien, también se dijo en la decisión sancionatoria, teniendo en cuenta las alegaciones de la defensa:

- 2) En cuanto al nivel de riesgo que implicaba ubicarse en el sector de los hechos que según sostienen los disciplinables y sus defensores, era un lugar frecuentado por los miembros de la subversión esta circunstancia tampoco aplica como causal del hipotético error insuperable eximente de responsabilidad por cuanto, la preparación que precede a quienes se ubican en la línea de fuego o los escenarios propicios para los combates es el presupuesto básico de esa instrucción militar. Si se tratara de un ciudadano del común la sola mención de ubicarse en un área de esa naturaleza le puede generar pavor y por ende afectación en la percepción de los hechos, pero no a quienes se les ha adiestrado precisamente para que enfrenten con las armas si es preciso, en nombre del Estado que representan, a quienes pretenden atentar contra la institucionalidad (...)

A contrario sensu, no se compadece de las reglas de la sana crítica nutridas por la experiencia, la lógica y la ciencia, aceptar que los 9 soldados 7 de ellos profesionales y 2 soldados regulares, ubicados de

⁴¹⁰ “Un miembro de la fuerza pública puede ser garante cuando se presenten cualquiera de los dos fundamentos de la responsabilidad explicados: creación de riesgos para bienes jurídicos o surgimiento de deberes por la vinculación a una institución estatal”. Sentencia Corte Constitucional SU 1184 de 2001.

manera estratégica o privilegiada en el escenario de los acontecimientos, fuertemente armados, uno de ellos con una ametralladora M-60 y al menos otro portando subametralladora "ArGalil Modelo Negen", vale decir, con pleno dominio del área, así como de la situación y suficiente apoyo logístico, estuviesen poseídos por el miedo de tal nivel que los llevó a disparar en varias oportunidades sus armas de dotación contra las víctimas que se hallaban ubicadas en una vía pública, cuando se transportaban en una moto, inermes, desarmadas, sin uniformes, ni elementos similares que sugirieran una posición ofensiva ya que, en realidad estaban conformadas por un padre de familia, su esposa y una niña afectada por el "Síndrome de Down".

Nótese, esta consideración se encuentra relacionada con la anterior, la posición de dominio territorial y logístico, frente a los miembros de la familia campesina que se trasportaba por una carretera a poca velocidad, dadas las condiciones del terreno, configuran elementos objetivos que no permiten aceptar que se reunían las condiciones materiales con la virtualidad de generar error debido al supuesto miedo insuperable que invadió a los miembros del grupo de soldados profesionales y regulares con experiencia y preparación en el manejo de los escenarios de combate.

Incurriendo, como se verá en una contradicción frente al cuarto argumento de defensa que se expondrá, los sujetos procesales también refirieron la mala condición del tiempo como circunstancia que les impidió desplegar una conducta diferente a la efectivamente realizada. Es de resaltar lo señalado por la Procuraduría Delegada:

- 3) Tampoco es aceptable como causa eficiente para generar error insuperable en la percepción de los hechos materiales, las malas condiciones del tiempo argumentada por los sujetos procesales y sus representantes por cuanto, se trataba de una familia entre quienes se

hallaba una niña enferma quienes como se ha dicho, se transportaban en una moto, sin elementos o condiciones objetivas que sugirieran que iban a atacar o disparar a la patrulla militar que se hallaba estratégicamente ubicada en los costados de la vía, inquietud que fue resuelta negativamente por el soldado profesional Hernando Sotelo Castillo, cuando se le interrogó si él observo algún elemento que sugiriera actitud ofensiva o con la virtualidad de colocar en situación de riesgo a los miembros de la tropa o de la comunidad, respondió en los siguientes términos : "yo no les vi nada ".

Obsérvese cómo frente a una situación concreta como la descrita, la normatividad internacional cuanta con disposiciones que se adecuan de manera perfecta. Vale la pena referir las consideraciones que sobre el particular esbozó la Procuraduría:

Es factible que las condiciones de visibilidad fuesen malas, pero no puede olvidarse que en este tipo de operaciones se exige tener elementos de apoyo técnico para visualizar el objetivo, pero aún suponiendo que los soldados no los portaban, ello tampoco puede justificar el ataque porque en últimas lo que podría surgir por la deficiente visibilidad era la DUDA de si se trataba o no de un objetivo militar y en ese evento los miembros de la patrulla tenían el deber de privilegiar los derechos fundamentales, abortando el ataque porque existía la posibilidad de comprometer el derecho a la vida de personas que no hacían parte del conflicto armado interno como efectivamente sucedió, pretermitiendo de esta manera el deber consagrado en el artículo 50 numeral 1 ° Protocolo 1 adicional a los Convenios de Ginebra del siguiente tenor : "(...) En caso de DUDA acerca de la condición de una persona, se la considerará como civil (...)" (Protocolo I Adicional los Convenios de Ginebra en vigor desde el 7 de diciembre de 1978. En Colombia desde el 1 de marzo de 1994, en virtud de la no improbación otorgada por la Comisión Especial Legislativa el 4 de septiembre de 1991).

Ahora bien, por último se dijo por parte de los militares que el conductor de la moto portaba un radio de comunicación, elemento que en un escenario de confrontación puede ser determinante, por cuanto sirve para alertar sobre la presencia del enemigo o para dar instrucciones. Sin embargo, como arriba se señaló es contradictorio con el argumento referido a la poca visibilidad con la que contaban los militares disciplinados. Si aquella era tan deficiente, no se entiende cómo los militares pudieron notar el porte de ese elemento, más aún si se tiene en cuenta las características éste.

- 4) La supuesta aparición de un radio de comunicaciones en el escenario de los hechos que algunos afirman portaban una de las víctimas Daniel Alvarado Rivera, en manera alguna justificaba el ataque por parte de los miembros del Ejército quienes ostentaban una posición dominante porque se hallaban apostados estratégicamente ubicados en actitud de emboscada en ambos lados de la vía, ya que la familia que se convirtió en sujeto pasivo de su acción ha debido ser abordada de otra manera, consecuente con las medidas de precaución y por ende del respeto por el principio de distinción que debió preceder el ataque, lanzando señales de advertencia o de alto que en realidad no las hubo, como lo sostuvo bajo juramento el soldado profesional José Alexander Rojas o, también han podido interceptar directamente al hipotético portador del mencionado radio quien se encontraba desarmado y acompañando por dos miembros de su inerme familia.

Además, de acuerdo con los medios de prueba, la víctima cargaba el radio entre la media, en la parte interna, circunstancia objetiva que derrumbó la hipótesis sobre el uso de ese elemento como factor generador de riesgo que explicaba el error insuperable determinante del uso de las armas, porque en consecuencia no se hallaba a la vista de los militares y también se verificó que se encontraba sin antena de transmisión, siendo al parecer inservible.

No fueron admitidos ninguno de los argumentos defensivos, formulados en aras de demostrar que los militares se vieron impelidos a disparar sus armas porque creyeron equivocadamente que estaban siendo objeto de un ataque proveniente de quienes resultaron reportados como víctimas. Contrariamente la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos consideró que la conducta fue cometida con dolo por las siguientes razones que se quieren destacar por cuanto muestran cómo opera esta forma de culpabilidad en materia disciplinaria.

(...) el grado de culpabilidad de los investigados esta determinado por el **conocimiento que éstos tenían de sus deberes oficiales a los cuales estaban obligados desde que asumieron el ejercicio de sus funciones**, además de su **acción consciente y voluntaria** de disparar las armas en abierto incumplimiento a la instrucción específica de no hacerlo, sino a orden de su comandante de escuadra, así como el hecho de disparar sus armas de dotación contra las personas que viajaban en una moto por una vía pública entre quienes se hallaban una ama de casa y una niña (...) sin que por supuesto, presentaran ninguna condición o elemento objetivo que sugiriera que se hallaban en posición de ataque, son circunstancias relevantes para demostrar que el comportamiento oficial de estos servidores públicos estuvo signado por el dolo. (...) (Resalto fuera del texto)

“El derecho disciplinario se fundamenta en la ética, por esto el reproche que se le realiza a un funcionario público en el ejercicio de sus funciones y basta el conocimiento de la ilicitud para fundar el reproche jurídico de culpabilidad (sentencia 720 de 2006 corte constitucional).”

