

Bogotá D.C., abril 30 de 2012

Honorables Magistrados y Magistrada
Corte Constitucional
M.P. María Victoria Calle Correa
E.S.D.

Ref: Concepto Intervención ciudadana en el proceso D 8997
Norma revisada: Expresión “con ocasión del conflicto armado” del artículo 3 de la ley 1448 de 2011.

Nosotros, Rodrigo Uprimny Yepes, Luz María Sánchez, Paula Rangel Garzón y Nelson Camilo Sánchez, director e investigadores del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad -DeJuSticia- identificados como aparece al pie de nuestras firmas, presentamos este concepto sobre la demanda referenciada en respuesta a la amable invitación de la Corte.

Esta intervención tiene como objetivo apoyar la petición de los demandantes para que se adopte una concepción amplia de la expresión “con ocasión del conflicto armado” y se reconozca como destinatarias de la ley a las víctimas que no tengan una relación causal, sino circunstancial con el este conflicto. Estimamos acertado el cargo planteado en la demanda que cuestiona los alcances de la expresión y evidencia el trato desigual que puede generar entre las víctimas que en diferentes manifestaciones han visto vulnerados sus derechos por la existencia del conflicto armado.

Para complementar los argumentos de los demandantes consideramos que es necesario profundizar en la definición de conflicto armado y fijar estándares objetivos que permitan reconocer cuándo una infracción ocurrió en dicho contexto. En ese sentido, nuestra intervención se dividirá en dos partes: primero, sostendremos por qué no es constitucional adoptar una concepción restringida del conflicto armado; y en la segunda parte señalaremos cuáles son los criterios objetivos para reconocer que una violación ocurrió “con ocasión del conflicto armado”. Con este fin retomaremos argumentos que expusimos en una pasada intervención ante esta Corte.

I. La inconstitucionalidad de una concepción restringida de la expresión “con ocasión del conflicto armado”

La ley 1448 de 2011 es un instrumento de justicia transicional y como tal restringe su acción a escenarios específicos, dentro de ellos, a las infracciones ocurridas con ocasión del conflicto armado. El propósito de la ley de abordar sólo cierto tipo de violencia es justificable en tanto la ley aparece como un mecanismo de reparación especial para

víctimas que merecen una atención urgente. Al respecto la Corte Constitucional ha afirmado que la ley “tiene carácter complementario y de apoyo en relación con las que de manera general se contemplan en el ordenamiento jurídico para la protección de las víctimas y la garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación”¹.

En ese orden de ideas, la Corte ha declarado constitucional algunas exclusiones en la definición de víctima,² por ejemplo, ha excluido a las víctimas que hayan pertenecido a grupos al margen de la ley y también a las víctimas de delincuencia común. Respecto a la exclusión de víctimas de delincuencia común, la Corte advirtió que era necesario precisar los presupuestos para determinar la existencia de conflicto armado, y añadió que dada su complejidad, las violaciones de derechos humanos y derecho internacional humanitario deben guardar relación cercana y suficiente con el conflicto armado. Expresamente señaló la Corte en su comunicado:

En efecto, aunque no existiera la exclusión expresa, sería preciso en la instancia aplicativa de la ley, identificar si las conductas de las que una persona pretende derivar la condición de víctima, se inscriben o no en el ámbito del conflicto armado interno. Además, existen elementos objetivos que permiten encuadrar ciertas conductas dentro del conflicto y hay extremos en los que, por el contrario, resulta claro que se está frente a actos de delincuencia común, no cubiertos por las precisiones de esta ley. En todo caso, la Corte precisó que daños originados en las violaciones al Derecho Internacional Humanitario y al Derecho Internacional de los Derechos Humanos cometidas por actores armados con estructura militar o dominio territorial, como consecuencia de acciones que guarden una relación cercana y suficiente con el desarrollo del conflicto armado, podrían ser invocadas por sus víctimas para los fines de la presente ley, previa la demostración respectiva, por adecuarse a los propósitos que esta persigue.³

Así las cosas, es necesario hacer una conceptualización amplia respecto a qué se entiende por conflicto armado, que sea capaz de abarcar las violaciones que no surgen directamente del combate o las hostilidades y dilucidar algunas dudas sobre los posibles actores. En especial, cuando el conflicto armado colombiano está degradado y, en algunos escenarios, desideologizado, la frontera con otro tipo de violencia puede resultar borrosa.

