

LA PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN DE PERSONA PROTEGIDA DURANTE LOS CONFLICTOS ARMADOS¹

INTRODUCCIÓN

La discusión sobre la protección de personas durante el desarrollo de conflictos armados internacionales y no-internacionales, hace parte del *ius in bellum*, es decir, de las reglas que gobiernan la conducción de hostilidades. Estas reglas pueden dividirse en dos grandes grupos: las que regulan los *métodos* de combate y las que regulan los *medios* para combatir². El tema que nos ocupa hace parte del primero, en el cual encontramos por ejemplo normas relativas a la regulación internacional del uso de armas y medios de combate, la condena de la perfidia, el tratamiento de los combatientes *hors de combat* y las obligaciones de las partes al momento de la preparación de las operaciones militares. Dentro de este escenario, toma un lugar central el principio de distinción, el cual es base para discernir sobre quiénes son personas protegidas frente ataques directos y quiénes no.

Durante las siguientes líneas desarrollaremos un marco teórico, el cual fundamentará lo que hemos denominado *test para el análisis de la pérdida de la condición de persona protegida*. Con este test pretendemos facilitar la valoración de las alegaciones presentadas por las partes en aquellos procesos en los que se imputa el delito de “homicidio en persona protegida”.

El marco teórico que da cobertura a este test se divide en cuatro partes. En la primera se definirá la distinción entre personas protegidas y personas no protegidas, tanto en conflictos armados internacionales como no internacionales, al tiempo que nos aproximaremos brevemente a algunos de los retos que dicha distinción suscita.

En la segunda parte, analizaremos el concepto “participación directa en las hostilidades”, que provoca la pérdida de la protección, y lo distinguiremos de aquellos actos de participación indirecta en las hostilidades que no generan tal pérdida. Al abordar este concepto, estudiaremos los tres elementos principales de que se compone: el umbral de daño requerido, la relación directa de causalidad entre el acto y el daño, y el nexo beligerante. Así mismo, trataremos también los actos de legítima defensa propia o de

¹ Este trabajo ha sido realizado por Sergio Castillo Forero (sergiocastillo@hotmail.co.uk), Francois Lozano Pradere (lozano.francois@ur.edu.co), Laura Mateus Ramirez (mateus.laura@ur.edu.co) y Andrea Molano Araque (aomol29@gmail.com), bajo la supervisión del Prof. Héctor Olásolo Alonso en el marco de la Clínica Jurídica de Derecho Internacional Penal y Humanitario de la Universidad del Rosario.

² Rafael Prieto Sanjuán, *Conducción de Hostilidades y Derecho Internacional Humanitario*, Pontificia Universidad Javeriana, 2007, pp. 39-55.

terceros, que al excluir el nexo beligerante no pueden ser considerados como participación directa en las hostilidades.

En la tercera parte analizaremos la cuestión de la temporalidad en la participación directa en las hostilidades, y por lo tanto en la pérdida de la protección, distinguiendo entre aquellos actos de participación espontánea, esporádica o temporal frente a aquellos otros supuestos de participación reiterada y persistente.

En la cuarta parte, miraremos algunas posturas sobre la necesidad de que exista un vínculo entre el delito contra una persona protegida y el conflicto armado para que podamos hablar de un crimen de guerra. Finalmente, desarrollaremos un *test para el análisis de la pérdida de la condición de persona protegida* como conclusión al marco teórico previo, y se calificarán algunos hechos seleccionados de la decisión de control de legalidad en el caso de Ramón Isaza, con el fin de determinar si constituyen o no crímenes de guerra.

I. PERSONAS PROTEGIDAS EN CONFLICTOS ARMADOS

El principio de distinción obliga a las partes en un conflicto armado a determinar quiénes pueden ser objeto de ataque, con el fin de evitar perjuicios a las personas que no participan en las hostilidades. Convencionalmente este principio se encuentra contenido en el Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra arts. 48³, 51(2)⁴ y 52(2)⁵ para el caso de conflictos armados internacionales, y en el Protocolo Adicional II art. 13(2)⁶ para los conflictos de carácter no-internacional. Esta normativa tiene alcance consuetudinario, tal como lo ha manifestado la Corte Internacional de Justicia en la Opinión Consultiva sobre la *Licitud de la Amenaza o el Uso de Armas Nucleares* (1996)⁷, luego, es vinculante para cualquier Estado, incluso si no es parte de los tratados en que se recoge este principio.

³ “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 población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares.” (Art. 48 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto 1949, relativos a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I), 8 Junio 1977. De aquí en adelante: PA.I)

⁴ “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.” (Art. 51(2) PA.I)

⁵ “Los ataques se limitarán estrictamente a los objetivos militares. En lo que respecta a los bienes, los objetivos militares se limitan a aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida.” (Art. 52(2) PA.I)

⁶ “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.” (Art. 13 (2) del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto 1949, relativos a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados No-Internacionales (Protocolo II), 8 Junio 1977. De aquí en adelante PA.II)

⁷ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 226, para. 79

A. Personas protegidas en conflictos internacionales

A1. LAS QUE NO FORMEN PARTE DE LA FUERZAS ARMADAS, GRUPOS ARMADOS IRREGULARES O LEVÉE EN MASSE.

El Derecho Internacional Humanitario (DIH) define a las personas protegidas de forma negativa. Esto quiere decir que para identificar a este grupo, es necesario definir previamente qué individuos están desprovistos de protección, pudiendo por tanto ser objeto de ataque directo por el enemigo. El Protocolo Adicional I indica, de forma general, que estos últimos son los miembros de las Fuerzas Armadas parte del conflicto o los participantes de una *Levée en masse*.

Se entienden por fuerzas armadas de una Parte en conflicto a todas las fuerzas, grupos y unidades que según su derecho interno las integran o se encuentran adscritas a las mismas en caso de conflicto armado (unidades del ejército, policía militar e inteligencia militar, así como unidades de policía e inteligencia civil), y que cumplen con los siguientes requisitos exigidos por el Artículo 43.1 del Protocolo Adicional I: (i) que estén armadas y organizadas; (ii) que actúen bajo un mando responsable; y (iii) que se encuentren sometidas a un régimen efectivo de disciplina interna⁸. Según la *Guía Interpretativa del Comité Internacional de la Cruz Roja sobre la Noción de Participación Directa en la Hostilidades conforme al Derecho Internacional Humanitario* (GPDH), esto significa que a su vez tales fuerzas, grupos y unidades deben disponer de un uniforme y una insignia propios que permita identificarlos⁹.

Los miembros de las fuerzas armadas de las partes en conflicto no gozan de protección durante el tiempo que permanecen como miembros de las mismas, y ello con independencia de la función específica que desarrollen dentro de estas, incluso cuando se encuentren temporalmente de permiso¹⁰. Tampoco gozan de protección los reservistas en servicio o en entrenamiento, al ser también considerados como miembros de las fuerzas armadas.

Al igual que los miembros de las fuerzas armadas, tampoco tienen la condición de personas protegidas quienes participan en una *Levée en Masse*. Estos últimos son los habitantes de

⁸ “Las fuerzas armadas de una Parte en conflicto se componen de todas las fuerzas, grupos y unidades armados y organizados, colocados bajo un mando responsable de la conducta de sus subordinados ante esa Parte, aun cuando ésta esté representada por un gobierno o por una autoridad no reconocidos por una Parte adversa. Tales fuerzas armadas deberán estar sometidas a un régimen de disciplina interna que haga cumplir, inter alia, las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados.” (Art. 43(1) PA.I)

⁹ International Committee of the Red Cross, *Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*, International Review of the Red Cross, Volume 90 Number 872, December 2008. Ver pie de página número 44, p. 1005: “The term ‘armed forces’ of the High Contracting Party should be understood in the broadest sense. In fact, this term was chosen in preference to others suggested such as, for example, ‘regular armed forces’, in order to cover all the armed forces, including those not included in the definition of the army in the national legislation of some countries (national guard, customs, police forces or any other similar force).”

¹⁰ GPDH, p.1001 y 1003

un territorio no ocupado que, ante la proximidad del enemigo, toman espontáneamente las armas para resistir a las fuerzas invasoras¹¹ (debido a que carecen de una organización suficiente quedan fuera de la categoría de fuerzas armadas).

Finalmente, la GPDH afirma la existencia de una tercera categoría de personas que no tienen la condición de protegidas: los miembros de grupos armados irregulares¹². Se trata de aquellos que, a pesar de que según el derecho interno de una Parte en conflicto no son miembros de sus fuerzas armadas: (i) lleven a cabo operaciones militares; (ii) en favor de dicha Parte en conflicto (criterio de pertenencia); (iii) con un grado de organización militar suficiente¹³.

En consecuencia, no entran en esta categoría, los miembros de aquellos grupos que no cumplen con alguno de estos tres criterios, y en particular con el criterio de pertenencia¹⁴. De esta manera, debe existir una relación de facto entre el grupo de que se trate y una de las Partes en conflicto, de tal modo que el primero conduzca hostilidades en nombre y con el acuerdo de esta última¹⁵. La relación entre ambos puede ser expresa (declarada oficialmente) o tácita (“comportamiento conclusivo que aclare a favor de quién está luchando el grupo”¹⁶). Tal es el caso de las milicias y cuerpos de voluntarios que combaten apoyando a las fuerzas armadas de uno de las Partes en conflicto¹⁷.

Quienes no formen parte de una de las tres categorías arriba referidas (fuerzas armadas, *levée en masse* y grupos armados irregulares), constituyen personas protegidas en conflictos armados internacionales según el DIH. Por lo tanto, tienen la condición de protegidas quienes, sin ser miembros de las fuerzas armadas de una Parte, las acompañan en sus actividades. Tal es el caso de los corresponsales de guerra, los proveedores, los miembros de unidades de trabajo o de servicios encargados del bienestar de los militares¹⁸, y el personal médico¹⁹ y religioso²⁰ (el hecho de acompañar voluntariamente a personas sin

¹¹ Art. 4 (A)(6) del Convenio de Ginebra III, Relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra, del 12 de Agosto 1949 (en adelante CG.III); GPDH, p.1001

¹² De las tres categorías de personas que no gozan de protección (miembros de las fuerzas armadas, participantes en una *levée en masse* y miembros de grupos armados irregulares), sólo los integrantes de las dos primeras gozan de los siguientes derechos: (i) a utilizar las armas frente a agentes del enemigo, (ii) a no ser juzgados por actos de guerra lícitos según el DIH; y (iii) a ser tratados como prisioneros de guerra si caen en poder del adversario. Los integrantes de los grupos armados irregulares, al no tener el derecho a utilizar la fuerza contra agentes del enemigo, pueden ser juzgados por el mero hecho de recurrir a la fuerza armada contra los mismos. (Véase el CG.III)

¹³ GPDH, p. 999.

¹⁴ A esta conclusión se llegó en la reunión de los expertos que realizaron la GPDH, con el fin de mantener la diferencia entre población civil y fuerzas armadas parte del conflicto. Sobre este asunto consúltese la GPDH, nota al pie número 26, p. 1000.

¹⁵ GPDH, p. 1000.

¹⁶ GPDH, p.1000.

¹⁷ Art. 4(A)(1), CG.III.

¹⁸ Art. 4(A)(4), CG.III.

¹⁹ Según el CG.I, debemos entender por personal médico protegido a: 1) el personal sanitario, catalogado de permanente, exclusivamente destinado a buscar, recoger, transportar o a asistir a los heridos y los enfermos o a la prevención de enfermedades, y 2) al personal exclusivamente destinado a la administración de las unidades y de los establecimientos sanitarios. También se entiende por personal médico al personal militar especialmente formado para prestar servicios de

protección no tiene como consecuencia la pérdida de la protección propia, aunque se expongan a convertirse en bajas colaterales lícitas). Así mismo, tienen la condición de protegidas los miembros de grupos armados que no pueden ser considerados integrantes de las fuerzas armadas, ni cumplen con los tres requisitos arriba señalados para los grupos armados irregulares.

Finalmente, también adquieren la condición de personas protegidas, los miembros de las fuerzas armadas, de *Levée en Masse* y de grupos armados irregulares que (1) sean capturados por el adversario, encontrándose en su poder²¹; (2) se rindan y depongan las armas²²; (3) no puedan defenderse (situación de total indefensión) por enfermedad o daño²³; o (4) se reintegran a la vida civil porque terminan su servicio en las fuerzas armadas (o pasan a ser reservistas inactivos²⁴ de las mismas), finalizan su participación en una *Levée en Masse* o dejan de ser miembros de grupos armados irregulares²⁵.