Ahora bien, el marco del conflicto armado que ha vivido el país, si bien servidores públicos han incurrido en conductas violatorias de las normas del derecho internacional humanitario en desarrollo de las operaciones militares, también ha sido bien conocido que militares colombianos han perpetrado ejecuciones de

civiles para presentarlos como miembros de los grupos armados ilegales dados de baja en combate, con el fin de conseguir ventajas militares ilícitas en aras de obtener felicitaciones, premios, vacaciones, permisos, entre otras prebendas.

Estos hechos, si bien no se desarrollan real y efectivamente en combate, sino que se trata de encuentros simulados por algunos miembros de la fuerza pública, son realizados, con ocasión del conflicto armado que se vive en Colombia, valiéndose para ello de la presencia de grupos armados ilegales en diversos sectores del territorio, convirtiendo a la población civil en blanco de su accionar. Es preciso señalar que en la comisión de este tipo de conductas queda en evidencia la intencionalidad de los sujetos disciplinables. Dentro de los casos analizados, la mayoría reflejan comportamientos de esta naturaleza, en los que el dolo es fácilmente identificable.⁴¹¹

Por otra parte tendiendo lo dispuesto por párrafo artículo 85 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra cuando señala que “además de las infracciones graves definidas en el artículo 11, se consideran infracciones graves del presente Protocolo los actos siguientes (...), cuando se cometan intencionalmente, en violación de las disposiciones pertinentes del presente Protocolo, y causen la muerte o atenten gravemente a la integridad física (...) como a) hacer objeto de ataque a la población civil o a personas civiles, puede colegirse que las conductas constitutivas de las infracciones graves al derecho internacional humanitario sólo admiten la modalidad dolosa, excluyéndose la culpa como forma de culpabilidad por cuanto se observa un término que sugiere como necesaria la intención, el querer, el propósito de ocasionar la conducta.⁴¹²

⁴¹¹ Ver como ejemplo fallos proferidos en expedientes N° 008-116793-2005 de 31 de mayo de 2011; 155-107222-04 de 28 de agosto de 2008; 155-108529-2004 de 19 de diciembre de 2008; 155-126297-2005 de 26 de noviembre de 2009; 008-158193-2007 de 28 de noviembre de 2011; 008-163886-2007 de 30 de noviembre de 2011; 008-107504-2004 de 12 de marzo de 2012; 155-142047-06 de 29 de febrero de 2012.

⁴¹² Haciendo alusión a las normas que protegen a la población civil, contenidas en el Protocolo I y II, así como al numeral 2° del artículo 8° del Estatuto de Roma que refiere los crímenes de guerra, el despacho del Viceprocurador General señaló: “Si en el contexto del conflicto armado interno, los miembros de la fuerza pública en desarrollo de las operaciones militares adelantadas contra los grupos armados ilegales, le causan

Las conductas constitutivas de infracciones graves al derecho internacional humanitario son faltas disciplinarias gravísimas porque como se refirió, para el legislador ameritaron el máximo reproche.

Ahora bien, revisadas las decisiones proferidas en la materia desde el año 2007 cuando inició la proliferación de fallos disciplinarios sancionando infracciones al derecho internacional humanitario, hasta la fecha, sólo se encontró un fallo sancionatorio en el que la conducta fue imputada a título de culpa. Valga la pena señalar que la decisión fue revocada en segunda instancia por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, despacho que en su lugar profirió fallo absolutorio. Con todo vale la pena revisarlo, con la intención de demostrar que difícilmente el comportamiento previsto en el numeral 7° del artículo 48, podría ser atribuido a título de culpa. A continuación brevemente se expondrá el caso estudiado.

4.3.2.2 Expediente n° 008-95138-2003

Los hechos que motivaron la actuación disciplinaria fueron los siguientes:⁴¹³

La mañana del 12 de octubre de 2003, se encontraban solas en su vivienda, ubicada en el corregimiento Punto Nuevo del Municipio de Yopal - Casanare, las menores de edad Marta Concepción de catorce años, Ligia Casandra de diez años, Clara Inés de cinco años y Marta Magdalena Pansativa de seis años.

Hasta su humilde vivienda llegó un grupo aproximado de diez

injustificada e intencionalmente la muerte a civiles ajenos al conflicto armado, tal comportamiento configura una infracción grave al derecho internacional humanitario.” Expediente N° 155-100801-2004, fallo proferido el 18 de julio de 2007

⁴¹³ 008-95138-03 Fallo de primera instancia de 29 de enero de 2009. Víctima Maria Magdalena Pan Sativa

hombres armados que les solicitaron agua para beber y una bolsa para guardar un celular.

En ese momento también se presentó el Ejército Nacional, se escuchan disparos, las pequeñas buscaron refugio y Marta Magdalena Pansativa al tratar de correr fue impactada por una esquirla de un proyectil disparado por un fusil que le causo la muerte inmediata.

Contra los disciplinados fue elevado pliego de cargos por la conducta dolosa presuntamente constitutiva de la falta gravísima prevista en el numeral 7° del artículo 48, Ley 734 de 2002, por haber disparado sus armas de dotación hacia la vivienda de la familia Pan Sativa en la que sólo estaban tres menores de edad, causándole la muerte a la menor María Magdalena.

Con el fin de comprender en mayor grado la situación fáctica que se investigó, valga la pena señalar que en sus versiones, los disciplinados manifestaron haber efectuado un desplazamiento hasta la mencionada vereda. Agregan que estando en desarrollo de la operación se comenzaron a escuchar disparos desde la mata de monte y se formó el combate con las autodefensas de Córdoba.

No obstante lo anterior, los medios de prueba mostraron que la casa no estaba oculta dentro de la arborización del lugar, sino que por el contrario se podía ver desde una apreciable distancia. Por lo anterior, la Procuraduría Delegada concluyó ser predecible el hecho de que si se dispara hacia donde se encuentra una vivienda es factible que se le cause daño a los moradores de ese lugar, pese a ello, fue a esta casa donde los militares dispararon sin haber verificado de antemano la existencia de personas civiles y sólo reaccionaron frente a unos disparos que recibieron.

De igual manera, del material probatorio se infirió que el grupo ilegal estaba dentro de la zona de la casa, solicitando agua y una bolsa a las menores de edad y que fue el Ejército Nacional el que empezó el ataque, sin que los disciplinados se hubieran dado a la tarea de verificar la presencia de las menores de edad. Vale la pena mencionar que no hubo medio de prueba que demostrara inequívocamente quién fue el autor material del disparo que produjo el deceso de la menor de edad.

Lo que se reprocha a los disciplinados es haber irrumpido disparando abruptamente en la vivienda en donde se encontraban las tres menores lo que originó el intercambio de disparos que trajo como consecuencia la muerte de una de ellas. Obsérvese muy bien lo referido:

Es, entonces, la falta de cuidado con la población civil ajena al conflicto que por sus circunstancias particulares se ve obligada a vivir en una zona de conflicto, la conducta endilgada a los investigados, no es que con un proyectil disparado por estos hubiese producido la muerte de la menor, es la falta de cuidado con la población civil que se encuentra al margen del conflicto armado.

Por tanto, la Procuraduría Delegada concluyó que se violó el principio de distinción por parte de los integrantes de la patrulla del Ejército Nacional, ya que una vez detectada la presencia del grupo armado ilegal, se procedió a disparar sin tener en cuenta que éstos se encontraban en el solar de una vivienda, que ésta podía estar habitada, y como en el caso en estudio podría afectarse la población civil ajena al conflicto.

En nuestra opinión, lo que se presenta en el caso examinado, tal y como lo expone el despacho de conocimiento son los elementos del dolo que en materia disciplinaria son el conocimiento de la ilicitud de la conducta y la realización de una conducta contraria a la que impone el deber. Si el material probatorio

demostraba que los disciplinados teniendo el deber de dar aplicación al principio de distinción en las operaciones militares a favor de la población civil, se abstuvieron de darle cumplimiento y contrario a ello desplegaron su arsenal, sin justificación alguna ocasionando la muerte de la menor, tal como se hizo en el caso expuesto en materia de dolo, debió imputarse la comisión de la conducta en la decisión definitiva de la actuación a título de dolo.