Es importante resaltar que los criterios para definir si un determinado hecho ocurrió en el marco del conflicto armado deben ser flexibles, pues deben acomodarse a las distintas formas de manifestación del conflicto armado y en especial, a la reparación efectiva de las víctimas. Así pues, no puede perderse de vista el enfoque pro víctima de la ley, que en la práctica debe consistir en generar las mayores garantías para ellas. En este sentido, estimamos que en los casos en los que exista duda frente a si el daño proviene de un acto

¹ Comunicado de prensa de la Corte Constitucional sobre la sentencia C 250 de 2012 M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

² Ver sentencias C 250 de 2012 y C 253 de 2012.

³ Comunicado de prensa de la Corte Constitucional sobre la sentencia C 250 de 2012 M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

cometido en el marco del conflicto armado o de otros tipo de violencia, debe optarse por un criterio que favorezca a las víctimas.

Por lo anterior, un concepto restrictivo de “con ocasión del conflicto armado” que incluya únicamente a las víctimas cuya violación tiene relación directa con el conflicto es irrazonable y desproporcionada, pues deja por fuera a víctimas que tienen una relación circunstancial con el conflicto, pero que no hubiesen sido víctimas ocurrido si no hubiese existido conflicto armado.

II. Criterios para definir la relación con el conflicto armado:

Para afrontar la conceptualización de la expresión “con ocasión del conflicto armado”, tanto la jurisprudencia constitucional, como la jurisprudencia penal ofrecen criterios valiosos que contribuyen a ese propósito. A tales criterios nos referiremos brevemente a continuación.

Un primer criterio fundamental es que la determinación de la existencia de un conflicto armado no depende de un reconocimiento oficial, sino de la confluencia de ciertos factores objetivos. Así lo indicó la Corte Constitucional en la sentencia C- 291 de 2007, al señalar:

Para efectos de la aplicación del Derecho Internacional Humanitario, la existencia de un conflicto armado se determina jurídicamente con base en factores objetivos, independientemente de la denominación o calificación que le den los Estados, Gobiernos o grupos armados en él implicados.⁴

Un segundo criterio, que es tan solo un corolario del anterior, es que la caracterización de un grupo armado como actor del conflicto no depende tampoco de que el Estado o el gobierno lo califiquen como tal, sino, nuevamente, de que tenga ciertas características que puedan ser verificadas a partir de un análisis objetivo. En este sentido, la posición del gobierno que califica un grupo como de delincuencia común –tal como sucede, por ejemplo, en el caso de las bandas emergentes- no se debe imponer para negar de tajo que las violaciones perpetradas por este no ocurrieron en el marco del conflicto armado. La determinación debe realizarse en cada caso, atendiendo a elementos objetivos.

El tercer criterio se refiere precisamente a tales elementos. En primer lugar, el Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra, en su artículo 1º dispone:

1. El presente Protocolo, que desarrolla y completa el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, sin modificar sus actuales condiciones de aplicación, se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) y que se desarrollen en el

⁴ Corte Constitucional, sentencia C-291 de 2007 M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo.

De conformidad con el Protocolo, puede calificarse como actor del conflicto al grupo armado organizado que tenga un mando responsable y que ejerza un control territorial suficiente para llevar a cabo operaciones militares y para aplicar las normas del DIH. Estos criterios también se pueden encontrar en la jurisprudencia nacional. Así, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, al referirse a las infracciones al Derecho Internacional Humanitario tipificadas en el Título II del Código Penal, cuyo elemento común es precisamente el de ser cometidas “con ocasión y en desarrollo del conflicto armado”, ha dispuesto:

De lo expuesto se colige que aunque la conceptualización de conflicto no internacional es compleja y los gobiernos tienden a no aceptar su existencia; se está ante uno de esa naturaleza cuando los rasgos de un conflicto internacional se presentan en el territorio de un Estado al verificarse elementos tales como: (i) enfrentamiento entre partes, ya sea fuerzas armadas gubernamentales y disidentes, o las primeras frente a insurrectos organizados; (ii) un mando responsable, sin que implique una organización ‘tradicional’ militar sino una suficiente para llevar a cabo operaciones militares calificadas, y con la posibilidad de imponer una disciplina; (iii) un control del territorio, sin que sea relevante la porción o permanencia, solo un control ‘tal’ que le permita servir el Protocolo y realizar las operaciones; (iv) el carácter sostenido y concertado de las operaciones militares está lejos de coincidir con lo permanente –duración- o esporádico pero, eso sí, unido a la forma de ser organizado, ordenado y preparado; y (v) capacidad de aplicar el Protocolo, lo que no indica que en efecto ello sea constante, sino que se tenga la capacidad, ya que se posee la estructura para hacerlo.⁵

Los anteriores elementos proporcionan un criterio objetivo para determinar en qué casos un grupo puede ser considerado como actor del conflicto armado, con independencia de que exista un reconocimiento oficial por parte del gobierno. Sin embargo, aunque la naturaleza del grupo que comete la violación constituye un indicador importante para determinar cuándo un acto ha sido cometido en el marco del conflicto armado, el factor determinante en este punto es el grado de conexión entre el acto y el conflicto, con independencia incluso de que aquel haya sido cometido por un grupo que pueda ser catalogado como parte de este.

Al respecto, la Corte Suprema ha señalado que los actos cometidos con ocasión del conflicto armado no se restringen a aquellos ocurridos en un combate. Basta que el acto tenga una conexión cercana con el conflicto para considerar que se trata de un acto cometido con ocasión y en desarrollo de este:

⁵Corte Suprema de Justicia, Proceso No. 35099 23 de marzo de 2011, M.P.: Augusto Ibáñez Guzmán

En términos materiales, para que un determinado hecho o situación que ha ocurrido en un lugar en el que no se han desarrollado los combates armados quede cubierto bajo el ámbito de aplicación del Derecho Internacional Humanitario, es necesario que tal hecho o situación guarde una relación cercana y suficiente con el desarrollo del conflicto.⁶

Igualmente, la Corte ha retomado pronunciamientos de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda, de conformidad con los cuales:

No es necesario que exista un vínculo directo entre la conducta y el conflicto armado en el sentido de que aquella no tiene por qué producirse en medio del fragor del combate. Según la Sala de apelaciones [del TPIY y del TPIR] basta con que exista una relación de cierta proximidad entre la conducta y las hostilidades que se están desarrollando en cualquier otro lugar del territorio controlado por las partes contendientes, de manera que se pueda afirmar que su comisión o la manera de llevarse a cabo se encuentra influenciada por la existencia del conflicto armado.⁷

En el mismo sentido, la Corte Constitucional ha recogido los criterios de estos tribunales internacionales que resultan de utilidad para identificar cuándo un acto ha ocurrido en el marco del conflicto:

La jurisprudencia internacional ha proporcionado distintos criterios para determinar la existencia de un nexo cercano entre un determinado hecho o situación y el conflicto armado internacional o interno en el que ha tenido lugar; así, ha señalado que tal relación cercana existe *“en la medida en que el crimen sea moldeado por o dependiente del ambiente en el que se ha cometido –v.g. el conflicto armado-”*⁸. Al determinar la existencia de dicha relación las cortes internacionales han tomado en cuenta factores tales como la calidad de combatiente del perpetrador, la calidad de no combatiente de la víctima, el hecho de que la víctima sea miembro del bando opuesto, el hecho de que el acto pueda ser visto como un medio para lograr los fines últimos de una campaña militar, o el hecho de que el acto haya sido cometido

⁶ Corte Suprema de Justicia, Proceso No. 35099 del 23 de marzo de 2011, M.P.: Augusto Ibáñez Guzmán

⁷ Olásolo, Héctor y Pérez, Ana (2008). *Terrorismo Internacional y Conflicto Armado*, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, cit. en: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso N° 32022 del 21 de septiembre de 2009, MP. Sigifredo Espinosa Pérez.