En principio, ninguna persona que tiene la condición de protegida puede ser objeto directo de ataque. Esta situación se mantiene mientras dichas personas no participen directamente en las hostilidades. La participación directa en las hostilidades hace que su situación jurídica varíe, pues toda acción u omisión que pueda ser calificada como tal les hace perder automáticamente la protección que han disfrutado hasta ese momento (la pérdida de protección se mantiene mientras dure su participación directa en las hostilidades)²⁶.

A2. AFILIADOS CON UNA PARTE ENEMIGA (NACIONALIDAD, ETNICIDAD).

enfermería o ayudar al personal sanitario en sus labores de cuidado y búsqueda de enfermos y heridos (Art. 24 y 25 del Convenio de Ginebra I para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, del 12 de Agosto 1949). La protección debida a estos sujetos es aplicable en conflictos armados internacionales e internos, y cesa desde el momento en que ellos dejan de ejercer sus funciones humanitarias o buscan infligir daño al enemigo.

²⁰ Los miembros de las misiones para la paz y el personal de socorro y ayuda humanitaria, no caben precisamente dentro de esta categoría pero deben considerarse personas protegidas en todo caso. Salvo si toman parte directa en las hostilidades (Art. 71(2) PA.I; Art. 18 PA.II).

²¹ Art. 41(2)(a) del PA.I

²² Art. 23 (c), Convención (IV) respecto de las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, La Haya, 18 de Octubre 1907; Art. 41(2)(b) del PA.I.

²³ Art. 41(2)(c) y 85(3)(e) del PA.1; Art. 3 Común a los Convenios de Ginebra de 1949; Art. 8(2)(b)(vi) del Estatuto de Roma; GPDH, p.1039.

²⁴ GPDH, p.1001.

²⁵ GPDH, p.1001.

²⁶ En la sentencia del caso *Hostages* dictada por un tribunal militar norteamericano establecido conforme a la Ley Núm. 10 del Consejo de Control Aliado sobre Alemania (1947), se afirmó que las personas protegidas que ayuden, asistan o participen en el enfrentamiento armado, además de perder la protección, son propensos según el DIH a ser castigados como criminales de guerra por haber recurrido al uso de la fuerza armada sin tener derecho a hacerlo (*The Hostages Trial*, XV Law Reports of Trials of War Criminals, United Nations Wartime Commission, (London, 1947-48), at 111).

En decisión tomada por la Sala de Apelaciones del TPIY en el caso de Tadic, se establece que el artículo 4(1) de la Convención de Ginebra IV define quiénes son personas protegidas como “aquellas que están en las manos de la parte de la cual estas personas no son nacionales”. Así, la protección otorgada por los instrumentos internacionales es dada a los individuos que no tienen la nacionalidad de la parte beligerante en cuyo poder se encuentran.

La Convención de Ginebra IV también extiende la protección a las personas: 1) apátridas, y 2) que teniendo la nacionalidad de la parte que está en el conflicto o son refugiadas o no gozan de protección diplomática²⁷

B. Personas Protegidas En Conflictos No Internacionales: Quienes no son Miembros de Fuerzas Armadas del Estado o de Grupos Armados Organizado.

En el contexto de los conflictos armados no-internacionales son, en principio, personas protegidas todos aquellos que no son parte de las fuerzas armadas del Estado²⁸. Sin embargo, cuando personas protegidas deciden intervenir en el conflicto armado, integrándose en un grupo armado organizado pierden automáticamente la protección mientras sean miembros de dicho grupo armado organizado²⁹.

B1. Fuerzas Armadas

El concepto de fuerzas armadas no varía según que el conflicto sea internacional o no-internacional. En consecuencia, tanto la definición de fuerzas armadas, como los supuestos específicos en que sus miembros pueden convertirse en personas protegidas, son también los mismos en ambos tipos de conflictos.

B2. Grupos Armados Organizados

Se entiende por “grupos armados organizados” aquellos grupos que cumplen con las siguientes características: 1) cumplen con cierta estructura jerárquica, incluyendo un mando responsable, lo que facilita un control operacional y disciplinario; 2) están en la capacidad de llevar a cabo operaciones militares coordinadas y sostenidas en el tiempo de una cierta

²⁷ ICTY. *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Case No IT-04-1-AR72-A, Appeals Judgement, 15 July 1999, para. 166

²⁸ GPDH, p. 1004.

²⁹ Art. 1(1) PA.II

intensidad de violencia³⁰. No se exige, sin embargo, que gocen de la misma capacidad armamentista que las fuerzas militares de un Estado³¹.

Según la GPDH, no todas las personas que colaboran con un grupo armado organizado son miembros del mismo. Así la GPDH traza una distinción entre los “miembros” del grupo (que en cuanto tales y mientras persista su membresía pierden su protección) y quienes son “parte” del grupo (que sólo si realizan actividades de participación directa en las hostilidades pierden su protección y mientras dure la actividad de que se trate).

El criterio funcional es el pivote de la diferencia entre “ser miembro” y “ser parte” de un grupo armado organizado. Conforme a este criterio, un individuo únicamente se convierte en miembro de un grupo armado organizado si asume una función continua de combate en el seno de dicho grupo armado³². Por lo tanto, la membresía en el grupo no tiene por qué manifestarse necesariamente a través del uso de uniformes, insignias o tarjetas de identificación³³.

Según la GPDH, los individuos que preparan, ejecutan, o comandan los actos u operaciones militares de un grupo armado organizado mantienen una función continua de combate. Esta también es la situación de aquellos que son reclutados, entrenados y equipados por un grupo armado organizado para dirigir hostilidades en su nombre, aun cuando no hayan llevado a cabo algún acto hostil³⁴.

Por su parte, los individuos que acompañan o apoyan continuamente a un grupo armado organizado pero cuya función no los involucra directamente en las hostilidades, no pueden ser considerados como “miembros” del grupo (aunque “sean parte” del mismo), y por tanto son personas protegidas³⁵. En la misma situación se encuentran quienes limitan su actividad dentro del grupo al reclutamiento, financiación, o entrenamiento (a menos que tengan una función adicional que los vincule directamente en las hostilidades desarrolladas por el grupo³⁶). Finalmente, no son tampoco miembros del grupo quienes adquieren,

³⁰ Olásolo Héctor, *Ataques Contra Personas o Bienes Civiles y Ataques Desproporcionados en Situación de Combate*, Tirant lo Blanch, Edición 1º, 2007, p.25; Según la GPDH, quienes otrora hicieron parte de las fuerzas armadas pero hoy en día formen parte de un grupo disidente (Art. 9 del PA. II), no estarán sujetos a protección y les serán aplicables las reglas que rigen para los grupos armados organizados.

³¹ Además, a diferencia de los miembros de las fuerzas armadas de un estado, los miembros de los grupos armados organizados no tienen el derecho a utilizar las armas (GPDH, p. 1006).

³² “[...] in non-international armed conflicts, organized armed groups constitute the armed forces of a non-state party to the conflict and consist only of individuals whose constant function is to take a direct part in hostilities, or, in other words, individuals who have a continuous combat function” (Williamson, Jamie A. *Challenges Of Twenty-First Century Conflicts: A Look at Direct Participation in Hostilities*, Duke Journal of Comparative and International law, Volume 20, 2009-2010, p. 464.)

³³ GPDH, p.1006.

³⁴ GPDH, p.1007.

³⁵ GPDH, p. 1008.

³⁶ GPDH, p. 1021.

manufacturan, y hacen mantenimiento a las armas o realizan trabajos de inteligencia al margen de operaciones militares específicas³⁷.

De acuerdo con lo anterior, la membresía en un grupo armado organizado por el desempeño de una “función continua de combate” equivaldría a “participar directamente en las hostilidades de manera continua”³⁸. Esto quiere decir que los miembros de grupos armados organizados, al igual que los miembros de las fuerzas armadas de un Estado, no serían personas protegidas (y por tanto podrían ser atacados por el enemigo) durante todo el tiempo que dure su membresía, incluso cuando no se encuentren desarrollando operaciones militares (por ejemplo, cuando estén de permiso³⁹).

La situación se complica en la práctica al observar la existencia de individuos que “son parte” de un grupo armado organizado, y que si bien no desempeñan funciones continuas de combate, toman las armas de manera periódica para desarrollar operaciones militares del grupo. Michael Schmitt expone con claridad el problema:

"[...] según la aproximación de la Guía interpretativa, los miembros de un grupo armado organizado que tengan una función continua de combate pueden ser atacados en cualquier momento, mientras que los que periódicamente toman las armas deben ser tratados como civiles [personas protegidas] que participan directamente en las hostilidades y que solo pueden ser atacados cuando lo hacen. En la práctica, resultará complicado distinguir entre las dos categorías. Por ejemplo, si en hostilidades pasadas fue identificado un individuo que hacía parte de las mismas, ¿Cómo podría saber un atacante que dicha participación era meramente periódica al realizar posteriormente una operación en contra del grupo al cual pertenece el primer individuo?"⁴⁰

En respuesta al problema planteado, la GPDH afirma que identificar a un miembro de un grupo armado organizado se puede llevar a cabo mediante: 1) el reconocimiento de insignias y uniformes que son propias de ese grupo, o 2) sobre la base de un comportamiento conclusivo del sujeto, que muestre que su conducta corresponde a una participación continua en las hostilidades y no solamente se trata de un acto espontáneo, esporádico o temporal que se asume durante una operación en particular⁴¹.

Empero, según Schmitt esta afirmación tampoco resolvería el problema planteado. Según este autor, una solución acertada sólo se encontraría en el planteamiento del artículo 50.1 del Protocolo Adicional I, según el cual en caso de que exista alguna duda sobre la

³⁷ GPDH, pp.1008 y 1021-1022.

³⁸ Schmitt, Michael. *The interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities: A Critical Analysis*, Harvard National Security Journal, Volume 1, March 5, 2010, p. 21.

³⁹ Schmitt, Michael. *The interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities: A Critical Analysis*, *Ibíd.*

⁴⁰ *Ibíd.* pp. 22-23

⁴¹ GPDH, p. 1008.

membresía de un individuo en un grupo armado organizado (y por tanto sobre su carácter de persona no protegida), será considerado como persona protegida.

II. LA PÉRDIDA DE PROTECCIÓN A RAIZ DE LA “PARTICIPACIÓN DIRECTA EN LAS HOSTILIDADES”

A. Introducción al Concepto “Participación Directa en las Hostilidades”

Como regla general, los Artículos 51.3 del Protocolo Adicional I y 13. 3 del Protocolo Adicional II establecen que las personas protegidas mantienen su protección a menos que participen directamente en las hostilidades y por el tiempo durante el que dure dicha participación⁴². De ahí que sea tan relevante distinguir el concepto de “participación directa en las hostilidades”, del concepto de participación indirecta, la cual no amerita la pérdida de la protección⁴³. El análisis de esta distinción es precisamente el objeto de la siguiente sección del presente trabajo.

La participación de personas protegidas en los conflictos armados actuales es una constante que se ha incrementado en el siglo XXI⁴⁴. Esto se debe a que representan un recurso útil para los actores armados, que las requieren como contratistas privados, informantes, o colaboradores en la ejecución de operaciones militares. En este contexto, resulta problemático determinar en la práctica quiénes pueden ser atacados legítimamente al haber perdido su protección, fruto de su participación directa en las hostilidades, y quiénes gozan de protección conforme al DIH porque su participación sólo puede calificarse como indirecta.

Según la GPDH, la costumbre internacional y la jurisprudencia internacional no ofrecen una definición jurídica del concepto “participación directa en las hostilidades”⁴⁵. Por lo

⁴² “Las personas civiles gozarán de la protección que confiere esta Sección, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación” (Art. 51(3) del PA.I); “Las personas civiles gozarán de la protección que confiere este Título, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación” (Art. 13(3) del PA.II).

⁴³ Comité Internacional de la Cruz Roja, *Participación directa en las hostilidades: preguntas y respuestas*, disponible en el sitio web del CICR.

⁴⁴ Sobre la participación de los civiles en las guerras del siglo XXI, ver: Schmitt, Michael. *The Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities: A Critical Analysis*, Harvard National Security Journal, Volume 1, March 5, 2010; Williamson, Jamie A. *Challenges Of Twenty-First Century Conflicts: A Look at Direct Participation in Hostilities*, Duke Journal of Comparative and International Law, Volume 20, 2009-2010; Schmitt, Michael. *Direct Participation in Hostilities and the 21st Century Armed Conflict*, p. 519-520. Disponible en: http://www.uio.no/studier/emner/jus/humanrights/HUMR5503/h09/undervisningsmateriale/schmitt_direct_participation_in_hostilities.pdf.