Sin embargo, la Procuraduría Delegada consideró que existió un error de parte de los investigados al considerar que su actuar estaba ajustado a derecho, creyendo sin confirmar, que los únicos que se encontraban en el lugar hacia el que se disparó eran los integrantes del grupo ilegal, lo que los condujo a la utilización de sus armas de dotación, y agregó:

Pero este error era vencible en la medida en que resultaba imperativo para los servidores públicos confirmar la hipótesis subjetiva que los llevó a disparar, antes de proceder a realizar tal conducta. Si bien es cierto, su querer fue detener el avance del grupo armado ilegal, no han debido hacer uso de sus armas de dotación, porque era previsible que al hacerlo le causarían lesiones o la muerte a quienes se encontraban dentro de la vivienda. Razón por lo cual la conducta ejercida por los investigados se determina a título de culpa.

En consecuencia, en este momento procesal, el despacho estima que después de realizar un análisis detallado de las pruebas allegadas al expediente y de las diferentes versiones rendidas por los implicados, que en el caso que nos ocupa existió fue una **negligencia e imprudencia** en la valoración de los hechos, por lo tanto, la responsabilidad es imputable a título de culpa, toda vez que se trata de un error de hecho. (Negrilla fuera del texto)

Si los disciplinados tuvieron la oportunidad de verificar la legitimidad del objetivo

sobre el que pensaban dirigirse y no lo hicieron, nos encontramos ante el incumplimiento de un deber impuesto por la normatividad humanitaria, previsto en aras de salvaguardar la vida y la integridad de la población civil, incumplimiento en el que se incurrió sin justificación alguna, según se puede extraer de la providencia, por cuanto precisamente lo que se les reprocha es no haber verificado pudiendo hacerlo. Contrario a ello desplegaron una conducta que culminó con la muerte de una menor, de una forma similar a como ocurrió en el caso atrás mencionado por lo que se esperaba un reproche similar por parte del Órgano de Control disciplinario.

No obstante, la sanción impuesta a los investigados en primera instancia fue suspensión en el ejercicio del cargo sin remuneración por el término de doce (12) meses. Con todo, esta decisión fue revocada por la Sala Disciplinaria mediante decisión de fecha 13 de mayo de 2010 y en su lugar se profirió fallo absolutorio. Vale la pena señalar que la segunda instancia elabora una valoración probatoria que permite ver la incertidumbre que gira en torno a como ocurrieron los hechos, argumento principal para revocar la decisión de primera instancia, pero además refirió la violación del debido proceso en que incurrió el fallador por cuanto los hechos que se imputaron en el pliego de cargos no corresponden con los imputados en el fallo.⁴¹⁴

⁴¹⁴ Al respecto refirió: En materia disciplinaria y tal como la Corte Constitucional lo ha establecido reiteradamente, el auto de formulación de cargos es una providencia de trámite que sienta los cimientos sobre los cuales se edifica el proceso disciplinario destinado a establecer la responsabilidad disciplinaria del inculpado, de modo que el órgano titular del poder disciplinario fija en aquella el objetivo de su actuación y le señala al imputado, en forma concreta, cual es la falta disciplinaria que se le endilga a efecto de que pueda ejercer su derecho de defensa. (Corte Constitucional, sentencia T-418 de 1997)

En el caso a examen y como claramente se desprende del contenido del auto de cargos, a los disciplinados se les imputa haber disparado contra la vivienda de la familia Pan Sativa, “causándole la muerte a la menor de edad María Magdalena Pan Sativa...”, aspectos sobre los cuales y como quedó debidamente analizado con anterioridad, no existe la evidencia probatoria desde el punto de vista procesal, que conduzca de manera inequívoca a poder concluir que la causa del deceso de la infante, concretamente - el fragmento de plomo encontrado en su cuerpo - fue disparado por algún integrante de la fuerza pública responsable de cumplir con la orden de operaciones “Sacramento III”, menos que haya provenido de cualquiera de los aquí disciplinados. En grave yerro de carácter procesal incurre entonces el operador jurídico de primer grado, al llegar a concluir en el fallo que los disciplinados son responsables disciplinariamente sobre la base que “irrumperon disparando abruptamente en la vivienda en donde se encontraban las tres menores lo que originó el

4.4 ILICITUD SUSTANCIAL

4.4.1 Noción

La Ley 734 de 2002, dentro del título que corresponde a los *Principios Rectores de la Ley disciplinaria* y concretamente en el artículo 5° consagra la expresión “*Ilícitud Sustancial*”, y dispone que la falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional, sin justificación alguna.

Es decir, como ampliamente lo ha expuesto la doctrina y la jurisprudencia, la configuración de la falta disciplinaria conlleva el desconocimiento por parte del sujeto disciplinable, de los deberes impuestos para el ejercicio de un cargo o función pública.⁴¹⁵ Sin embargo, el quebrantamiento del orden jurídico, no se produce por el mero desconocimiento de esos deberes, sino por la afectación sustancial a la función que ese comportamiento conlleva.

Pero precítese que el desarrollo de este complejo concepto no ha sido pacífico, se han observado dos tendencias o posiciones al momento de explicarlo y por tanto al momento de aplicarlo en situaciones fácticas concretas. En efecto, “para alcanzar la autonomía e independencia del derecho disciplinario frente a otras ramas del derecho público, (...) cobró especial relevancia la estructuración del ilícito disciplinario a partir de la infracción sustancial al deber funcional, descartando la proscrita deducción de responsabilidad objetiva, pero sin incursionar en el campo de la antijuridicidad material (...), aspecto que ha

intercambio de disparos que trajo como consecuencia la muerte de la menor”, pues simplemente y sin el menor esfuerzo, es factible poder concluir que se trata de una descripción y/o señalización distinta a la imputada en el auto de cargos.

⁴¹⁵ Ver Ob Cit. Gómez Pavajeau, *Dogmática del Derecho Disciplinario*, Pág. 269; ver también el mismo autor en *Elementos y Propuestas para el control Contencioso Administrativo de la Actividad Disciplinaria*, Pág. 51. “La razón de ser de la falta disciplinaria es la infracción de unos deberes”. En el mismo sentido la sentencia C- 181 de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra “La infracción disciplinaria siempre supone la existencia de un deber cuyo olvido, incumplimiento o desconocimiento genera la respuesta represiva del Estado”

generado álgida controversia.⁴¹⁶

El profesor Esiquio Sánchez hace una exposición al respecto, de la cuál se extrajeron las ideas principales. “Una de tales posiciones afirma que en Colombia el injusto disciplinario viene sustentado por un dualismo normativista”.⁴¹⁷ Para esta tendencia es propio utilizar el término de injusto disciplinario, en donde “confluyen dos teorías de la norma para sustentar ese concepto, con las cuáles se concluye que este estaría sustentado en una norma objetiva de valoración, pero a la vez condicionada por una norma subjetiva de determinación y la culpabilidad estaría fundamentada también en éste último tipo de normas”.⁴¹⁸ Así las cosas, al considerar una norma objetiva de valoración, tendría necesariamente que hablarse de bien jurídico lesionado o puesto en peligro con la conducta del servidor público y por tanto un resultado material, aquí es fundamental el desvalor del resultado frente al desvalor de la acción.⁴¹⁹ Bajo esta teoría habrá ilicitud sustancial, siempre que se afecte un jurídico que también afecte la administración de una forma real y concreta.

Ahora bien, “la segunda posición dice que el ilícito disciplinario estaría soportado en una norma subjetiva de determinación. (...). El problema de esta segunda tesis, es que se ha llegado al extremo, por parte de los operadores jurídicos, quiénes dicen que toda infracción a un deber implicaría la comisión de una

⁴¹⁶ ORDÓÑEZ MALDONADO, Alejandro. Justicia Disciplinaria, De la ilicitud sustancial a lo sustancial de la ilicitud, Procuraduría General del Nación, Instituto de Estudios del ministerio público, Bogotá 2009, Pág. 23

⁴¹⁷ SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel. Dogmática Practicable del Derecho Disciplinario, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá 2012 P. 132

⁴¹⁸ Ibid.