⁸ Traducción informal: *“Such a relation exists as long as the crime is ‘shaped by or dependent upon the environment – the armed conflict – in which it is committed.’”* Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Blagojevic y **Jokic**, sentencia del 17 de enero de 2005. En igual sentido ha explicado este tribunal que *“lo que distingue en últimas a un crimen de guerra de un delito puramente doméstico, es que el crimen de guerra es moldeado por o dependiente del ambiente en el cual se ha cometido –el conflicto armado-”* [Traducción informal: *“What ultimately distinguishes a war crime from a purely domestic offence is that a war crime is shaped by or dependent upon the environment – the armed conflict – in which it is committed”*. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros**, sentencia de la Sala de Apelaciones del 12 de junio de 2002].

como parte de los deberes oficiales del perpetrador, o en el contexto de dichos deberes⁹. También ha precisado la jurisprudencia, en casos de comisión de crímenes de guerra, que es suficiente establecer que “*el perpetrador actuó en desarrollo o bajo la apariencia del conflicto armado*”¹⁰, y que “*el conflicto no debe necesariamente haber sido la causa de la comisión del crimen, sino que la existencia del conflicto debe haber jugado, como mínimo, una parte sustancial en la capacidad del perpetrador para cometerlo, en su decisión de cometerlo, en la manera en que fue cometido o en el objetivo para el que se cometió*”^{11, 12}.

En conclusión, ante el límite difuso que en ocasiones puede presentarse para definir si una infracción de derechos ocurrió con ocasión del conflicto armado, consideramos que debe acudir a los criterios anteriormente citados para definir si las víctimas de un hecho determinado deben ser incluidas en los programas previstos en la ley 1448 de 2011. Así mismo, en aquellos casos en los cuales persistan dudas incluso después de aplicar los

⁹ Traducción informal: “*59. In determining whether or not the act in question is sufficiently related to the armed conflict, the Trial Chamber may take into account, inter alia, the following factors: the fact that the perpetrator is a combatant; the fact that the victim is a non-combatant; the fact that the victim is a member of the opposing party; the fact that the act may be said to serve the ultimate goal of a military campaign; and the fact that the crime is committed as part of or in the context of the perpetrator’s official duties.*” Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros**, sentencia de la sala de apelaciones del 12 de junio de 2002. En igual sentido afirmó este Tribunal que “al determinar si dicho nexo existe, la Sala puede tomar en consideración, entre otros, el hecho de que el perpetrador sea un combatiente, el que la víctima sea un no-combatiente, el que la víctima sea miembro de la parte contraria, el que pueda decirse que el acto haya contribuido a la meta última de la campaña militar, o el que el crimen se haya cometido como parte o en el contexto de los deberes oficiales del perpetrador” [Traducción informal: “*In determining whether such nexus exists the Chamber may take into account, inter alia, whether the perpetrator is a combatant, whether the victim is a non-combatant, whether the victim is a member of the opposing party, whether the act may be said to serve the ultimate goal of a military campaign, and whether the crime is committed as part of or in the context of the perpetrator’s official duties.*” Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros**, sentencia del 30 de noviembre de 2005].

¹⁰ Traducción informal: “*the perpetrator acted in furtherance of or under the guise of the armed conflict*”. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros**, sentencia de la sala de apelaciones del 12 de junio de 2002.

¹¹ Traducción informal: “*the armed conflict need not have been causal to the commission of the crime, but that the existence of an armed conflict must, at a minimum, have played a substantial part in the perpetrator’s ability to commit it, his decision to commit it, the manner in which it was committed or the purpose for which it was committed*”. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, casos de **Fiscal vs. Enver Hadzihanovic y Amir Kubura**, sentencia del 15 de marzo de 2006, y **Fiscal vs. Sefer Halilovic**, sentencia del 16 de noviembre de 2005 –ambos reiterando lo decidido en el caso del **Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros**, sentencia de la sala de apelaciones del 12 de junio de 2002-. Ver en igual sentido el pronunciamiento de este Tribunal en el caso Limaj: “No es necesario que el conflicto armado haya sido la causa de la comisión del crimen que se acusa, pero sí debe haber jugado un rol sustancial en la capacidad del perpetrador para cometerlo” [Traducción informal: “*The armed conflict need not have been causal to the commission of the crime charged, but it must have played a substantial part in the perpetrator’s ability to commit that crime.*” Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros**, sentencia del 30 de noviembre de 2005].

¹²Corte Constitucional, sentencia C-291 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

referidos criterios, debe considerarse que las víctimas han sufrido daños con ocasión del conflicto armado para evitar así su exclusión de los programas previstos en la ley 1448.