⁴⁵ GPDH, p. 1012; Aunque en el caso *Strugar* existían razones para plantear una noción de participación directa y aplicarla al caso concreto, el Tribunal realizó tan sólo un análisis normativo, sin definir un concepto concreto que pudiese ser aplicado en casos posteriores (ICTY, *Prosecutor vs. Pavle Strugar*, Case No. IT-01-42-A, Judgment, 17 July 2008, para. 173-175).

tanto, con base en el artículo 31 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, este concepto debe ser interpretado de buena fe y conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a sus términos en el contexto en que aparece y teniendo en cuenta el objeto y fin del tratado en que se recoge. De ahí que su interpretación deba partir del numeral 1) del Artículo 3 Común a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949, que se refiere a “las personas que no participen directamente en las hostilidades”, expresión de la cual se deriva el concepto “participación directa en las hostilidades”.

Valga hacer una precisión sobre el alcance de los términos participación “directa” y participación “activa” en las hostilidades cuando se trabaja en el idioma inglés, pues en los textos de las Convenciones de Ginebra, sus Protocolos Adicionales y el Artículo 3 Común⁴⁶ redactados en dicha lengua, los adjetivos “*active*” y “*direct*” son usados de manera indiscriminada fomentando confusiones sobre el alcance que tendría cada uno de ellos en el contexto de la participación en hostilidades. La GPDH afirma que “*active*” y “*direct*” son un mismo valor y grado de participación individual en las hostilidades, es decir que “*active participation*” y “*direct participation*” son sinónimos⁴⁷. A esta conclusión se llega, dado que en los textos mencionados, redactados en francés, se utiliza constantemente “*participent directement*” (participen directamente). Situación que ocurre igualmente en los textos en español, en donde se utiliza el adjetivo “directamente”.

El Tribunal Penal Internacional para Ruanda se refirió a este tema en su decisión del 2 de septiembre de 1998, de la siguiente manera:

“(…) [El] Artículo 3 Común es para la protección de “personas que no tomen *active part* en las hostilidades” (Artículo 3 Común (1)), y el Artículo 4 del Protocolo Adicional II es para la protección de “todas las personas que no tomen *direct part* o quienes hayan cesado de tomar parte en las hostilidades”. Estas frases son tan similares que, para los propósitos de la Sala, pueden ser tratados como sinónimos.”⁴⁸

Por otro lado, la Corte Penal Internacional en la decisión de primera instancia del caso *Lubanga*⁴⁹, distingue entre participación directa y participación activa en el ámbito de la utilización de los menores de 15 años en hostilidades. Por la primera se refiere únicamente a la participación en el combate, mientras que la segunda tiene un significado más amplio y comprende todo tipo de actividades vinculadas con el combate (tales como el sabotaje, el espionaje, servicios de guardaespaldas, el resguardo de objetivos militares hostilidades u otras actividades que incluyan papeles de soporte en la ejecución de operaciones militares.) que contribuyan efectivamente en las hostilidades. Según esta jurisprudencia, por participación activa en el marco del uso de niños menores de 15 años en hostilidades,

⁴⁶ El texto en inglés del Artículo 3 Común dice: “Persons taking no active part in the hostilities”; mientras que el mismo texto en español plantea: “Las personas que no participen directamente en las hostilidades”.

⁴⁷ GPDH, p.1014.

⁴⁸ TPIR, *Fiscalía c. Akayesu*, Caso No. ICTR-96-4-T, decisión del 2 de septiembre de 1998, para. 629.

⁴⁹ Corte Penal Internacional, *Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo*, Caso No. ICC-01/04-01/06, decisión del 14 de marzo de 2012, para. 619 a 628.

comprendería tanto la participación directa, como ciertas acciones u omisiones consideradas, dentro de la clásica distinción entre participación directa e indirecta, como actividades de “participación indirecta”.

A este respecto, es importante destacar, que la jurisprudencia de la Corte Penal no ha extendido este tercer género de “participación activa” más allá de la definición del delito de uso activo de menores de 15 años en las hostilidades. En otras palabras, la Corte Penal no se ha pronunciado sobre cuál sería el impacto de esta nueva categoría en relación con la pérdida o no de la protección. A lo que hay que añadir, que el resto de tribunales penales internacionales, así como la GPDH sólo admiten la distinción entre participación directa e indirecta a los efectos de deslindar los supuestos de pérdida de protección (participación directa) de los supuestos que no conllevan esa pérdida de protección (participación indirecta)⁵⁰.

Ahora bien, el concepto de “participación directa en las hostilidades” está compuesto de tres elementos: a) umbral de daño requerido resultante del acto (*umbral de daño*), b) relación de causalidad directa entre el acto y el daño, y, 3) nexos beligerante entre el acto y las hostilidades entre las partes en un conflicto armado⁵¹.

En aplicación de los elementos enunciados, la GPDH afirma que cualquier persona protegida que realice actuaciones que constituyan una parte integral de una operación militar específica con el objetivo de dañar al adversario y beneficiar así a una de las partes del conflicto⁵², se entenderá que ha “participado directamente en las hostilidades”, y ello aun cuando no se encuentre personalmente en el campo de batalla⁵³.

De acuerdo con lo anterior, las contribuciones realizadas por personas protegidas a la logística general de apoyo al esfuerzo bélico de una de las partes en el conflicto, no constituyen participación directa en las hostilidades⁵⁴. Esté será particularmente el caso de los contratistas y empleados civiles de las fuerzas armadas y de los grupos armados organizados, que serán personas protegidas a no ser que asuman funciones continuas de

⁵⁰ GPHD P. 1014 note 84 “...distinction between the terms “active” and “direct” in the context of the recruitment of children when it explained that: “The words ‘using’ and ‘participate’ have been adopted in order to cover both direct participation in combat and also active participation in military activities linked to combat” (emphases added). Strictly speaking, however, the Committee made a distinction between “combat” and “military activities linked to combat”, not between “active” and “direct” participation.”

⁵¹ GPDH, p. 1016.

⁵² Schmitt, Michael. *Direct Participation in Hostilities and the 21st Century Armed Conflict*, p. 519-520 (Ver supra nota 43).

⁵³ Tal es el caso de los operadores de misiles, quienes pueden encontrarse a kilómetros de distancia del objetivo militar, pero cuya actividad es crucial para la ejecución de la operación (McDonald, Avril. *The Challenges to International Humanitarian Law and the Principles of Distinction and Protection from the Increased Participation of Civilians in Hostilities*, April 2004. Consultado en: http://www.asser.nl/default.aspx?site_id=9&level1=13337&level2=13379#_Toc158269147).

⁵⁴ Williamson, Jamie A. *Challenges Of Twenty-First Century Conflicts: A Look at Direct Participation in Hostilities*, Duke Journal of Comparative and International law, Volume 20, 2009-2010, p.463.

combate (lo que les daría la membresía en el grupo armado de que se trate) o participen directamente en operaciones militares específicas⁵⁵.

B. Umbral de Daño

La GPDH afirma que para calificar un acto como participación directa en las hostilidades, el daño resultante del mismo debe alcanzar un cierto umbral⁵⁶, ya sea porque produce un daño de índole específicamente militar (denominado “efecto militar adverso”), ya sea porque causa la muerte, la lesión o la destrucción de personas o bienes protegidos en relación con las hostilidades.

Para algunos autores como Schmitt, el concepto “participación directa en las hostilidades” debería incluir no sólo aquellos actos que generan un *daño o detrimento a la contraparte*, sino también aquellos que *benefician a alguna de las partes del conflicto*⁵⁷. Este sería el caso de las actividades que aumentan la capacidad de alguna de las partes del conflicto para realizar operaciones específicas o inminentes⁵⁸. Sin embargo, la GPDH no ha aceptado esta extensión del concepto propuesta por Schmitt.

La calificación de un acto como participación directa en las hostilidades no requiere la materialización del umbral de daño requerido, sino simplemente la *probabilidad objetiva* de que el acto pueda tener como consecuencia dicho umbral de daño⁵⁹. Por tanto, lo que ha de analizarse es el daño que razonablemente se puede esperar que el acto cause en las circunstancias del caso⁶⁰.

B.1. Actos que Generan Efectos Militares Adversos para Una de las Partes en Conflicto

Cuando razonablemente sea posible esperar que un acto cause “efectos militares adversos”, el umbral de daño se cumplirá con independencia de la gravedad cuantitativa del mismo. Según la GPDH, se entiende por “efectos militares adversos”, los daños militares

⁵⁵ No obstante, por la naturaleza de sus actividades, estos individuos están expuestos a muerte incidental o perjuicio (GPDH, p.1010).

⁵⁶ GPDH, p.1016.

⁵⁷ Schmitt, Michael N. *Deconstructing Direct Participation in Hostilities: The Constitutive Elements*, N.Y.U Journal of International Law and Politics, Volume 42, 2009-2010, p. 727.

⁵⁸ En palabras del autor: “[...] it would be too restrictive to exclude some instances of capability building. The recruitment of suicide bombers and the purchase of materials in order to build suicide vests are cases in point. [...] That being so, the criterion must be expanded to capacity building that comprises more than simply enhancing general military capacity in that it can be linked to specific operations, or types of operations, that are relatively imminent” (Ibid).

⁵⁹ GPDH, p.1017

⁶⁰ GPDH, pp. 1017-1018

consistentes en matar o lesionar a miembros de una parte en conflicto, o destruir sus bienes militares⁶¹.

Michael Schmitt prefiere utilizar la expresión “actos perjudiciales para el enemigo”, en lugar de actos que causan “efectos militares adversos”⁶². Según este autor, el concepto de “actos perjudiciales” está mucho más en línea con las disposiciones del Protocolo Adicional I, que señalan que: (i) los enfermos, heridos y los náufragos “deben abstenerse de todo acto de hostilidad”, y podrán ser objeto de ataque durante el tiempo que amenacen al enemigo, con independencia de que puedan o no defenderse⁶³; (ii) las unidades sanitarias pierden su protección cuando “al margen de sus fines humanitarios, cometen actos perjudiciales para el enemigo”; y (iii) las organizaciones de defensa civil y en general, el personal que participe en “actos perjudiciales para el enemigo”, pierden su protección⁶⁴.

Ahora bien, la propuesta de Michael Schmitt va más allá de un mero cambio de expresión, puesto que para este autor el concepto “actos perjudiciales para el enemigo” se extendería no sólo al daño directo infligido al enemigo en operaciones militares, sino también a cualquier intento de obstaculizar deliberadamente sus operaciones militares en modo alguno⁶⁵. De esta manera, se incluirían en este concepto los actos de sabotaje y las actividades que perjudiquen ciertas operaciones militares o la capacidad militar de una Parte en el conflicto, porque restringen o perturban el despliegue de sus miembros en el conflicto o la logística de sus comunicaciones. Este sería el caso de las interferencias electrónicas en las redes informáticas militares, sea mediante ataques contra la red informática o su destrucción, o a través de la interceptación de las líneas telefónicas de los altos mandos de la parte contraria⁶⁶ o la transmisión de información o inteligencia táctica en relación con el objetivo de una cierta operación⁶⁷.

Sin embargo, cabe aclarar que si bien el concepto de “actos perjudiciales para el enemigo” fue propuesto durante los trabajos preparatorios de la GPDH (entendiendo por acto perjudicial el “acto cuyo propósito o efecto sea hacer daño a la parte adversa, al facilitar o impedir operaciones militares”), este no se terminó aceptando en el documento final de la GPDH.

⁶¹ GPDH, p.1017-1018

⁶² M. Schmitt, *Deconstructing Direct Participation in Hostilities: The Constitutive Elements*, N.Y.U Journal of International Law and Politics, Volume 42, 2009-2010, p. 714-715.

⁶³ Art. 13 (1) PA.I; Olásolo Héctor, *Ataques Contra Personas o Bienes Civiles y Ataques Desproporcionados en Situación de Combate*, Tirant lo Blanch, Edición 1º, 2007, p. 74.

⁶⁴ Art. 65 (1) PA.I

⁶⁵ M. Schmitt, *Deconstructing Direct Participation in Hostilities: The Constitutive Elements*, N.Y.U Journal of International Law and Politics, Volume 42, 2009-2010, p. 715.

⁶⁶ GPDH, p. 1017-1018

⁶⁷ Se observa el ejemplo de una mujer civil que a menudo entraba a mirar en un edificio en donde se habían resguardado algunas tropas, para indicar la posición de estas a las fuerzas de asalto enemigas. Se consideró que el criterio decisivo para considerar su conducta como participación directa en las hostilidades era la importancia de la información transmitida (GPDH, 1018, nota al pie 103).

B.2. Causar la Muerte o Perjuicio a las Personas o los Bienes Protegidos contra los Ataques Directos.

El umbral de daño requerido para la participación directa en las hostilidades, también podría alcanzarse cuando es probable que un acto mate, lesione o destruya personas o bienes protegidos siempre que dichos actos: (a) sean parte del conflicto armado como "estrategia de guerra" (caso de las deportaciones, por ejemplo); o (b) exista una evidente relación con las hostilidades en curso⁶⁸.