⁴¹⁹ Es de resaltar que el mencionado tratadista Esiquio Sánchez refiere varios ejemplos extraídos de la Ley 734 de 2002, que respaldaría esta posición, así el artículo 43 que establece los criterios para la graduación de la falta, señala algunos para diferenciar entre falta grave y falta leve, referidos al grado de perturbación del servicio, la trascendencia social de la conducta y el perjuicio causado. De igual manera, el artículo 152 que trata de la procedencia y de los fines de la decisión sobre la investigación disciplinaria, a saber, verificar el perjuicio causado a la administración pública con la falta.

falta.”⁴²⁰ “Pero con razón se ha dicho “la antijuridicidad en materia disciplinaria no puede reducirse a un simple juicio de adecuación de adecuación de la conducta con la sola categoría de la tipicidad; es decir, que sólo baste la correspondencia del comportamiento con la falta que se va a endilgar, dando por sentado la antijuridicidad, tal y como si se tratara de una especial presunción irrefutable”.⁴²¹

Efectuada esa precisión, continúese, (...) esa tesis subjetivo monista, considera que el desvalor de la acción o el desvalor de la intención basta, es suficiente, para la apreciación del ilícito disciplinario (...), encuentra su esencia en al naturaleza y la forma como están construidos los tipos disciplinarios, que son de infracción, de deber, de mera conducta.⁴²² No es posible por tanto distinguir entre comportamientos disciplinarios tentados y comportamientos disciplinarios consumados.

Con fundamento en esta posición se defiende la autonomía e independencia del derecho disciplinario y ha sido desarrollada por la doctrina más autorizada y por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Reiteradamente se ha precisado que cada deber impuesto a un servidor público conlleva una *razón de ser* que se dirige a garantizar el adecuado funcionamiento del Estado cuyo fin esencial en últimas, es el bien común. “Para entender

⁴²⁰ SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel. Dogmática Practicable del Derecho Disciplinario, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá 2012.

⁴²¹ ORDÓÑEZ MALDONADO, Alejandro. Justicia Disciplinaria, De la ilicitud sustancial a lo sustancial de la ilicitud, Procuraduría General del Nación, Instituto de Estudios del ministerio público, Bogotá 2009, p. 25

⁴²² SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel. Dogmática Practicable del Derecho Disciplinario, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá 2012. Agréguese: “Se habla de ilícito disciplinario y no de injusto disciplinario. Lo de ilícito se aviene más al quebrantamiento del orden jurídico, al desconocimiento de los deberes impuesto por la positividad, con lo que la discusión en tales materias tiene que asentarse en el plano del derecho positivo fundamentalmente y en tal sentido se encuentra estandarizado legalmente.”Gómez Pavajeau Carlos Arturo, Asuntos Disciplinario Praxis y Jurisprudencia, Ediciones Jurídicas Axel Tomo I Bogotá 2008. Pág. 2

sustancialmente quebrantado el deber se requiere que la conducta enjuiciada haya desconocido no sólo el ropaje jurídico del deber, sino también la razón de ser que el mismo tiene en un Estado social y democrático de derecho”.⁴²³ “La falta disciplinaria no exige para su configuración la producción de un resultado consistente en la lesión o interferencia de bienes jurídicos, ya que basta obrar en contravía de los deberes funcionales, exigibles al disciplinado.”⁴²⁴

El concepto de ilicitud sustancial “traducido en categoría, al que se viene aludiendo, comporta en el Estado Social y Democrático de Derecho, para asegurar los fines de la función pública y de esta manera realizar la misión de esta forma de Estado, que la conducta sometida al juicio valorativo de este derecho sancionatorio implique no solamente la vulneración formal de la norma que contiene el deber, sino y sobre todo, la razón de ser de ese deber”⁴²⁵ “La ilicitud sustancial disciplinaria debe ser entendida como la afectación sustancial de los deberes funcionales, siempre que ello implique el desconocimiento de los principios que rigen la función pública”⁴²⁶

A su turno, la Corte Constitucional señaló, “En materia disciplinaria, la ley debe orientarse a asegurar el cumplimiento de los deberes funcionales que le asisten al servidor público o al particular que cumple funciones públicas, pues las faltas le interesan al derecho disciplinario en cuanto interfieren tales funciones. De allí que el derecho disciplinario valore la inobservancia de normas positivas en cuanto ella implique el quebrantamiento del deber funcional, esto es, el desconocimiento de la función social que le incumbe al servidor público o al particular que cumple

⁴²³ GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Dogmática del Derecho Disciplinario, Universidad Externado de Colombia, 3ª edición, Bogotá 2004, Pág. 270

⁴²⁴ ORDÓÑEZ MALDONADO, Alejandro. Justicia Disciplinaria, De la ilicitud sustancial a lo sustancial de la ilicitud, Procuraduría General del Nación, Instituto de Estudios del ministerio público, Bogotá 2009, p. 26

⁴²⁵ Proceso Disciplinario Exp. n.º 001-100533 de 21 de Septiembre de 2004

⁴²⁶ ORDÓÑEZ MALDONADO, Alejandro. Justicia Disciplinaria, De la ilicitud sustancial a lo sustancial de la ilicitud, Procuraduría General del Nación, Instituto de Estudios del ministerio público, Bogotá 2009, p. 26

funciones públicas”⁴²⁷.

Ahora bien, la sentencia C-948 de 2002⁴²⁸ constituye uno de los precedentes más importantes de la materia. Obsérvese lo señalado por la Alta Corporación al referir el artículo 5° de la Ley 734 de 2002:

Al respecto la Corte constata que la norma traduce la adopción por el Legislador de una postura clara a favor de la autonomía del derecho disciplinario en materia de determinación de la antijuricidad de las conductas que dicho derecho sanciona frente a las categorías propias del derecho penal.

El incumplimiento de dicho deber funcional es entonces necesariamente el que orienta la determinación de la antijuricidad de las conductas que se reprochan por la ley disciplinaria. Obviamente no es el desconocimiento formal de dicho deber el que origina la falta disciplinaria, sino que, como por lo demás lo señala la disposición acusada, es la infracción sustancial de dicho deber, es decir el que se atente contra el buen funcionamiento del Estado y por ende contra sus fines, lo que se encuentra al origen de la antijuricidad de la conducta.

Así ha podido señalar esta Corporación que no es posible tipificar faltas disciplinarias que remitan a conductas que cuestionan la actuación del servidor público haciendo abstracción de los deberes funcionales que le incumben como tampoco es posible consagrar cláusulas de responsabilidad disciplinaria que permitan la imputación de faltas desprovistas del contenido sustancial de toda falta disciplinaria.

Dicho contenido sustancial remite precisamente a la inobservancia del deber funcional que por si misma altera el correcto funcionamiento del

⁴²⁷ Colombia Corte Constitucional. Sentencia C 373 del 15 de mayo de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño

⁴²⁸ Esta sentencia fue reiterada posteriormente en la sentencia C-014 de 2004 y en la sentencia T-1093

Estado y la consecución de sus fines.

De esta manera ha sido comprendido por la doctrina y por la jurisprudencia este principio del derecho administrativo disciplinario.

Entratándose de diferentes conductas objeto de investigación por parte del derecho disciplinario, el concepto de ilicitud sustancial genera frecuentemente el enfrentamiento de posiciones en tanto, de igual forma, no siempre es fácilmente comprensible que un comportamiento sustancialmente ilícito no genere un resultado tangible y perceptible. Puede afirmarse que por excepción, en materia de violaciones graves al derecho internacional humanitario, concretamente homicidio en persona protegida, el resultado es necesario.

Obsérvese lo señalado por la Procuraduría General de la Nación:⁴²⁹

“son particularmente relevantes para este acápite, aquellos elementos probatorios que converjan a confirmar o desvirtuar si los servidores públicos involucrados cumplieron o no, con sus deberes oficiales de respeto por la vida humana, aún encontrándose dentro del marco del conflicto armado que afecta al país, en razón a que la falta disciplinaria no siempre se encuentra atada a los resultados tangibles. Es decir, que los investigados serán disciplinados no precisamente por el resultado tangible de su comportamiento ilícito que puede ser diverso en cuanto al grado de las lesiones que eventualmente sufren las víctimas, sino por la infracción al deber de tener en cuenta todas las precauciones antes del ataque, (...)”

Aunque es igualmente cierto que, **en tratándose de situaciones que comprometen los Derechos Humanos o los principios del Derecho Internacional Humanitario, ese incumplimiento de los deberes oficiales frecuentemente se encuentra articulado con la vulneración**

⁴²⁹ Expediente N.º 155-151975-2006

material de bienes jurídicos que son perceptibles en los daños que hoy sirven de soporte para dar cabida en los procesos disciplinarios a las víctimas o perjudicados pero, sin desnaturalizar el fundamento de la acción disciplinaria soportada en el incumplimiento de los deberes funcionales que le son propios a los servidores públicos, porque ellos conservan una relación de sujeción especial con el Estado del cual son sus agentes”. Negrilla fuera de texto

Esta posición es acorde con el pronunciamiento de la Corte Constitucional a través del cual otorgó a las víctimas o perjudicados de estas conductas la calidad de sujeto procesal dentro de la investigación disciplinaria en tanto las reconoce como “portadoras de un interés legítimo y directo en las resultas del proceso disciplinario y titulares de los bienes jurídicos vulnerados como consecuencia irrevocable y directa de la infracción del deber implícita en la falta disciplinaria”⁴³⁰.

⁴³⁰ Sentencia Corte Constitucional C-014 de 2004

CONCLUSIONES

Los hechos que se han presentado en Colombia desde el surgimiento del conflicto armado hasta los recientes episodios conocidos como ejecuciones extrajudiciales, en los que han intervenido diferentes factores armados y que se reflejan nítidamente, para el efecto de este trabajo en cada una de las decisiones proferidas por la Procuraduría, demuestran la imperiosa necesidad de aplicar las normas del derecho internacional humanitario, no sólo cómo instrumento represivo sino preventivo de la comisión de este tipo conductas.

Las normas y principios del derecho internacional humanitario, cumplen una función y tienen atribuida una finalidad tan especial, asociadas a la humanización de los conflictos, en las que se destaca su origen consuetudinario, es decir han surgido de la repetición de actos, de proceder del hombre en situaciones críticas de conflicto y aún cuando entraron en vigencia, en el caso particular colombiano, desde el siglo pasado, regulan y se adecuan claramente a los hechos que hoy en día se presentan.

Los miembros de la fuerza pública desempeñan una labor fundamental dentro de cualquier forma de Estado. Sin embargo, esa tarea es aún más preponderante en el desarrollo de conflictos armados internacionales o no internacionales. El caso colombiano no ha sido la excepción, la fuerza pública ha cumplido un papel fundamental en la lucha contra los distintos factores armados que han intentado atacar por la fuerza la institucionalidad. En el cumplimiento de esa misión se ha incurrido en conductas atentatorias contra la integridad de la población civil, hechos al parecer originados en lineamientos y directrices políticos. Con razón se ha dicho que la naturaleza de la fuerza pública, "se deriva de su condición de medio, de recurso de última instancia para el logro de los fines de la política."⁴³¹

⁴³¹ VARGAS, Alejo. *Las Fuerzas Armadas en el Conflicto Colombiano – Antecedentes y perspectivas*. Intermedio Editores, Bogotá 2002, p. 38.

Por tanto deben ser perseguidas las conductas que en desarrollo de sus funciones contraríen la importante misión que tienen atribuida.

En el ámbito de juzgamiento disciplinario de las conductas en que incurren los miembros de la fuerza pública se observa una iniciativa para efectos de dar aplicación a importantes institutos jurídicos como lo es la denominada “posición de garante” aspecto que influye directamente en el concepto de autoría de la conducta y por tanto en lo que atañe a la imputación de la responsabilidad.

En atención a las características que identifican el conflicto armado que se vive en Colombia, es preciso tener en cuenta la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales en el sentido de que el DIH se aplica, en el caso de los conflictos armados no internacionales, al conjunto del territorio controlado por una de las partes, independientemente de que se desarrollen o no combates y se aplica hasta que sea alcanzado un arreglo pacífico. Incluso se ha aceptado que una infracción a la normatividad humanitaria puede ser cometida en un momento y en un lugar en el que no se desarrollen combates. Es suficiente que el hecho cometido se encuentre ligado con el conflicto o con las hostilidades que ocurren en otro lugar controlado por una de las partes en conflicto.

Asimismo, es preciso tener en cuenta, con ocasión de hechos que fueron objeto de investigación en este trabajo, que no todo acto ilícito cometido durante un conflicto armado se encuentra sometido al DIH. Los delitos contemplados en los ordenamientos jurídico penales internos se diferencian de las infracciones al DIH por el contexto en el cual son cometidos que es el conflicto armado o porque dependen de él. No se exige el vínculo de causalidad entre el hecho y las hostilidades, pero si por lo menos que la existencia del conflicto haya pesado en la capacidad o decisión del perpetrador de cometerlo, pudiendo ser la finalidad de su acto, servir al conflicto.

El derecho administrativo disciplinario, como una rama del derecho sancionador, sin tener en el ordenamiento jurídico colombiano una posición privilegiada como la del derecho penal, se ha convertido en un instrumento de represión de conductas atentatorias no sólo del buen funcionamiento de la administración y de los principios que rigen la función pública, sino también de comportamientos que atacan directamente y afectan al conglomerado social y de esa manera la estabilidad del Estado Social de Derecho y sus Instituciones.

Es de anotar la evolución legislativa, jurisprudencial y doctrinaria que reporta el derecho disciplinario hasta el punto de lograr la consolidación de unos principios que si bien, algunos de ellos, son tomados del derecho penal, en el ámbito disciplinario rigen con criterios y aspectos diferentes que identifican ésta área jurídica como una rama autónoma e independiente y que deben ser observados en su aplicación.

Particularmente es de destacar el avance legislativo del derecho disciplinario frente a las infracciones graves al derecho internacional humanitario. Con todo sería deseable una regulación más específica en esa materia con el fin no sólo de facilitar la labor del intérprete, sino de permitir al derecho disciplinario la represión de comportamientos diferentes al estudiado en este trabajo.

Como conclusión principal de este trabajo debe resaltarse la evolución que en materia disciplinaria ha tenido la aplicación de la normatividad humanitaria. Esta circunstancia, pese a las peculiaridades que caracterizan al DIH tales como el reconocimiento de un conflicto armado no internacional como exigencia para su aplicación y el recelo que sobre el todavía pervive. El estudio de esa evolución da cuenta de una etapa en que su aplicación fue nula pese a contar con los instrumentos jurídicos para hacerlo, otra en la que en algunos casos se dio inicio a ella, con providencias que contrario a la posición del Gobierno Nacional del momento dedicaron parte de su texto a demostrar porqué en Colombia sí existe

conflicto armado, y la última, la etapa actual en la que hay una verdadera proliferación de fallos en la materia.

No obstante, se observa que el DIH consuetudinario no ha sido todavía objeto de aplicación en las decisiones de la Procuraduría General de la Nación, a pesar de recoger normas que en su mayoría son aplicables a los conflictos armados no internacionales y que están destinadas a la protección de las población y bienes civiles y en general de personas protegidas por la normatividad humanitaria, así como normas imperativas en materia de respeto y aplicación del DIH. Resultaría pertinente contar con decisiones proferidas no sólo con fundamento en las normas convencionales, sino también con fundamento en las normas consuetudinarias.

Revisados conceptos fundamentales relacionados con -la participación directa en las hostilidades- vale la pena referir que en general no se observó su aplicación o remisión dentro de los fallos proferidos hasta el momento por la Procuraduría General de la Nación. Si bien se trata de trata de conceptos relativamente recientes, resultaría oportuna su observancia, no porque conduzcan a proferir decisiones en sentido contrario a las que se han emitido, sino por cuanto, en nuestro parecer contribuirían para efectos de establecer parámetros claros y precisos, al momento de calificar un hecho concreto mas aún, tratándose de un estudio elaborado y autorizado por el CICR.