C. Relación de causalidad directa entre el acto y el daño

La GPDH define la necesaria conexión causal entre el acto y el daño como "el vínculo causal entre el acto específico y un daño que puede resultar de ese acto o de una operación militar coordinada de la cual ese acto constituye una parte integral"⁶⁹. En consecuencia, este segundo elemento requiere el análisis de la naturaleza de la relación entre la causa (acto) y el efecto (daño)⁷⁰, a los efectos de diferenciar entre los actos de participación "directa" en las hostilidades y los de participación "indirecta"⁷¹.

Tres son los factores que según la GPDH deben ser tenidos en cuenta para determinar cuándo el vínculo de causalidad es directo. En primer lugar, el daño ocasionado debe resultar de *una sola secuencia causal (one causal step)*, lo que descarta aquellas conductas individuales que conservan o amplían la capacidad militar de una de las partes⁷².

La GPDH no explica en profundidad qué se entiende exactamente por "una sola secuencia causal"⁷³, limitándose a afirmar que no se necesita que el acto sea indispensable para producir el umbral de daño requerido. Algunos autores como Schmitt han afirmado que esta

⁶⁸ Michael N Schmitt, *Deconstructing Direct Participation in Hostilities: The Constitutive Elements*. New York University Journal of International Law and Politics, Volume 42, No 3, p.723

⁶⁹ GPDH, p. 1019

⁷⁰ Schmitt, Michael N. *Deconstructing Direct Participation in Hostilities: The Constitutive Elements*, N.Y.U Journal of International Law and Politics, Volume 42, 2009-2010, p. 726.

⁷¹ GPDH, p. 1020

⁷² GPDH, p. 1021

⁷³ Aunque no profundiza en la expresión, la Guía aporta ejemplos pertinentes para comprender qué tipo de acciones quedan excluidas de la participación directa en las hostilidades, por tener una causalidad indirecta con el daño producido o que se busca producir. Algunos de estos ejemplos son: "imposing a regime of economic sanctions on a party to an armed conflict, depriving it of financial assets,120 or providing its adversary with supplies and services (such as electricity, fuel, construction material, finances and financial services) would have a potentially important, but still indirect, impact on the military capacity or operations of that party, [...] scientific research and design, as well as production and transport of weapons and equipment unless carried out as an integral part of a specific military operation designed to directly cause the required threshold of harm" (GPDH, p. 1021-1022).

expresión no debería ser tomada literalmente (es decir que no debería limitarse realmente a que el daño se produzca en una única secuencia), porque algunas actividades militares requieren de una preparación compleja y de una serie de acciones durante su ejecución⁷⁴.

En segundo lugar, es necesario valorar la *integralidad del acto*, lo que significa que ciertos actos, que aisladamente pueden ser considerados como menores⁷⁵, pueden realmente alcanzar el umbral de daño en conjunto con otros actos⁷⁶.

A este respecto la GPDH afirma que “[...] cuando un acto específico por sí mismo no causa directamente el umbral de daño requerido, el requisito de la causalidad directa se cumplirá si el acto constituye una parte integral de una operación táctica concreta y coordinada que directamente cause dicho daño”⁷⁷. En otras palabras, toda actuación que directamente aporte a la preparación y el desarrollo de una operación militar concreta, aun cuando puede efectuarse fuera del campo de combate, será vista como participación directa. Este será el caso de la identificación de los blancos militares, el entrenamiento para el uso de una bomba que va a utilizarse en un acto puntual, o la ubicación de la zona de despliegue.

Con base en lo anterior, los actos que no hacen parte de una operación militar particular, pero que contribuyen a la *preparación general* del grupo armado para las hostilidades, no cumplen con el requisito de la causalidad directa. Este es el caso del entrenamiento físico general o del entrenamiento en el uso de ciertas armas o dispositivos convencionales.

En tercer lugar, es importante tener en cuenta que la proximidad causal no depende de la proximidad temporal o geográfica a las hostilidades⁷⁸. Esta afirmación es la constatación de que los medios de la guerra en la actualidad no necesariamente deben encontrarse en el campo de batalla para perjudicar a la contraparte. Asimismo, hay sujetos que encontrándose en la zona de las hostilidades no toman parte directa en las mismas, dado que la actividad que realizan apoya tan sólo indirectamente a quienes cumplen funciones continuas de combate.

En cualquier caso, tanto la proximidad temporal como la geográfica son criterios auxiliares (no conclusivos) que permiten evaluar, en cada situación, si un acto cumple con el requisito de la causalidad directa⁷⁹.

⁷⁴ Schmitt, Michael N. *Deconstructing Direct Participation in Hostilities: The Constitutive Elements*, N.Y.U Journal of International Law and Politics, Volume 42, 2009-2010, p. 728.

⁷⁵ Schmitt, Michael N. *Deconstructing Direct Participation in Hostilities: The Constitutive Elements*, p. 729.

⁷⁶ Schmitt, Michael N. *Deconstructing Direct Participation in Hostilities: The Constitutive Elements*, Ibid.

⁷⁷ GPDH, p. 1022-1023

⁷⁸ GPDH, p. 1022

⁷⁹ Schmitt, Michael N. *Deconstructing Direct Participation in Hostilities: The Constitutive Elements*, N.Y.U Journal of International Law and Politics, Volume 42, 2009-2010, p. 731-732.

Según ha señalado el TPIY en el caso *Strugar*, de acuerdo con los tres factores (una sola secuencia causal, integralidad del acto y proximidad temporal o geográfica) se concluye que aquellos actos que contribuyen al esfuerzo general de guerra o a las “actividades en apoyo de la guerra” de alguna de las partes en el conflicto⁸⁰, no cumplen con el requisito de la causalidad directa, y por ende, son considerados como participación indirecta en las hostilidades que no conllevan la pérdida de protección.

Siguiendo lo antedicho, por *esfuerzo general de guerra* se entienden “todas las actividades que objetivamente contribuyen a la derrota militar del adversario”⁸¹. Por su parte, por *actividades en apoyo de la guerra* se entienden las acciones “políticas, económicas o mediáticas que apoyan el esfuerzo general de guerra”⁸². Dado que tanto el primero, como las segundas, tienden a incrementar la capacidad de causar daño del grupo armado, pero no afectan al adversario directamente, se considera que las personas protegidas que toman lugar en las mismas sólo participan indirectamente en las hostilidades y por tanto no pierden su protección⁸³.

D. Nexo Beligerante

La GPDH indica que para que exista el requisito de nexo beligerante, el propósito específico del acto debe ser causar directamente el umbral de daño exigido en apoyo de una parte en conflicto y en menoscabo de otra⁸⁴. De esta manera, los actos que no estén destinados específicamente a este fin carecen de nexo beligerante. Esto implica que para determinar si existe o no un nexo beligerante, es necesario analizar cuál es la finalidad objetiva del acto, que normalmente se puede deducir de la preparación del propio acto.

Sin embargo, algunos autores como Schmitt critican el enfoque dado por la GPDH a este tercer elemento constitutivo de la participación directa por dos razones principales⁸⁵. En primer lugar, el requisito del nexo beligerante, tal y como lo plantea la GPDH, exige que

⁸⁰ GPDH, p. 1020; ICTY, *Prosecutor vs. Pavle Strugar*, Case No. IT-01-42-A, Judgment, 17 July 2008, para.176-177

⁸¹ Algunos ejemplos destacados por las GPDH son: Fabricación, producción y envío de armas y equipamiento militar, construcción y reparación de carreteras, puertas aeropuertos, puentes y otras infraestructuras ajenas al contexto de operaciones militares concretas (GPDH, p. 1020).

⁸² En el caso de las actividades de apoyo en guerra, se menciona: propaganda política, transacciones financieras, producción agrícola o producción industrial no militar (GPDH, p. 1020)

⁸³ “Undoubtedly there is room here for some margin of judgment: to restrict this concept to combat and to active military operations would be too narrow, while extending it to the entire war effort would be too broad, as in modern warfare the whole population participates in the war effort to some extent, albeit indirectly. The population cannot on this ground be considered to be combatants, although their possible presence near military objectives does expose them to incidental risk. [...] Direct participation in hostilities implies a direct causal relationship between the activity engaged in and the harm done to the enemy at the time and the place where the activity takes place.” (Comentarios PA.I, para. 1679, Artículo 52, Protección general de objetos civiles, parágrafo 2. Tomado de: ICTY, *Prosecutor vs. Pavle Strugar*, Case No. IT-01-42-A, Judgment, 17 July 2008, para.173, footnote. 429).

⁸⁴ GPDH, p. 1025

⁸⁵ Schmitt, Michael. *The interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities: A Critical Analysis*, Harvard National Security Journal, Volume 1, March 5, 2010, pp. 33-34.

una de las partes en el conflicto se beneficie de los daños causados a otras de las partes en el conflicto. Sin embargo, es muy posible encontrarse con situaciones en las que personas protegidas se oponen a las distintas partes en conflicto. En consecuencia, según Schmitt, la definición de la GPDH parece excluir del concepto “participación directa en las hostilidades” aquellos actos de violencia que afectan simultáneamente a las distintas partes involucradas en el conflicto.

En segundo lugar, si según la GPDH la producción de un daño es una condición sin la cual no puede existir participación directa en las hostilidades, ¿Qué sucedería entonces con aquellos actos que directamente mejoran la capacidad militar de las operaciones de una de las partes, sin resultar en un daño directo e inmediato a la parte adversa?

En conclusión, Schmitt afirma que la única exigencia que debiera deducirse del nexo beligerante, es la finalidad específica del acto de la persona protegida de apoyar a una parte en un conflicto armado cuando se enfrenta militarmente contra otra parte.

Esta posición, si bien ha sido rechazada por la GPDH, ha sido sin embargo adoptada por la Salas de Cuestiones Preliminares y de Primera Instancia de la Corte Penal Internacional en el caso Lubanga, al considerar que la utilización de niños soldados para custodiar objetivos militares o como guarda-espaldas de comandantes militares constituía una “utilización activa de los mismo en las hostilidades”⁸⁶.

Por la dificultad que supone la determinación práctica del nexo beligerante, la GPDH asevera que “el eventual nexo beligerante debe basarse en la información de la que razonablemente disponga la persona que debe determinarlo, pero debe deducirse siempre de factores que puedan comprobarse de modo objetivo”⁸⁷. De allí que la cuestión decisiva ha de ser si la conducta de la persona protegida, junto con las circunstancias dominantes en el momento y lugar preciso, puede ser percibida de forma razonable como un acto destinado a prestar apoyo a una parte en conflicto causando el umbral de daño exigido a la otra parte.

Para la GPDH, es importante también el diferenciar entre el nexo beligerante y conceptos como *intención subjetiva* o *intención hostil* que están relacionados con las circunstancias subjetivas, tales como la capacidad mental o la voluntad de la persona protegida para asumir responsabilidad. En general, estas conductas no influyen en el nexo beligerante y por consiguiente, existe la posibilidad de que incluso las personas protegidas que son obligadas a participar directamente en las hostilidades⁸⁸ o los niños que no tienen la edad

⁸⁶ Corte Penal Internacional, *Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo*, Caso No. ICC-01/04-01/06, decisión del 14 de marzo de 2012, para. 622. Aquí cabe recordar que la noción de “participación activa”, en la sentencia de Lubanga, incluye la definición estricta de participación directa y activa. Es decir, que por “participación activa” se entiende tanto los actos de combate como otras actividades directamente vinculadas a este.

⁸⁷ GPDH, p. 1029-1030

⁸⁸ Cabe señalar que las personas civiles protegidas de conformidad con el CG. IV no pueden ser obligadas a realizar trabajo que tengan “relación [...] directa con la conducción de las operaciones militares” o a servir en las fuerzas armadas o auxiliares del enemigo (Art 40.2 y 51.1 CG. IV)

legal para ser reclutados⁸⁹, pierdan su protección debido a sus actos de participación directa en las hostilidades. Estas circunstancias sólo podrían tener relevancia en situaciones excepcionales como la total ignorancia de la función que se está desempeñando en la conducción de las hostilidades.

En aplicación del nexo de causalidad, la GPDH considera que el daño causado en legítima defensa propia o de terceros, en el ejercicio del poder o autoridad sobre personas o bienes ubicados en un territorio, en el desarrollo de disturbios de protesta civil contra esa autoridad o en situaciones de violencia entre personas protegidas, carece del nexo beligerante indispensable para la participación directa en las hostilidades⁹⁰. Veamos a continuación en mayor detalle, el caso particular de la actuación en legítima defensa por personas protegidas.