El derecho administrativo disciplinario cumple una importante función correctiva y preventiva frente a conductas constitutivas de infracciones al derecho internacional humanitario. Sin embargo su órbita se circunscribe a la vigilancia de la conducta oficial de quiénes desempeñan funciones públicas en la medida en que con su comportamiento se afecta el funcionamiento del Estado. Por tanto sólo es de su competencia la imposición de sanciones disciplinarias una vez ha culminado un proceso disciplinario en el que la Corte Constitucional ha reconocido a las víctimas un importante papel como sujetos procesales.

Pese a lo anterior, la acción disciplinaria no reemplaza la acción penal ni la acción contencioso administrativa en materia de protección de bienes jurídicos y reparación del daño respectivamente, en últimas de persecución y castigo de estos comportamientos.

REFERENCIAS

FUENTES LEGALES Y JURISPRUDENCIA

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C - 574 de 1992 M.P.: Ciro Angarita Muñoz

_____. Sentencia C - 417 de 1993. M.P.: José Gregorio Hernández Galindo

_____. Sentencia C-037 de 1996 M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa

_____. Sentencia C - 280 de 1996. M.P.: Alejandro Martínez Caballero

_____. Sentencia C - 244 de 1996. M.P.: Carlos Gaviria Díaz

_____. Sentencia C - 582 de 1999. M.P.: Alejandro Martínez Caballero

_____. Sentencia C - 429 de 2001 M.P.: Jaime Araújo Rentería

_____. Sentencia C - 155 de 2002. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández

_____. Sentencia C - 181 de 2002. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra

_____. Sentencia C - 225 de 1996. M.P.: Alejandro Martínez Caballero

_____. Sentencia C - 341 de 1996. M.P.: Antonio Barrera Carbonell

_____. Sentencia C - 310 de 1997 M.P.: Carlos Gaviria Díaz

_____. Sentencia C - 620 de 1998. M.P.: Vladimiro Naranjo Meza

_____. Sentencia C - 708 de 1999. M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

_____. Sentencia C - 739 de 2000. M.P.: Fabio Morón Díaz

_____. Sentencia C - 710 de 2001. M.P.: Jaime Córdoba Triviño

_____. Sentencia C - 404 de 2001 M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra

_____. Sentencia C - 373 de 2002. M.P.: Jaime Córdoba Triviño

_____. Sentencia C - 1076 de 2002. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández

- _____. Sentencia C - 373 de 2002. M.P.: Jaime Córdoba Triviño
- _____. Sentencia C - 067 de 2003. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra
- _____. Sentencia C - 124 de 2003 M.P.: Jaime Araújo Rentería
- _____. Sentencia C - 948 de 2002. M.P.: Álvaro Tafur Galvis.
- _____. Sentencia C - 431 de 2004 M.P.: Clara Inés Vargas Hernández
- _____. Sentencia C - 014 de 2004 M.P.: Jaime Córdoba Triviño
- _____. Sentencia C - 574 de 1992. M.P.: Ciro Angarita Barón
- _____. Sentencia C - 156 de 1999. M.P.: Maria Victoria Sáchica Méndez
- _____. Sentencia T - 1093 de 2004 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa
- _____. Sentencia SU-901 de 2005 M.P.: Jaime Córdoba Triviño
- _____. Sentencia C - 370 de 2006 M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa
- _____. Sentencia C - 291 de 2007 M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 4 de abril de 2000 C.P.: Roberto Medina López

_____. Sentencia de 4 de diciembre de 2007, Expediente n.º 16.898, C.P.: Enrique Gil Botero

_____. Sentencia Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, 29 de septiembre de 2009 C.P.: Susana Buitrago Valencia

Colombia Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 21 de septiembre de 2009, radicado 32.022, Postulado Giancarlo Gutiérrez Suárez

FALLOS DISCIPLINARIOS

Colombia Procuraduría General de la Nación Expediente N° 8-1131-1995 fallo de 6 de marzo de 1998

_____. Expediente N° 8-148413-1994 fallo de 09 de noviembre de 1998

_____. Expediente N° 8-144409-1993 fallo de 25 de noviembre de 1998

_____. Expediente N° 8-14383-1998 fallo de 26 de agosto de 1999

_____. Expediente N° 8-487-1997 fallo de 27 de marzo de 2001

_____. Expediente N° 8-27689-1999 fallo de 20 de junio de 2001

_____. Expediente N° 8-52234-2001 fallo de 9 de noviembre de 2001

_____. Expediente N° 8-33159-1999 fallo de 18 de febrero de 2000

_____. Expediente N° 8-5780-1996 fallo de 22 de febrero de 2000

_____. Expediente N° 8-3380-1997 fallo de 12 de junio de 2000

_____. Expediente N° 8-13041-1999 fallo de 11 de febrero de 2002

_____. Expediente N° 8-18922-1998 fallo de 22 de noviembre de 2002

_____. Expediente N° 009-45452-2000 fallo de 2 de abril de 2003

_____. Expediente N° 8-23895-1999 fallo de 16 de mayo de 2003

_____. Expediente N° 8-42083-2000 fallo de 9 de septiembre de 2003

_____. Expediente N° 8-43135-2000 fallo de 29 de marzo de 2004

_____. Expediente N° 8-70294-2002 fallo de 29 de julio de 2005

_____. Expediente N° 155-125322-05 fallo de 22 de junio de 2007

_____. Expediente N° 008 – 92025-03 fallo de 24 de octubre de 2003

_____. Expediente N° 008-78156-2002 fallo de 03 de octubre de 2005

_____. Expediente N° 155 – 61142-2001 fallo de 24 de agosto de 2004

_____. Expediente N° 009 – 45452-2000 fallo de 02 de abril de 2003

_____. Expediente N° 008 – 69595-2003 fallo de 11 de agosto de 2005

_____. Expediente N° 155-100801-2004 fallo de 18 de julio de 2007

_____. Expediente N° 155-107222-04 fallo de 28 de agosto de 2008

_____. Expediente N° 008-74002-2002 fallo de 28 de noviembre de 2008

_____. Expediente N° 008-105737-2004 fallo de 4 de diciembre de 2008

_____. Expediente N° 008-123465-2005 fallo de 16 de diciembre de 2008

_____. Expediente N° 008-103453-2004 fallo de 18 de diciembre de 2008

_____. Expediente N° 008-74154-2002 fallo de 18 de diciembre de 2008

_____. Expediente N° 008-106191-2004 fallo de 18 de diciembre de 2008

_____. Expediente N° 008-128241-2005 fallo de 18 de diciembre de 2008

_____. Expediente N° 008-91217-2003 fallo de 18 de diciembre de 2008

_____. Expediente N° 155-108529-2004 fallo de 19 de diciembre de 2008

_____. Expediente N° 008-98537-2004 fallo de 30 de enero de 2009

_____. Expediente N° 008-95138-2003 fallo de 29 de enero de 2009

_____. Expediente N° 008-108899-2004 fallo de 31 de marzo de 2009

_____. Expediente N.° 155-126297-2005 fallo de 26 de noviembre de 2009

_____. Expediente N° 008-142262-2006 fallo de 29 de octubre de 2010

_____. Expediente N° 008-133586-2006 fallo el 22 de mayo de 2010

_____. Expediente N° 008-106872 de 2005 fallo de 21 de junio de 2010

_____. Expediente N° 008-144411-2007 fallo de 29 de octubre de 2010

_____. Expediente N° 008-105374-2004 fallo de 30 de mayo de 2011

_____. Expediente N° 002-170314-2008 fallo de 7 de junio de 2011

_____. Expediente N° 008-116793-2005 fallo de 31 de mayo de 2011

_____. Expediente N° 155-103819-2004 fallo de 29 de agosto de 2011

_____. Expediente N° 008-158193-2007 fallo de 28 de noviembre de 2011

- _____. Expediente N° 008-163886-2007 fallo de 30 de noviembre de 2011
- _____. Expediente N° 155-142047-2006 fallo de 29 de febrero de 2012
- _____. Expediente N° 008-107504-2004 fallo de 12 de marzo de 2012
- _____. Expediente N° 008-145867-1993 fallo de 11 de mayo de 1998
- _____. Expediente N° 008-145867-1993 fallo de 2 de octubre de 1998
- _____. Expediente N° 008-147452 Resolución de 5 de julio de 1995
- _____. Expediente N° 008-147452 Resolución de 16 de Julio de 1995
- _____. Expediente disciplinario N° 161-01640-2000 de 19 de diciembre de 2002

TRIBUNALES INTERNACIONALES

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 31 de enero de 2006, Caso Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia
http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id_Pais=9

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 1 de julio de 2006, Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia
http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id_Pais=9

Comisión Interamericana de Derechos Humanos Caso 11.137 (Argentina) Informe aprobado el 18 de noviembre de 1997, consultado en
<http://www.cidh.oas.org/annualrep/97span/Argentina11.137c.htm>

Comisión interamericana de Derechos Humanos, Organización de Estados Americanos, Informe n.º 62/0, caso 11.654, Masacre de Riofrío Colombia, 6 de abril de 2001, consultada en
<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/Colombia11.654a.htm>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Tercer Informe sobre los Derechos Humanos en Colombia, 1999, “Violencia y la violencia del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario”, Consultada en <http://www.cidh.org/countryrep/colom99sp/capitulo-4.htm>

Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares, decisión de 29 de enero de 2007, caso the Persecutor Vs. Thomas Lubanga Dyilo

Corte Penal Internacional, decisión de 14 de marzo de 2012, caso the Persecutor Vs. Thomas Lubanga Dyilo

Tribunal Penal Internacional para Ruanda, caso Fiscal vs. Jean Paul Akayesu, Sentencia proferida el 2 de septiembre de 1998, Sala de Primera Instancia. consultada en <http://www.unict.org/Portals/0/Case/English/Akayesu/judgement/akay001.pdf>

Tribunal Penal Internacional para Ruanda “Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros”. Sentencia de 12 de junio de 2002, Sala de Apelaciones del TPIY. Consultada en <http://www.icty.org/x/cases/kunarac/acjug/en/kun-aj020612e.pdf>

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, Sala de Apelaciones, asunto Fiscal Vs. Dusko Tadic, a. Dule, Sentencia proferida el 2 de octubre de 1995 consultada en <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, caso Fiscal Vs Dusko Tadic, Sentencia de 2 de octubre de 1995, consultada en <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia caso Fiscal vs. Fatmir Limaj, Sala de Primera Instancia del en <http://www.icty.org/x/cases/limaj/tjug/en/lim-tj051130-e.pdf>

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, Sentencia de 3 de marzo de 2000 dentro del caso Blaskic Tihomir IT-95-14 "Lasva Valley" <http://www.icty.org/case/blaskic/4>

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, Sala de Apelaciones, asunto "Fiscal vs. Krstic, sentencia de 2 de agosto de 2001. Consultada en <http://www.icty.org/x/cases/krstic/tjug/en/krs-tj010802e.pdf>

BIBLIOGRAFÍA

ABELLO GALVIS, Ricardo. Introducción al estudio de ius cogens en el seno de la Comisión de Derecho Internacional, CDI VNIVERSITAS, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, N° 123, julio – diciembre de 2011, Bogotá 2011

APONTE CARDONA, Alejandro. Persecución Penal de Crímenes Internacionales, Diálogo Abierto entre la Tradición Nacional y el Desarrollo Internacional, Grupo Editorial Ibáñez, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá

BALLÉN, Rafael. Derecho Administrativo Disciplinario, Editorial Temis S.A., Bogotá 1998

BOBBIO, Norberto. Teoría General del Derecho, Editorial Temis S.A., Bogotá 1997

BRITO RUIZ, Femando. La Función Pública y el Derecho Disciplinario - Aspectos Constitucionales. Colección de Derecho Disciplinario N° 1. Instituto de Estudios del Ministerio Público, Imprenta Nacional de Colombia, 2002.

_____. Régimen disciplinario, Procedimiento Ordinario, Procedimiento Verbal, Pruebas, Editorial Legis, 4ta edición, Colombia 2012

CAMARGO, Pedro Pablo. Derecho Internacional Humanitario, Leyer Editorial, segunda edición. Bogotá 2001

CARRANZA PIÑA, Jorge Eduardo. Infracciones Graves al Derecho Internacional Humanitario y Crímenes de lesa humanidad en el Código Penal, Ediciones Nueva Jurídica, Ediciones Nueva Jurídica, segunda edición, Bogotá 2010

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso 11.142 (Colombia), Informe 26/97 aprobado el 30 de septiembre de 1997. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos. Compilación de Jurisprudencia y Doctrina Nacional e Internacional. Volumen III

DUARTE ACOSTA, César Augusto. Derecho Disciplinario Básico y Método de Investigación, Librería Ediciones del profesional Ltda. Primera Edición, Bogotá 2009

FORERO RAMÍREZ, Juan Carlos. El Delito de Omisión en el Nuevo Código Penal, Legis, Bogotá 2005

FORERO SALCEDO, José Rory. Estado Constitucional, Potestad Disciplinaria y Relaciones Especiales de Sujeción, Instituto de Estudios del Ministerio Público, Procuraduría General de la Nación, Colombia 2007

_____. Principios y Garantías Constitucionales en el ámbito disciplinario de los servidores estatales. Ediciones Nueva Jurídica, primera edición, Bogotá 2003

GAITÁN PEÑA, Jorge Eliécer. Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Disciplinario, Lecciones de Derecho Disciplinario, Volumen 8, Instituto de Estudios del Ministerio público, Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario, Bogotá

GARCÍA MACHO, Ricardo. Las Relaciones de Especial Sujeción en la Constitución Española, Editorial Tecnos 1992

GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando. La obediencia Jerárquica y la inviolabilidad de los derechos humanos. Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Santa Fe de Bogotá 1998

GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo y MOLANO LÓPEZ, Mario Roberto. La relación Especial de Sujeción Estudios, Universidad Externado de Colombia, primera edición, Colombia, 2007

GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Asuntos Disciplinario Praxis y Jurisprudencia, Ediciones Jurídicas Axel Tomo I Bogotá 2008

_____. Dogmática del Derecho Disciplinario. Universidad Externado de Colombia. 3ª edición, Colombia 2004

_____. Elementos y Propuestas para el Control Contencioso Administrativo de la Actividad Disciplinaria, Colección de Derecho Disciplinario Volumen 3, Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá 2009

_____. Fundamentos del derecho disciplinario colombiano, Colección de Derecho Disciplinario Volumen 4, Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá 2012

_____. La Relación Especial de Sujeción como categoría dogmática superior del derecho disciplinario. Colección de Derecho Disciplinario N° 5, Instituto de Estudios del Ministerio Público. Imprenta Nacional de Colombia, 2003

_____. Problemas Centrales del Derecho Disciplinario Colección de Derecho Disciplinario Volumen 1, Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá 2009

HENCKAERTS, Jean Marie y LOUISE, Doswald-Beck. El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, Volumen I, Comité Internacional de la Cruz Roja, 2005

HERNÁNDEZ HOYOS, Diana. Lecciones de Derecho Internacional Humanitario, Ediciones Nueva Jurídica, Segunda Edición, Bogotá 2002

HUERTAS DÍAZ, Omar. Formación en Derecho Internacional humanitario – Aproximaciones para su comprensión -, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá 2008

ISAZA SERRANO, Carlos Mario. Teoría General del Derecho Disciplinario, Aspectos Históricos, Sustanciales y Procesales, Segunda Edición, editorial TEMIS, Bogotá 2009

_____. Derecho Disciplinario - Parte General, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá 1997

LAFONT PIANETA, Rafael. Naturaleza Jurídica del Derecho Disciplinario. Instituto de Estudios del Ministerio Público.