E. Situaciones de Legítima Defensa de Personas Protegidas

Particularmente problemáticas son las situaciones de legítima defensa por parte de personas protegidas, que portan armas frente a actos de violencia ilícitos de carácter inminente (ataques ilícitos inminentes) cometidos por miembros de una parte adversa en el conflicto. Los actos de legítima defensa realizados por personas protegidas quedan fuera del concepto de “participación directa en las hostilidades”, y por tanto no generan la pérdida de protección de sus autores. Sin embargo, se presentan importantes problemas en la práctica para distinguirlos de auténticos actos de participación directa en las hostilidades puesto que (i) alcanzan el umbral de daño requerido, y (ii) son fruto de una relación de causalidad directa entre el acto y el daño. De manera que solamente dejan de cumplir con el nexo beligerante en atención a las particulares circunstancias en que se desarrollan.

En otras palabras, ¿Pierden su protección como civiles, y por tanto se convierten en objetivo militar, aquellos Hutus que al ver acercarse a miembros de la milicia Interahamwe armados con machetes y lanzas con la intención de matarles deciden hacerles frente mediante el lanzamiento de lanzas y piedras? ¿Y qué ocurriría con aquellos aldeanos que no participan directamente en las hostilidades pero que, sin embargo, deciden disparar sus escopetas de caza contra las unidades de las fuerzas armadas enemigas que están atacando su aldea con la intención clara de matar a todos sus habitantes?

El art. 31(1)(c) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (“CPI”) recoge expresamente como causas de justificación la legítima defensa propia o de un tercero, así como la legítima defensa de la propiedad. La primera exige el que objetivamente se vaya a producir un uso inminente e ilícito de la fuerza contra la persona protegida de que se trate o

⁸⁹ Todas las partes en un conflicto armado están obligadas a hacer todo lo que sea factible para que los niños menores de 15 años no participen directamente en las hostilidades, especialmente absteniéndose de reclutarlos (Art. 77(2) PA.I; Art. 4(3)(c) PA.II)

⁹⁰ GPDH, pp. 1025-1027

contra un tercero. Por lo tanto, la persona protegida ha de recurrir a la violencia inmediatamente antes o durante el uso ilícito de la fuerza por miembros de una parte adversa en el conflicto. Según ha señalado Olásolo, la jurisprudencia de la Corte deberá resolver si la expresión —uso ilícito de la fuerza se refiere únicamente a la fuerza física o incluye también una agresión psicológica tal como la coerción producida a través de amenazas⁹¹.

Además, se exige también que la respuesta de la persona protegida sea razonable, en el sentido de idónea y necesaria, para evitar el peligro o para repeler la agresión, y que tenga un carácter proporcional al grado de peligro sufrido por el mismo o por un tercero, lo que dependerá de la inminencia e intensidad de la fuerza ilícita que enfrenta.

Finalmente, la aplicación de esta causa de justificación exige que la persona protegida conozca que con su ataque está respondiendo de manera idónea, necesaria y proporcionada a un uso inminente e ilícito de la fuerza por los miembros de una parte adversa, si bien no es necesario que el autor actúe principalmente motivado por el propósito de evitar el peligro o de repeler la agresión⁹².

Es por ello que para la GPDH, a la hora de determinar si se trató de un acto de legítima defensa o de un acto de participación directa en las hostilidades, es necesario analizar la *motivación* de aquellas personas protegidas que recurren a las armas de que disponen frente a actos de violencia ilícitos de carácter inminente por parte de miembros de una parte adversa en el conflicto⁹³.

Ahora bien, tal y como Olásolo ha señalado, es necesario ser extremadamente prudente al delimitar el ámbito de aplicación de la legítima defensa en situaciones de combate, pareciendo conveniente limitarla a supuestos en los que las personas protegidas decidan únicamente empuñar las armas en un momento puntual ante la existencia de un riesgo inminente de uso ilícito de la fuerza por el enemigo que ponga sus vidas o las de terceros en una situación de peligro inmediato⁹⁴. De otra manera, nos encontraríamos en situaciones de combate donde cualquier persona protegida que haya sido, o pueda ser inminentemente, objeto de un ataque ilícito por miembros de una parte adversa, se encontraría legitimada para disparar contra aquéllos no sólo mientras se prolongasen los enfrentamientos armados para repeler el ataque ilícito, sino también con posterioridad hasta que desapareciese el riesgo de un nuevo ataque ilícito del enemigo. Y todo ello manteniendo su protección de manera que, jurídicamente, las fuerzas enemigas no podrían realizar actos de violencia

⁹¹ H. Olásolo, *Ataques Ilícitos contra Personas y Bienes Civiles y Ataques Desproporcionados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 172-173.

⁹² H. Olásolo, *Ibíd.*

⁹³ Además, tampoco se podrá considerar que ha incurrido en una actuación ilícita (Art. 31(1)(c) del Estatuto de Roma).

⁹⁴ H. Olásolo, *Ataques Ilícitos contra personas y bienes civiles y ataques desproporcionados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 173-174.

contra ellas durante dicho espacio de tiempo. En otras palabras, en una situación como la del sitio de Sarajevo, nos podríamos encontrar con que los civiles bosnio-musulmanes sitiados en Sarajevo podrían, durante un periodo de tiempo de varios años, disparar en legítima defensa contra las tropas Serbias que los tienen cercados sin que estas últimas tuvieran el derecho a responder a dichos disparos.

Finalmente, el artículo 31 (1) (c) del ER, prevé la legítima defensa frente ataques ilícitos y de carácter inminente contra bienes esenciales para la supervivencia de las personas protegidas que recurren a la violencia⁹⁵. Las mismas condiciones de aplicación de la legítima defensa en estos casos son las mismas vistas anteriormente en los supuestos de legítima defensa propia o de un tercero.

III. TEMPORALIDAD EN LA PARTICIPACIÓN DIRECTA EN LAS HOSTILIDADES

A. Supuestos de Participación Directa en las Hostilidades de Carácter Espontáneo, Esporádico o Temporal

La pregunta sobre el carácter temporal de la participación directa en las hostilidades concierne a las personas protegidas que, de manera espontánea, esporádica o temporal, se involucran en las hostilidades. De ahí que la expresión “mientras dure tal participación”⁹⁶ no es aplicable a los miembros de los grupos armados organizados ni a las fuerzas armadas del Estado⁹⁷, quienes, en principio, pueden ser atacados en cualquier momento debido a que militan⁹⁸ en ese grupo o desempeñan funciones continuas de combate.

Cuando las personas protegidas participan directamente en las hostilidades podrán ser objeto de ataque sólo durante el intervalo de tiempo que perdure su participación específica en un acto hostil concreto. Este intervalo comprende las medidas preparatorias, el despliegue hasta el punto en donde la operación militar será ejecutada, y el regreso del mismo⁹⁹.

⁹⁵ Art. 31 (1)(C) del ER.

⁹⁶ Art. 51.3 y 13.3 PA.I y PA.II, respectivamente.

⁹⁷ Schmitt, Michael. *The Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities: A Critical Analysis*, Harvard National Security Journal, Volume 1, March 5, 2010, p.35.

⁹⁸ Como fue señalado, la militancia en una fuerza armada depende de la vinculación de una persona, a la misma, de acuerdo con la normativa del Estado al cual esa fuerza armada responde, y a nombre del cual realiza sus funciones.

⁹⁹ Melzer Nils, *Keeping the Balance between Military Necessity and Humanity: A Response to Four Critiques of the ICRC'S Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities*, N.Y.U International Law and Politics, Volume. 42, p. 889.

Las “medidas preparatorias” incluyen todos los actos específicos que estén dirigidos a la realización de una operación militar particular, tendiente a causar un detrimento en la capacidad militar del adversario. Por su parte, el “despliegue” no sólo cubre la movilización (desplazamiento) geográfica del sujeto hacia el lugar de la operación, sino todos los actos previos al despliegue, como cargar el material de guerra en los camiones¹⁰⁰. Por último, la misma aproximación del despliegue aplica para el retorno.

Las personas protegidas que participen directamente en las hostilidades vuelven a recuperar su protección cuando regresan de los actos hostiles en los que toman parte y se reintegran a su vida normal.

A este respecto, la Corte Europea de Derechos Humanos tuvo la oportunidad de manifestarse frente unos hechos ocurridos en 1944 durante los cuales una población, donde vivían personas protegidas que habían participado directamente en las hostilidades en alguna oportunidad, fue atacada mientras sus habitantes celebraban la fiesta de pentecostés; aunque en los domicilios de los pobladores se encontraron armas suministradas por la administración militar alemana, ninguna de las víctimas asesinadas las portaba en el momento de producirse los hechos¹⁰¹. La Corte consideró que en ese instante, no había por parte de los pobladores una participación directa en las hostilidades pues estaban desarmados y realizando labores cotidianas, así que contaban con la protección que les brinda el DIH. Sobre esto la Corte manifestó:

“Por otro lado, en virtud del derecho internacional consuetudinario en vigor en 1944, los civiles [personas protegidas] podían ser atacados solo cuando participaban directamente en las hostilidades y durante la duración de esta participación.”¹⁰²

B. Supuestos de Participación Directa en las Hostilidades de Carácter Reiterado y Persistente

Ahora bien ¿Qué ocurre cuando la participación directa en las hostilidades de personas protegidas no se da sólo de manera espontánea, esporádica o temporal, sino que tiene lugar de manera reiterada y persistente?

La GPDH sostiene que las personas protegidas que participen de esta manera en las hostilidades recuperarán su protección cada vez que un acto hostil específico sea finalizado. Esto significa que se perderá y se reasumirá la protección cada vez que una persona

¹⁰⁰ Melzer Nils, *Keeping the Balance between Military Necessity and Humanity: A Response to Four Critiques of the ICRC'S Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities*, N.Y.U Journal of International Law and Politics, Volume. 42, 2009-2012, p. 889; Boothby Bill, “*And for Such Time As*”: *The Time Dimension to Direct Participation in Hostilities*, N.Y.U International Journal of Law and Politics, Volume.42, 2009-2010, pp. 750-751.

¹⁰¹ Corte Europea de Derechos Humanos, CASO KONONOV c. LETONIA, decisión del 17 de mayo de 2010, para. 191.

¹⁰² Corte Europea de Derechos Humanos, CASO KONONOV c. LETONIA, decisión del 17 de mayo de 2010, para. 203.

protegida comience y termine de efectuar una actividad integral dentro de una operación militar concreta¹⁰³.

Esta situación se conoce como la “puerta giratoria” (“*the revolving door*”), pues denota de qué manera un individuo puede entrar y salir continuamente de su esfera de protección, al tiempo que se encuentra contribuyendo de manera efectiva a los objetivos militares de una de las partes del conflicto en menoscabo de la otra.

Cuando la participación de una persona protegida en las hostilidades es esporádica, temporal, o espontánea, no genera tantas controversias frente a la pérdida y readquisición de su protección. Esto se debe a que puede comprobarse que, antes de participar en el acto hostil concreto que provocó la pérdida de protección, la persona protegida ya llevaba un tiempo sustancial sin realizar acciones que puedan calificarse como de participación directa en las hostilidades (o nunca había ejecutado ninguna). Asimismo, puede observarse que después de participar directamente en las hostilidades dejó de realizar actos hostiles por un tiempo considerable. Tal es el caso de un campesino que ayuda, por una sola vez, a un grupo armado organizado a ubicar el campamento de las fuerzas armadas que patrullan en la zona para que se lleve a cabo un ataque sorpresa contra estos últimos. Debe tenerse en cuenta que la razón principal para que las personas protegidas pierdan su protección en este caso, no es porque representen una amenaza para la parte adversa, sino porque han decidido participar directamente en el conflicto¹⁰⁴.

Mayor controversia se genera frente a la pérdida y readquisición de su protección, cuando se trata de personas protegidas que se vinculan recurrentemente en las hostilidades. A este respecto, algunos autores como Boothby, alejándose del criterio de la GPDH, afirman que en estos casos hay que entender que se pierde la protección de forma continua sin importar los intervalos en los cuales no se desempeñen funciones que puedan entenderse como participación directa¹⁰⁵. Boothby llega a esta conclusión porque la participación persistente de estas personas es un claro indicador de conductas futuras¹⁰⁶. De este modo, las personas que durante el día son campesinos y de noche toman parte directa en las hostilidades, pierden su protección de forma constante, dado que de su comportamiento reiterado se puede deducir con facilidad que al día siguiente también tomarán las armas al llegar la noche.

¹⁰³ GPDH, p. 1035

¹⁰⁴ Schmitt, Michael. *The Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities: A Critical Analysis*, Harvard National Security Journal, Volume 1, March 5, 2010, p.38.

¹⁰⁵ Boothby, William H. *Direct Participation in Hostilities: A Discussion of the ICRC Interpretative Guidance*, International Humanitarian Legal Studies 1, 2010, p. 161.