MADRID-MALO GARIZÁBAL, Mario. Conflicto Armado y Derecho humanitario, Tercer Mundo Editores, Bogotá 1997

MOLANO LÓPEZ, Mario Roberto. Las Relaciones de Sujeción Especial en el Estado Social, Colección de Derecho Disciplinario N° 9. Imprenta Nacional. Bogotá 2005

NIETO NAVIA, Rafael. Miembro de l'Institut de droit international, Anuario Colombiano de Derecho internacional ACIDI, Asociación Cavellier del Derecho; Universidad del Rosario, ¿Hay o no hay conflicto armado en Colombia?, Bogotá 2002

NOVAK, Fabián, Derecho Internacional Humanitario, Pontificia Universidad Católica del Perú, Instituto de Estudios Internacionales (IDEI), Fondo Editorial, lima Perú 2003

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos - Defensoría del Pueblo, Manual de calificación de conductas violatorias de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Vol. II, primera edición, Bogotá 2004

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos – Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional, Vol. I y III, tercera Edición, Bogotá 2003

Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Procuraduría General de la Nación Guía Práctica de Pruebas para las Investigaciones Disciplinarias por violaciones a los Derechos Humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario, Bogotá 2004

Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y USAID, Alejandro Valencia Villa, Derecho internacional Humanitario, Conceptos Básicos Infracciones en el Conflicto Armado Colombiano, Bogotá 2007

ORDÓÑEZ MALDONADO, Alejandro. Justicia Disciplinaria, De la ilicitud sustancial a lo sustancial de la ilicitud, Procuraduría General del Nación, Instituto de Estudios del ministerio público, Bogotá 2009

PÉREZ ESCOBAR, Jacobo, Metodología y Técnica de la Investigación Jurídica, Tercera Edición, Temis, Bogotá 1999

PICTET, Jean. Desarrollo y Principios del Derecho Internacional Humanitario. Instituto Henry Dunat, Comité Internacional de la Cruz Roja, Graficas Ducal Ltda., tercera reimpresión, Bogotá 2001

PRIETO SANJUÁN, Rafael. Conducción de Hostilidades y Derecho Internacional Humanitario. A propósito del centenario de las Conferencias de la Haya de 1907, Editorial Dike Biblioteca Jurídica, Pontificia Universidad Javeriana, Medellín

_____. Tadic: Internacionalización de los conflictos internos y responsabilidad individual, Pontificia Universidad Javeriana, Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá, 2005

Procuraduría General de la Nación y Banco Interamericano de Desarrollo BID, La Función Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación a propósito de la Investigación de los integrantes de la Fuerza Pública y de los servidores que Funciones de Policía Judicial, Edición Programa de Modernización PGN-BID, Colombia 2007

QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. Derecho Constitucional Colombiano, De la carta de 1991 y sus reformas, segunda edición ampliada y actualizada, segunda edición, Grupo Editorial Ibáñez, 2008

RAMELI ARTEAGA, Alejandro. Derecho Internacional Humanitario y Estado de Beligerancia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho N° 12, Universidad Externado de Colombia, segunda edición, Bogotá 2004

_____. La Constitución Colombiana y el Derecho Internacional Humanitario, Universidad Externado de Colombia. 2ⁿ edición. Bogotá 2003

_____. Jurisprudencia Penal internacional Aplicable en Colombia, GIZ, Universidad de los Andes, Embajada de la República Federal de Alemania, 2011

RAMÍREZ OCAMPO, Augusto, Conflicto y Seguridad Democrática en Colombia,

Temas Críticos y Propuestas, Fundación Social Friedrich Ebert Stiftung en Colombia. Embajada de la República Federal Alemana. 2004

RESTREPO QUIJANO, Rafael Darío. Derecho Administrativo Disciplinario, Grupo Editorial Leyer, Bogotá 1999

REYES CUARTAS, José Fernando. Dos Estudios de Derecho Sancionador Estatal, Colección de Derecho Disciplinario N° 3. Instituto de Estudios Del Ministerio Público, Imprenta Nacional de Colombia, 2003

SALMÓN, Elizabeth. Introducción al Derecho Internacional Humanitario, Instituto de Democracia y Derechos Humanos, Pontificia Universidad Católica de Perú, Lima Perú, 2004

SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel. Dogmática Practicable del Derecho Disciplinario, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá 2012

SEPÚLVEDA, Oswaldo. Constitución y Fuerza Pública. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá 1995

SWINARSKI, Christophe. Introducción al Derecho Internacional Humanitario. San José / Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja. Instituto interamericano de Derechos Humanos, 1984

_____. Principales nociones e institutos del Derecho Internacional Humanitario como sistema de protección de la persona humana, segunda edición revisada. Instituto interamericano de San José. Costa Rica. 1991

TORRES, Flor Alba y AMAYA, César Augusto, Ex Procuradores Delegados para la Vigilancia Administrativa, y Caro Manuel Dagoberto, Asesor de la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa, Lecciones de Derecho Disciplinario Volumen I La Culpabilidad en el Derecho Disciplinario, Procuraduría General de la Nación, Instituto de Estudios del Ministerio Público, Bogotá 2006

USAID, Instituto de Estudios del Ministerio Público y Procuraduría general de la Nación, Guía Práctica de Pruebas para las investigaciones disciplinarias por las graves violaciones de los derechos humanos e infracciones al Derecho internacional humanitario, Bogotá 2010

VARGAS, Alejo. Las Fuerzas Armadas en el conflicto colombiano - antecedentes y perspectivas. Intermedio Editores, Bogotá 2002

Vicepresidencia de la República, Programa Presidencial de Derechos Humanos y DIH, Protocolo para el reconocimiento de casos de violaciones a los Derechos Humanos e Infracciones al Derecho Internacional Humanitario, con especial énfasis en el homicidio en persona protegida, Bogotá 2008

VILLARRAGA SARMIENTO, Álvaro, (Compilador). Derecho Internacional Humanitario en Colombia - Problemática y Aplicación TM Editores - Oficina del Alto Comisionado para la Paz, Bogotá 1998. tomo II

_____. Exigencias Humanitarias de la Población Civil - Hacia el logro de compromisos y acuerdos humanitarios. Fundación Cultura Democrática, Primera Edición, Bogotá 2005

_____. Derecho Internacional Humanitario en Colombia - Convenios de Ginebra y Protocolos Adicionales. TM Editores - Oficina del Alto Comisionado para la Paz. Tomo I. Bogotá 1998

_____. Derecho Internacional Humanitario Aplicado. Casos de Colombia, El Salvador, Guatemala, Yugoslavia y Ruanda. TM Editores - Oficina del Alto Comisionado para la Paz, Bogotá 1998

VILLEGAS GARZÓN, Oscar, El Proceso Disciplinario - Ley 734 de 2000, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá 2003

WERLE Gerhard, Tratado de Derecho Penal Internacional, Editorial Tirant to Blanch, Valencia 2011

Otros Conceptos

Procuraduría General de la Nación, Concepto de Constitucionalidad N° 580 de 1° de marzo de 1995 "Examen de constitucionalidad de la Ley 171 del 16 de agosto de 1996" Procuraduría Auxiliar para Asuntos Constitucionales Tomo 2

Procuraduría General de la Nación Directiva 010 de 14 de octubre de 2010

Procuraduría General de la Nación Directiva 016 de 30 de noviembre de 2011

Artículos en Internet

Comité Internacional de la Cruz Roja, Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario, 2010, Consultada en

http://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_0990.pdf

Comité Internacional de la Cruz Roja, XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja. Consultado en <http://www.icrc.org/spa/assets/files/red-cross-crescent-movement/31st-international-conference/31-int-conference-ihl-challenges-report-11-5-1-2-es.pdf>

Comité Internacional de la Cruz Roja, Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario: una contribución a la comprensión y al respeto del derecho de los conflictos armados, International Review of the Red Cross, 2005

Comité Internacional de la Cruz Roja, Xavier Philippe “Las sanciones por infracciones del derecho internacional humanitario: El problema de la división de competencias entre las autoridades nacionales y entre las autoridades internacionales”, 2008

XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, el derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos, Ginebra, octubre de 2011

Restrepo Ramírez Luis Carlos, Ex Alto Comisionado para la Paz, ¿Conflicto armado o amenaza terrorista? www.presidencia.gov.com

“Santos dijo que en el país si hay conflicto armado”
http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/S/santos_dijo_que_en_el_pais_si_hay_conflicto_armado/santos_dijo_que_en_el_pais_si_hay_conflicto_armado.a.sp

TARDIF CHALIFOUR, Eric, Teoría Práctica del Uso legítimo de la Fuerza en el Derecho Internacional, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones

Jurídicas de la UNAM. Consultada en
<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3005/12.pdf>