¹⁰⁶ “It would seem to the author that, contrary to the ICRC’s analysis, repeated or persistent direct participation in the hostilities by a civilian is indeed a reliable predictor as to future conduct and that to suggest that such persons are not continuously targetable throughout the period between their persistent or repeated acts renders the law unrealistic.” (Boothby, William H. *Direct Participation in Hostilities: A Discussion of the ICRC Interpretative Guidance*, International Humanitarian Legal Studies 1, 2010, p. 162).

Siguiendo lo anterior, Boothby concluye que para determinar si una persona protegida que participa en las hostilidades de manera repetitiva y persistente ha dejado de hacerlo, se requiere un acto claro de renuncia que no dé lugar a ambigüedades¹⁰⁷.

Frente a la postura de Boothby, Nils Melzer, también apartándose del criterio de la GPDH, afirma que cuando del comportamiento de una persona presuntamente protegida no se puede sino concluir que se encuentra participando de manera persistente y reiterativa en las hostilidades, no cabe sino afirmar que tiene una función continua de combate a favor de una de las partes en el conflicto y que por tanto no es objeto de protección frente a los ataques de la parte adversa. Melzer llega a esta conclusión porque:

“En la práctica, un civil [persona protegida] que regularmente y consistentemente participe directamente en hostilidades en apoyo a una parte beligerante estará casi siempre afiliado a una fuerza armada o grupo organizado y, así, podrá ser considerado como un miembro *de facto* que asume funciones continuas de combate para ese grupo o fuerza. [...] Esto incluye no solamente al sujeto que se encuentre armado a tiempo completo, sino también a los contratistas privados contratados para defender objetivos militares, así como el notorio “granjero de día y combatiente de noche” quien, supuestamente de manera paralela a su vida pacífica de cada día, asume una función continua de combate que involucra actos como ubicar [...] minas, o proporcionar inteligencia táctica o apoyo logístico para ataques específicos”¹⁰⁸.

C. Opinión del Grupo Clínico en relación con los Supuestos de Participación Directa en las Hostilidades de Carácter Reiterado y Persistente

En nuestra opinión, la discusión sobre “la puerta giratoria” queda zanjada con las precisiones hechas por Melzer. De esta manera, si del conjunto de conductas que desarrolla una persona protegida se observa continuidad en la participación en las hostilidades, esta perderá su protección porque *de facto* se considerará que cumple con funciones continuas de combate. En todos los otros casos, así como cuando haya duda sobre la participación reiterada de una persona protegida en las hostilidades, deberá afirmarse, siguiendo la posición de la GPDH, que la protección se pierde únicamente durante los intervalos en los que dicha participación perdure.

¹⁰⁷ Boothby, William H. *Direct Participation in Hostilities: A Discussion of the ICRC Interpretative Guidance*, International Humanitarian Legal Studies 1, 2010, p. 162

¹⁰⁸ Melzer Nils, *Keeping the Balance between Military Necessity and Humanity: A Response to Four Critiques of the ICRC'S Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities*, N.Y.U Journal of International Law and Politics, Volume. 42, 2009-2012, p. 890.

En todo caso, entendemos que la doctrina del acto de renuncia que no dé lugar a ambigüedades planteada por Boothby, genera numerosos problemas prácticos, debido a la alta probabilidad de que numerosos miembros de alguna de las partes del conflicto o no tengan conocimiento del acto de renuncia, o no tengan certeza sobre la renuncia efectiva de una persona que ha participado varias veces directamente en las hostilidades.

IV. LA NECESIDAD DE UN VINCULO ENTRE EL DELITO COMETIDO CONTRA UNA PERSONA PROTEGIDA Y EL CONFLICTO ARMADO PARA QUE PODAMOS HABLAR DE UN CRIMEN DE GUERRA

Los crímenes de guerra están definidos como serias violaciones de las leyes y costumbres de la guerra aplicables a un conflicto armado de carácter internacional o no internacional¹⁰⁹. Para el tema que nos ocupa, los ataques contra personas protegidas cometidos por una de las partes en conflicto deben tener un nexo con el conflicto armado, de no existir este vínculo no podemos hablar de un crimen de guerra. Así se estableció por el TPIY en la sentencia del caso *Lukić*, en dónde se plantea además la distinción entre estos crímenes y los de lesa humanidad:

“Los crímenes del artículo 3 del Estatuto [Crímenes de Guerra] requieren un elemento materialmente distinto para ser probado que no es requerido para los crímenes del artículo 5 del Estatuto [Crímenes de lesa humanidad], esto es, el nexo entre los actos del acusado y el conflicto armado. Los crímenes del artículo 5 del Estatuto requieren un elemento materialmente distinto que no es requerido para los crímenes del artículo 3 del Estatuto, que es, un ataque generalizado o sistemático dirigido contra la cualquier población civil.”¹¹⁰

En recientes decisiones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, se han reiterado tres requisitos para la aplicación del art. 3 de sus estatutos que contempla los crímenes de guerra. El primer requisito plantea que debe existir un conflicto armado al momento de los hechos, ya sea de carácter internacional o no internacional; en segundo lugar, se establece que los actos del acusado deben estar íntimamente ligados con el conflicto armado; y por último, que la víctima no estuviese participando directamente en las hostilidades al momento en que el crimen fue cometido¹¹¹. Como ya hemos analizado el tercero de estos requisitos veremos en qué consisten los otros dos.

¹⁰⁹ ICRC, Customary IHL, regla 156. Véase en este sentido también los estatutos de la Corte Penal Internacional art. 8, de la Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia art. 1, de la Tribunal Penal Internacional para Ruanda art. 1.

¹¹⁰ ICTY, *Fiscalía c. Milan Lukić*, decisión del 20 de julio de 2009, para. 1044; En este sentido, matar a un solo prisionero de guerra o violar a una sola mujer en un territorio ocupado es un crimen de guerra (Fendrick, W.J. “*Crimes in combat: the relationship between crimes against humanity and war crimes*”, Guest Lecture Series of the Office of the Prosecutor, ICC-OTP and individual authors 2004, The Hague, 5 March 2004, p.3.) en tanto no se circunscribe dentro de un determinado plan o política encaminada a la comisión de varios crímenes en este sentido dentro de un determinado territorio.

¹¹¹ ICTY, *Fiscalía c. Ramush Haradinaj*, decisión del 29 de noviembre de 2012, para. 391

El TPIY en el caso *Tadic* ha definido un conflicto armado como “*el recurso a la fuerza armada entre Estados, o la violencia armada prolongada entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados, o entre tales grupos, dentro de un Estado*”¹¹². En el caso de los conflictos armados no internacionales, para determinar si una situación ha trascendido la magnitud de un mero disturbio interior o tensión interna, la jurisprudencia internacional ha recurrido principalmente a dos criterios¹¹³: (i) la intensidad del conflicto, donde se analizan entre otros muchos factores la extensión de las hostilidades a lo largo del territorio, el tipo de armas utilizadas, la cantidad de tropas y unidades desplegadas o la ocupación por parte de los grupos armados de ciertas zonas del territorio, y (ii) el nivel de organización de las partes, donde los factores a tener en cuenta pueden ser la presencia de una estructura de comando, el nivel de logística del grupo armado, la existencia de cuarteles, zonas designadas de operación o el hecho de que el grupo armado tenga un vocero¹¹⁴.

El requisito relativo al nexo entre el hecho y el conflicto armado se encuentra regulado en el artículo 8 (2)(a)(i)(4) del documento sobre los Elementos de los Crímenes tipificados en el ER, y ha sido aclarado por el TPIY de la siguiente manera:

“El conflicto armado no debe haber sido causa para la comisión del crimen, pero la existencia de un conflicto armado debe, como mínimo, haber jugado una parte sustancial en la *habilidad* del perpetrador para cometerlo, su *decisión* de cometerlo, la *forma* en que fue cometido o el *propósito* por el que fue cometido.”¹¹⁵ (Negritas fuera de texto)

Con base en la citada decisión, si bien es cierto que no será un crimen de guerra aquel homicidio pasional cometido por un soldado contra un miembro o colaborador del adversario; si deberá considerarse como tal, la muerte de aquellas personas que se ocultaban en resguardos para evitar ser afectadas por el ataque dirigido por un grupo armado irregular que pedía vacunas en la zona, en contra de una patrulla de policía.

Con el fin de determinar si hay un nexo suficiente entre el delito y el conflicto armado se tienen en cuenta los siguientes criterios: 1) la calidad de miembro de una de las partes en conflicto del perpetrador¹¹⁶, 2) la calidad de persona protegida de la víctima, 3) el hecho de que la víctima tenga algún tipo de vinculación o cercanía (esto se denomina normalmente “afiliación”) con el bando opuesto, 4) que el acto pueda ser visto como un medio para

¹¹² ICTY, *Fiscalía c. Dusko Tadic*, decisión del 2 de octubre de 1995, par. 70

¹¹³ ICTY, *Fiscalía c. Dusko Tadic*, decisión del 2 de octubre de 1995, par. 562

¹¹⁴ Una lista amplia de estos factores se puede encontrar en, ICTY, *Fiscalía c. RAMUSH HARADINAJ*, decisión del 29 de noviembre de 2012, para 394 y 395

¹¹⁵ ICTY, *Fiscalía c. Dragoljub Kunarac y otros*, decisión del 12 de junio de 2002, para. 58

¹¹⁶ “Depending on the character of the conflict, a perpetrator could, *inter alia*, be a member of the armed forces, of an armed group or rebel group or a civilian” (Ver nota al pie 94 en Olásolo Héctor, *Ataques Contra Personas o Bienes Civiles y Ataques Desproporcionados en Situación de Combate*, Tirant lo Blanch, Edición 1º, 2007, p.29.)

lograr los fines últimos de una campaña militar, o 5) que el acto haya sido cometido como parte de los deberes oficiales del perpetrador o en el contexto de dichos deberes¹¹⁷.

En conclusión, para que una conducta activa u omisiva califique como crimen de guerra debe contener los siguientes elementos: a) tratarse de un acto prohibido por las leyes y costumbres de la guerra según el DIH, b) ser cometida en el contexto de un conflicto armado, c) haber sido realizada por un perpetrador vinculado con una de las Partes del conflicto, d) haber estado dirigida en contra de una persona protegida que hubiese estado vinculada con el bando opuesto¹¹⁸, y e) el conflicto armado debe haber influido en la comisión del crimen a través de la habilidad del perpetrador, la forma en la que fue cometido, la decisión ó el propósito del perpetrador.

En el ordenamiento jurídico colombiano los delitos contra personas y bienes protegidos por el DIH se encuentran tipificados en los artículos 135 a 164 del Código Penal. Frente al carácter de estas normas la sala de casación penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia ha dicho:

“Para el caso Colombiano, la incorporación de dispositivos penales específicos en orden a brindar protección a las personas y bienes amparados por el D.I.H., no sólo se vincula al cumplimiento de los compromisos adquiridos por el Estado Colombiano en el concierto internacional con la suscripción de los cuatro Convenios de Ginebra y los dos Protocolos adicionales, sino además, por la inaplazable necesidad de establecer un marco jurídico específico que regulara desde la perspectiva del control penal punitivo, los graves atentados contra la población civil en desarrollo del conflicto armado no internacional que enfrenta la Nación desde hace ya varias décadas”¹¹⁹

Una expresión presente en todos los tipos penales de estos delitos es “*el que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado*”, la cual abarca dos de los requisitos para catalogar una conducta como crimen de guerra en las Cortes internacionales, a saber: 1) la existencia de un conflicto armado y 2) el nexo entre la conducta reprochada y dicho conflicto armado.

Sobre la existencia de un conflicto armado de carácter no internacional en Colombia la Corte Suprema de Justicia ha manifestado:

¹¹⁷ ICTY, *Fiscalía c. Ramush Haradinaj*, decisión del 29 de noviembre de 2012, para 397. Citando ICTY, *Fiscalía c. Dragoljub Kunarac y otros*, decisión del 12 de junio de 2002, para. 59; “The prohibited acts must be committed [...] by a perpetrator linked to one side of the conflict, and [...] against a victim who is neutral or linked to the

¹¹⁸ Fendrick, W.J. “*Crimes in combat: the relationship between crimes against humanity and war crimes*”, Guest Lecture Series of the Office of the Prosecutor, ICC-OTP and individual authors 2004, The Hague, 5 March 2004, p.2.

¹¹⁹ Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal, Proceso N° 29753, sentencia del 27 de enero de 2010, M.Ponentente: JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ, p. 28

La realidad colombiana es evidente, existe un conflicto no internacional, y para ello no se requiere la manifestación expresa del Gobierno, pues el conflicto es un hecho y no una declaración.¹²⁰

Ahora bien, en cuanto a la relación que debe existir entre la conducta imputada y el conflicto armado, para que se pueda hablar de homicidio en persona protegida, la Corte Suprema de Justicia tuvo la oportunidad de conocer en casación un caso en el cual cuatro miembros de la etnia Kankuama fueron asesinados por miembros de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) en plena plaza de un municipio. El fallador de segunda instancia consideró que dichos asesinatos no se acoplaban al tipo penal de homicidio en persona protegida, pues no se habían cometido con ocasión del conflicto durante un enfrentamiento armado, es decir que no existía nexo, sosteniendo que se trataba más bien de una especie de castigo a las víctimas.

La Corte no estuvo de acuerdo con el *ad quem* y dijo que las expresiones “combate” y “conflicto armado” aparecían como sinónimas en su fallo, siendo esto un yerro del juzgador de segunda instancia pues, *el conflicto armado se desarrolla a través de distintas manifestaciones, una de ellas el combate entre las fuerzas armadas que protagonizan las hostilidades, no siendo esa su única forma de materialización. Así, las acciones militares “sostenidas y concertadas” incluyen labores de patrullaje y todas aquellas dirigidas a ejercer control sobre ciertos sectores de la población o la restricción de su movilización, entre otras, siendo a partir de la constatación de su presencia que puede predicarse precisamente la existencia de un control territorial.*¹²¹ Por lo tanto estos homicidios fueron en persona protegida pues se estaba cumpliendo con todos los elementos del tipo.

Podemos entonces afirmar que en Colombia el homicidio en persona protegida constituye un crimen de guerra, pues se basa en la infracción al Derecho Internacional Humanitario y para aplicarlo se acude a los mismos factores que se usan en las Cortes internacionales para juzgar los crímenes de guerra.

V. EL TEST PARA EL ANALISIS DE LA PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN DE PERSONA PROTEGIDA

¹²⁰ Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal, Proceso N° 35 099, sentencia del 23 de marzo de 2011, M. Ponente: AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN, p. 25

¹²¹ Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal, Proceso N° 29753, sentencia del 27 de enero de 2010, M. Ponente: JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ, p. 31.

Como fruto del análisis contenido en el presente trabajo, proponemos un test para el estudio de la pérdida de la condición de persona protegida. Con ello pretendemos facilitar la valoración de las alegaciones presentadas por las partes en aquellos procesos en los que se imputa el delito de “homicidio en persona protegida”.

El test propuesto se divide en dos partes. En la primera se analiza si la persona era miembro de hecho o de derecho de alguna de las partes en el conflicto (lo que automáticamente significaría el no tener la condición de persona protegida).

La segunda parte se desarrolla sobre la previa constatación de que la víctima no era miembro de ninguna de las partes en el conflicto (de manera que en principio tenía la condición de persona protegida). Sobre esta base se analizan los factores que permiten determinar si en el momento de su muerte mantenía su protección, o por el contrario la había perdido como consecuencia de su participación directa en las hostilidades.

Proponemos un tercer punto de consideraciones preliminares al momento de evaluar caso por caso, cuando la participación de la víctima en las hostilidades aparezca como dudosa.

La justificación de un test de estas características la podemos encontrar en la sentencia de primera instancia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso *Perisic*:

“El test legal para determinar si la víctima participaba directamente en las hostilidades fue adoptado por primera vez en el juicio de primera instancia en el caso Tadic, cuando la sala de primera instancia señaló que “es suficiente examinar los hechos relevantes de cada víctima y determinar si en cada circunstancia individual, esa persona participaba directamente en las hostilidades en el momento correspondiente. La Sala de apelaciones más adelante aclaró el concepto de participación directa en las hostilidades, sosteniendo que la víctima, al momento del delito imputado, debe no haber estado “participando en actos de guerra que por su naturaleza y propósito se dirigían a causar un daño real al personal o al equipamiento de las fuerzas armadas del enemigo”, agregando que la determinación de la condición [de persona protegida] debe ser hecha caso por caso.”¹²²

Parte I del Test: Determinación de que la víctima es una persona protegida.

a. Para los conflictos armados de carácter internacional:

- i. ¿Era la víctima miembro de las Fuerzas Armadas?
 1. ¿Portaba uniforme oficial?
 2. ¿Era su militancia en la fuerza armada su actividad laboral?
 3. ¿Había sido formalmente vinculado(a) a las fuerzas armadas de acuerdo con la normativa del Estado?

¹²² ICTY, *Prosecutor v. Perišić*, Case No. IT-04-81-T, Judgment, 6 September 2011, para. 78

- ii. ¿Hacia la víctima parte de una Levée en Masse?
 - 1. ¿Existía al momento de su muerte una situación de ocupación?
 - 2. ¿Cargaba las armas a la vista?
- iii. ¿Hacia la víctima parte de grupos armados irregulares que cumplieran con el requisito de pertenencia tácita o expresa a una de las partes en conflicto?

b. **Para los conflictos armados de carácter NO internacional**

- i. ¿Era la víctima miembro de las fuerzas armadas del Estado?
 - 1. ¿Portaba uniforme oficial?
 - 2. ¿Era su militancia en la fuerza armada su actividad laboral?
 - 3. ¿Había sido formalmente vinculada a las fuerzas armadas de acuerdo con la normativa del Estado?
- ii. ¿Era la víctima miembro de un grupo armado organizado?
 - 1. En relación con el grupo armado organizado:
 - a. ¿Tiene dicho grupo una cierta estructura jerárquica, incluyendo un mando responsable, lo que facilita un control operacional y disciplinario?
 - b. ¿Está el grupo en la capacidad de llevar a cabo operaciones militares coordinadas y sostenidas en el tiempo de una cierta intensidad de violencia?
 - 2. En relación con la víctima:
 - a. ¿Era la víctima miembro del grupo, o era simplemente parte del grupo? Quienes siendo parte del grupo no realizan funciones continuas de combate, no son miembros de ese grupo para el DIH.
 - i. ¿Cumplía la víctima funciones continuas de combate dentro de ese grupo?
 - 1. ¿Fue entrenada para el combate?,
 - 2. ¿Cargaba las armas abiertamente?
 - 3. ¿Realizaba operaciones o actos hostiles de manera constante para beneficiar a una de las partes del conflicto y perjudicar al adversario o a la población civil?

c. **Para conflictos amados internacionales y no internacionales:**

- i. ¿Se había retirado la víctima de las Fuerzas Armadas o se había desmovilizado expresamente del grupo armado organizado?

- ii. ¿Se había desvinculado la víctima de las Fuerzas Armadas o del grupo armado organizado, de manera tácita, ya sea porque había durado mucho tiempo sin participar en las hostilidades o porque hubiese regresado a la vida civil?
- iii. Si una de estas dos preguntas es respondida afirmativamente, y la víctima resultó muerta en cualquier situación en la que desarrollara actividades de la vida cotidiana, su homicidio será calificado como homicidio en persona protegida.
- iv. Si la víctima (miembro de un grupo armado organizado o de las fuerzas armadas) fue dada de baja cuando se encontraba en una situación de total indefensión, se entiende que hubo un homicidio en persona protegida. Salvo que esta haya intentado causar daño al enemigo durante su situación de indefensión.

2. Parte II del Test: Determinar si la víctima, que en principio era una persona protegida, había perdido su protección en el momento de su muerte porque se encontraba participando directamente en las hostilidades.

- a. **Análisis cualitativo del tipo de participación en las hostilidades que la víctima estaba desarrollando al momento de su muerte:** ¿Cumplía con los tres requisitos exigidos para que la misma pueda considerarse como directa?

- i. **Umbral de daño**

- La actividad de la víctima, ¿Tenía la probabilidad objetiva de causar la muerte, lesiones o la destrucción de personas o bienes de la parte adversa?
- Alternativamente, ¿Tenía la actividad de la víctima la probabilidad objetiva de causar un daño a bienes o personas protegidas en relación con las hostilidades?
 - ¿Es la actividad de la víctima parte del conflicto armado como "estrategia de guerra" (caso de las deportaciones, por ejemplo)?;
 - ¿Tiene la actividad de la víctima una evidente relación con las hostilidades en curso?

- ii. **Relación de Causalidad directa**

- ¿Existía una relación de causalidad directa entre la actividad de la víctima y el umbral de daño requerido? No importa que la actividad vista individualmente no tenga la potencialidad de causar por sí misma el umbral de daño necesario, lo que aquí se analiza es si esa actividad brinda un aporte significativo a una operación militar CONCRETA:
 - ¿Formaba la actividad desarrollada por la víctima parte integral en la realización y planeación de la operación militar concreta o el acto hostil?
 - ¿Resultó el daño ocasionado de una sola secuencia causal?

- La actividad de contribución de la víctima a una operación militar concreta NO necesita tener conexidad geográfica ni temporal con la ejecución de esa operación.
- Si los actos realizados por la víctima, por otro lado, contribuían más bien a un esfuerzo general de guerra o hacían parte de las actividades generales de guerra, pero no a un acto hostil CONCRETO, no puede considerarse que existe una relación de causalidad directa entre el acto de la víctima y el umbral de daño necesario, y por lo tanto no se puede afirmar que la víctima participara *directamente en las hostilidades* (se tratará en todo caso de una participación indirecta que no amerita la pérdida de la protección).

iii. Nexo beligerante

¿Era el propósito específico del acto de la víctima el causar directamente el umbral de daño exigido en apoyo de una parte en conflicto y en menoscabo de otra?

- La cuestión decisiva es si la conducta de la víctima, junto con las circunstancias dominantes en el momento y lugar preciso, puede ser percibida de forma razonable como un acto destinado a prestar apoyo a una parte en conflicto causando el umbral de daño exigido a la otra parte.
- Es importante diferenciar entre el nexo beligerante y conceptos como *intención subjetiva* o *intención hostil* que están relacionados con las circunstancias subjetivas, tales como capacidad mental o la voluntad de la persona protegida para asumir responsabilidad. En general, estas conductas no excluyen el nexo beligerante. Sólo en circunstancias excepcionales (como la total ignorancia de la función que se está desempeñando en la conducción de las hostilidades) pueden tener relevancia
- No existe el nexo beligerante en casos de legítima defensa propia o de terceros, en actos de ejercicio del poder o autoridad sobre personas o bienes ubicados en un territorio, en actos desarrollados en disturbios de protesta civil contra esa autoridad o en situaciones de violencia entre personas protegidas.

b. Análisis cuantitativo: Teniendo en cuenta que la protección se pierde sólo durante el tiempo en el que esta participación directa tiene lugar, determinar durante cuánto tiempo se perdió la protección (*análisis cuantitativo*). Dentro del contexto, y con base en el acervo probatorio, debe analizarse si con anterioridad a la muerte de la víctima esta realizaba actividades de colaboración en actos hostiles concretos. Hay que tener en cuenta varios factores:

- i. La frecuencia con la que la víctima realizaba este tipo de actividades (si la participación era muy reiterada puede afirmarse que la víctima funciones continuas de combate en la fuerza armada o grupo armado organizado, lo que lo convertía en un miembro de facto de dicho grupo o fuerza armada, y le privaría de la condición de persona protegida).

- ii. Si la participación de la víctima era esporádica (se daba en largos intervalos de tiempo), debe afirmarse que la víctima sólo perdió su protección durante el intervalo de tiempo que duró su participación específica en un acto hostil concreto (este intervalo comprende las medidas preparatorias, el despliegue hasta el punto en donde la operación militar fue ejecutada, y el regreso del mismo).
- iii. Si no se puede determinar con certeza sobre la frecuencia esporádica o reiterada de los actos de participación directa de la víctima en las hostilidades, se debe entender que su participación no fue reiterada, de manera que en principio la víctima tenía la condición de persona protegida (que sólo perdió mientras durasen sus actos de participación directa en las hostilidades).

3. Consideraciones preliminares: Factores contextuales a analizar caso por caso y resolución de situaciones en los que la participación directa de la víctima en las hostilidades aparece como dudosa

A la hora de aplicar en la práctica el concepto “participación directa en las hostilidades”, conviene recordar lo afirmado por el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia en la sentencia de 7 de mayo de 1997 en el caso *Tadic*, en el sentido de que la determinación de si una persona protegida pierde o no la protección responde a criterios contextuales que tendrán que evaluarse en cada caso concreto¹²³:

“No es necesario definir con exactitud la línea que divide a aquellos que toman parte directa en las hostilidades de aquellos que no. Es suficiente con examinar los hechos relevantes de cada víctima para determinar si, en cada circunstancia individual, esa persona estaba directamente involucrada en las hostilidades en el momento relevante”¹²⁴.

Por su parte, en la sentencia de 20 de julio de 2009 en el caso *Lukic*, el TPIY ha subrayado:

“Para la Sala de primera instancia lo relevante para la determinación de la protección de la víctima bajo el artículo 3 común es la situación específica de esta en el momento de la comisión del delito. La Sala de primera instancia considera que los factores relevantes a este respecto incluyen la actividad de la víctima, su vestimenta, edad y género, al igual que si la víctima portaba consigo un arma.”¹²⁵

Posteriormente, en la sentencia del TPIY en el caso *Haradinaj* de 29 de noviembre de 2012, el hecho de que la víctima portara uniforme y armas en el momento de su muerte ha sido

¹²³ ICTY, *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Case ICTR IT-94-1, Judgment and Opinion, 7 May 1997, para. 616

¹²⁴ ICTY, *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Idid.

¹²⁵ ICTY, *Prosecutor v. Lukic Milan*, Case No. IT-98-32/1-T, Judgment, 20 July 2009, para. 870

considerado como un indicio de que participaba directamente en las hostilidades y por lo tanto no gozaba de protección:

“Con relación a Slobodan Radošević, la Sala también anota la evidencia de su hijo, Satanisa Radošević, quien recordó que Slobodan Radošević portaba una chaqueta camuflada y tenía en su posesión un rifle de caza el último día que lo vio. Esto plantea al menos la duda razonable en cuanto a si Slobodan Radošević estaba tomando parte directa en las hostilidades cuando murió.”¹²⁶

Con respecto a aquellas situaciones en las que se tienen dudas sobre la participación directa de la víctima en las hostilidades en el momento de su muerte (y por tanto sobre su posible pérdida de protección), pareciera que debería ser aplicable el párrafo 1 del artículo 50 del Protocolo Adicional I que afirma que:

“En caso de duda acerca de la condición de una persona, se la considerará como civil [persona protegida]”

En este sentido, la GPDH ha señalado que de desconocerse el carácter de persona protegida o no que la víctima ostentaba al momento de su muerte, se debe acoger lo dispuesto en el mencionado artículo del Protocolo Adicional I. Es decir que en caso de duda se resolverá que el homicidio ocurrió sobre persona protegida¹²⁷.

Sin embargo, no se puede olvidar que la sentencia del 10 de julio de 2008 del ICTY en el caso Boskoski ha preferido subordinar la presunción de persona protegida en caso de duda, a la aplicación del principio “in dubio pro reo”, de manera que cualquier duda razonable que se genere en el análisis de los hechos, sobre si la víctima de un ataque participaba o no directamente en las hostilidades al momento de su muerte es resuelta a favor del procesado:

“Dado todo esto es ahora conocida, (...), una duda razonable sobre si (...) tres hombres participaban directamente en las hostilidades en el tiempo en que fueron baleados. Esto se desprende de la evidencia de que ellos habían estado disparando a la policía o armada desde la casa de Qani Jashari, y después desde otras casas de Jashari, y de que cuando la policía armada se acercó a la casa de Qani Jashari, los cinco hombres corrieron desde la parte posterior de la casa a través del campo hacia el refugio de árboles llevando consigo tres armas y municiones. La Fiscalía no pudo probar más allá de toda duda razonable, que estos tres hombres no participaban directamente en las hostilidades en el momento en que fueron asesinados.”¹²⁸

¹²⁶ ICTY, *Prosecutor v. Haradinaj*, Case No. IT-04-84bis-T, Judgment with Confidential Annex, 29 November 2012, para. 214

¹²⁷ GPDH, p.1039

¹²⁸ ICTY, *Prosecutor v. Boskoski*, Case No. IT-04-82-T, Judgment, 10 de July 2008, para. 345

VI. CONCLUSIONES PRÁCTICAS CON BASE EN ALGUNOS HECHOS SELECCIONADOS DE LA DECISIÓN DE CONTROL DE LEGALIDAD EN EL CASO DE RAMÓN ISAZA

Con el objetivo de establecer unos lineamientos claros para analizar si un delito puede considerarse o no *crimen de guerra*, tomando como base de análisis el estatus de “persona protegida”, hemos planteado lo siguiente:

1. Serán homicidios ordinarios, en concurso con crímenes de lesa humanidad dirigidos contra la población civil¹²⁹, aquellos en los cuales:
 - a) No exista un vínculo entre el delito y el conflicto, en tanto no se derive de su comisión ningún beneficio frente a la contraparte o para el fortalecimiento propio del grupo irregular (algunos beneficios para el grupo serían, por ejemplo: el ascenso jerárquico de un miembro dentro de la estructura organizacional del grupo irregular, o la consolidación de posicionamiento en una región).
 - b) La víctima no tiene afiliación con la contraparte. A pesar de que sea utilizada la estructura organizada y armada del grupo irregular para cometer el delito, este no podrá considerarse como crimen de guerra en tanto la víctima no tenga ningún grado de afiliación (no sea miembro) al bando opuesto.

CASOS EJEMPLO:

Luis Carlos Molano Molina [Hecho No. 43]: El 21 de junio 2003, Luis Molano fue asesinado por miembros de las ACMM. El postulado Evelio de Jesús Aguirre, alias "tajada", aceptó su responsabilidad por haber dado la orden a alias "Pedro Pum Pum" de matar a la víctima. Las razones del homicidio: intención que Luis Molano tenía de violar a una niña de 10 años y la acusación de ser ladrón de gallinas.

Olga Ríos [Hecho No. 57]: El 17 de diciembre de 2004, la señora Olga Ríos murió a raíz de un ataque con arma de fuego por parte de hombres pertenecientes a las ACMM. Según la investigación de la fiscalía, Olga Ríos habría proferido insultos en contra de alias "Pedro Pum Pum", "Elkin" y alias "Tajada" reconocidos paramilitares quienes para ella eran los responsables de la muerte de su hijo.

Ezequiel de Jesús Toro Gallego [Hecho No 64]: El 29 de enero de 2002, fue hallado el cuerpo sin vida de Ezequiel de Jesús Toro Gallego en la vereda Oritá de Mariquita (Tolima). El asesinato fue llevado a cabo por miembros de la ACMM, en razón de que la

¹²⁹ Para que se entienda como crimen de lesa humanidad debe cumplirse con el elemento contextual, es decir, que el delito debe ocurrir como parte de una política de ataques sistemáticos y generalizados en contra de la población civil.

víctima tenía un comportamiento inadecuado dentro de la vereda debido a un retraso mental.

José Bernardo Vásquez [Hecho No. 42]: En el mes de diciembre de 2001, un ex integrante de las FOI de las ACMM alias “Pepo”, fue citado a Mariquita (Tolima) por el entonces comandante de la zona alias “Steven”. Al llegar fue reducido, amarrado y conducido a una zona montañosa de ese lugar, siendo asesinado al día siguiente mediante un disparo de escopeta por haber hurtado dineros de la organización.

2. Serán homicidios agravados ordinarios de carácter doloso, aquellos que ocurren cuando se asesina a una persona porque los autores creen subjetivamente que se trata de un auxiliador, colaborador, o miembro¹³⁰ de la contraparte, pero no existe ningún elemento externo que pueda probar esta supuesta afiliación de la víctima.

Al existir un error sobre la calidad de persona protegida, no habría lugar a responsabilidad penal internacional dentro del espectro de los crímenes de guerra. Esto se debe a que en el Derecho Penal Internacional no cabe la responsabilidad por imprudencia, la cual tiene lugar cuando ocurre un error de hecho vencible. En conclusión, dado que dentro del ordenamiento jurídico-penal colombiano se conoce tanto de los delitos internacionales como de los delitos ordinarios, los supuestos fácticos arriba referidos deben calificarse como homicidios agravados ordinarios de carácter doloso.

CASOS EJEMPLO:

Floresmiro Mondragón [Hecho No. 58]: El 2 de agosto de 2003, el señor Floresmiro Mondragón, también conocido bajo el nombre de “Miro Cardona” fue asesinado por miembros de la ACMM. El señor Mondragón se encontraba en su residencia en la vereda Patiburry, Frias, Tolima. Antes de ser asesinado fue interrogado y torturado por ser reconocido por sus captores como presunto guerrillero del E.L.N. Cabe mencionar que del material probatorio presentado por la fiscalía no se pudo concluir que la víctima era miembro del E.L.N.

Mariano Arce Gordillo [Hecho No 68]: El 2 de marzo de 2002 el señor Mariano Arce Gordillo se movilizaba de mariquita a San Felipe, cuando se percató que le seguían en una motocicleta dos hombres armados. Este trató de huir bajándose del vehículo pero fue

¹³⁰ Cabe recordar la exposición realizada a lo largo del memorial sobre la pérdida o no de la protección.

asesinado por unos individuos que le propiciaron varios disparos. En confesión dentro del proceso de justicia y paz, José David Velandia García aseguró que el móvil de este asesinato fue la presunción de que Arce Gordillo auxiliaba a grupos guerrilleros. Sin embargo, posteriormente Martha Edith Flórez Zúñiga y Carmenza Roa, en entrevista de verificación, aseguraron que el homicidio se perpetró porque este no pago una “vacuna” a las AUC.

Carlos Chica Higinio [Hecho No. 66]: El 3 de abril de 2002, Carlos Chica Higinio de 18 años de edad, fue interceptado en la casa de su novia en la vereda Albania y fue desaparecido por hombres armados. Se creía que la víctima era guerrillero. Luego, en el marco normativo de la ley de justicia y paz se estableció que la víctima no era guerrillero y que su muerte aconteció porque Jairo Yepes, apodado el chivo, utilizó a las autodefensas para asesinarlo ya que estaba pretendiendo a la misma mujer.

3. Serán homicidios en persona protegida, y por ende crímenes de guerra, aquellos que ocurren cuando se asesina a una persona con base en una suposición fundada en elementos externos que puedan probar la afiliación de la víctima al bando opuesto. Aquí, se presentan los elementos de afiliación y vínculo con el conflicto, pues el autor cree fundadamente (con base en la información que le es suministrada por un tercero: “señalamientos”) que la víctima tiene una conexión con la contraparte, y que su homicidio puede derivar en un beneficio militar para el grupo.

CASOS EJEMPLO:

Carlos Hernán González Morales, John Fredy González Reyes y Luis Carlos González Patiño [Hecho No. 61]: El 15 de enero de 2003, las víctimas fueron interceptadas en su casa y sacadas de la misma de forma violenta, al ser acusadas de tener armas escondidas. Se desconoce su paradero. Según la información de la fiscalía, el asesinato se justificó en la presunta colaboración que tenían con la guerrilla.

Según la versión libre del postulado Emilio de Jesús Aguirre, se acabó con la vida de Carlos González, John González y Luis González, porque se les había encontrado armas y eran integrantes de una banda de atracadores. La versión del postulado Alexander López Acosta no corresponde con la de Emilio de Jesús Aguirre, pues según el primero, una de las víctimas era integrante de la guerrilla y los otros dos sus colaboradores.

[Si tomamos la versión del postulado Emilio Aguirre, el delito debe calificarse como homicidio ordinario. Sin embargo, si se acepta la versión de Alexander López, estamos ante un homicidio en persona protegida. Creemos, no obstante, que la diferencia de justificantes

podría dar lugar a que este homicidio fuera calificado como agravado ordinario de carácter doloso].

Caso de Efraín Hernando Rincón Montenegro [Hecho No. 3]: El 4 de agosto de 2004, en la vía que de Guaduas conduce a Villeta (Cundinamarca), sujetos que se movilizaban en una moto, dispararon en repetidas ocasiones contra un individuo que se transportaba en una bicicleta. Se tienen dos móviles del asesinato: el primero, que la víctima era señalada de pertenecer a las FARC; el segundo, que la misma era señalada de ser expendedora de estupefacientes.

[Si nos acogemos al primer móvil, el delito sería un *ataque* dirigido sobre persona protegida y *homicidio* en persona protegida. Sobre el segundo móvil, sabemos que la supuesta actividad vendiendo alucinógenos a la que se dedicaba la víctima no está relacionada con las hostilidades. Por lo tanto se trataría de un homicidio ordinario].

4. Por último quisiéramos dar cuenta de la diferencia que existe entre el *ataque dirigido sobre una persona protegida*, y el *homicidio de persona protegida*. El primero tendrá lugar cuando la persona a la que se agrede no se encuentra en poder del autor; mientras que el segundo ocurre cuando la víctima ya se encontraba bajo el poder del autor en el momento de la comisión del delito.

CASOS EJEMPLO:

Yosimi Silva Melo [Hecho No. 4]: El 1 de abril de 2003, un sujeto que se encontraba transportando menores de edad en una ruta escolar hacia Beltrán (Cundinamarca), fue interceptado por varios hombres, uno de los cuales subió al automotor y le propinó dos disparos que le causaron la muerte. El homicidio se debió a que la víctima era señalada de ser auxiliadora de la guerrilla.