



Algunos retos en la judicialización de medios de guerra ilícitos por parte de la Jurisdicción Especial para la Paz: las armas empleadas por las antiguas FARC-EP como caso de estudio

Some challenges in the prosecution of illicit means of warfare by the Special Jurisdiction for Peace: Weapons used by the former FARC/EP as a case study

Julián Andrés ARIZA TOPAHUESO

<https://orcid.org/0000-0002-4904-1490>

Jurisdicción Especial para la Paz, Colombia*

julian.ariza@jep.gov.co

DOI: 10.5294/aidih.2022.3.7



Para citar este artículo | To reference this article | Para citar este artigo

Julián Andrés ARIZA TOPAHUESO, “Algunos retos en la judicialización de medios de guerra ilícitos por parte de la Jurisdicción Especial para la Paz: las armas empleadas por las antiguas FARC-EP como caso de estudio”, en *Anuario Iberoamericano sobre Derecho Internacional Humanitario*, 3 (2022), pp. 201-235. DOI: <https://doi.org/10.5294/aidih.2022.3.7>

Recibido: 28 de febrero de 2022 | Envío a pares: 30 de marzo de 2022 | Aprobado por pares: 09 de mayo de 2022 | Aceptado: 26 de mayo de 2022.

* El análisis y las opiniones expresadas son personales y no reflejan una postura institucional de la Jurisdicción Especial para la Paz.

Resumen

Este artículo examina algunos retos que la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) enfrenta para investigar y juzgar el uso de medios de guerra ilícitos. Para esto, se analizan los marcos normativos con los que cuenta la JEP y se identifican algunos desafíos relacionados con su interpretación y aplicabilidad. Este análisis toma como caso de estudio algunas decisiones de la Sala de Amnistía o Indulto (SAI) donde ya se han resuelto varios de estos problemas jurídicos. De igual manera, el artículo aborda un asunto inexplorado hasta ahora, que tiene que ver con el tratamiento de conductas que implican el uso de medios de guerra ilícitos desde un enfoque macrocriminal. Para este propósito, se examinan los retos metodológicos y probatorios que esto supondría y se sugiere la selección temprana de casos graves y representativos como una alternativa que la Sala de Reconocimiento de Verdad, Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas (SRVR) podría considerar para superarlos. Algunos acápites se refieren, en particular, a ciertos medios de guerra empleados por antiguos miembros de las FARC-EP, debido a su riqueza ilustrativa y al hecho de que una gran parte estos constituían armas de fabricación improvisada.

Palabras clave: armas o medios de guerra ilícitos, crímenes de guerra, enfoque macrocriminal.

Abstract

This article examines some of the challenges that the Colombian Special Jurisdiction for Peace faces in prosecuting the use of illicit means of warfare. To this end, it analyses the normative frameworks available and identifies some challenges related to their interpretation and applicability. This analysis takes as a case study some of the decisions of the Amnesty or Pardon Chamber (SAI) where several of these impasses have already been resolved. The article also addresses a hitherto unexplored issue, which has to do with the prosecution of cases involving the use of unlawful means of warfare from a macro-criminal approach. For this purpose, it examines the methodological and evidentiary challenges that such approach would entail and suggests an early selection of serious and representative cases as an alternative that Chamber for the Recognition of Truth, Responsibility and the Determination of Facts and Conducts (SRVR) could consider in order to overcome them. Some sections of this article refer, in particular, to certain means of warfare used by former members of the FARC-EP due to their illustrative richness and the fact that a large part of them were improvised weapons.

Key words: Unlawful weapons or means of warfare, war crimes, macrocriminal approach.

**Introducción**

“Caza bobos”, “sombrero chino”, “tatuco” y “quiebra patas” son algunos de los nombres con los que las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC-EP) bautizaron sus armas durante el conflicto armado.¹ Estos nombres, bastante

1 Ver al respecto, CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA y FUNDACIÓN PROLONGAR, *La guerra escondida. Minas antipersonal y remanentes explosivos en Colombia*, Bogotá, 2017, pp. 42, 66, 112 y 177. Ver

coloquiales, dan una idea de su diseño rudimentario y permiten dimensionar, de entrada, la complejidad que supone su comprensión y juzgamiento bajo las normas del derecho internacional humanitario (DIH). Habrá que ir, entonces, más allá de su denominación y comprender su uso, mecanismos de activación, carácter antipersonal o los objetivos contra los que eran dirigidas, así como los daños que causaron, para determinar su conformidad con el DIH.

En virtud del Acuerdo de Paz suscrito entre el Gobierno nacional y las FARC-EP en 2016, y el marco jurídico de implementación, la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) tiene por mandato administrar justicia frente a las conductas cometidas por causa, con ocasión o en relación con el conflicto armado antes del 1° de diciembre de 2016, “en especial respecto a conductas consideradas graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario o graves violaciones de los Derechos Humanos”.² Con base en este mandato, la JEP es competente para investigar y sancionar la utilización de medios de guerra ilícitos durante la conducción de las hostilidades.

Para el cumplimiento de esta labor, la JEP enfrenta algunos desafíos en el plano normativo, metodológico y probatorio. Este artículo tiene como objetivo analizar esos retos desde una postura crítica e integral, trayendo a colación algunos precedentes que la Jurisdicción ha venido sentando en la materia. Este análisis resulta de la mayor relevancia, ya que la Sala de Reconocimiento de Verdad, Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas (SRVR) ha anunciado una segunda ronda de priorización de casos, que comprende un macrocaso para el actor FARC-EP, en donde se investigarán, entre otras conductas, el uso de medios y métodos de guerra ilícitos.³

En la instrucción de un macrocaso como este, la SRVR tendrá que examinar, a la luz del derecho aplicable y desde una perspectiva macrocriminal, la licitud del uso de ciertas armas por parte de la antigua guerrilla. Esta tarea no iniciará de cero, un punto de partida para la SRVR serán las consideraciones que la Sala de Amnistía o Indulto (SAI) ha esgrimido en sus decisiones sobre amnistía con

también: “Farc producían 200 taticos mensuales en fábrica artesanal”, *El Espectador*, 3 de julio de 2013, en <https://www.elespectador.com/judicial/farc-producian-200-taticos-mensuales-en-fabrica-artesanal-article-431479/>, fecha de consulta: 22 de mayo de 2022.

2 Acto Legislativo 01 de 2017, artículo transitorio 5°.

3 JEP, “Comunicado a la opinión pública 012 de 2022”, en <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Paginas/La-JEP-reitera-su-decisi%C3%B3n-indeclinable-de-abrir-tres-nuevos-casos.aspx>, fecha de consulta: 20 de febrero de 2022.

respecto a la utilización de algunos medios de guerra y su posible calificación como crímenes de guerra.

Este artículo está dividido en tres partes. El primer segmento examinará el derecho aplicable, haciendo un breve recuento de las normas del derecho internacional y del derecho penal colombiano de las cuales dispone la JEP para juzgar el uso de ciertas armas. El segundo expondrá algunos problemas que suscita la aplicabilidad e interpretación de ciertas normas, haciendo énfasis en aspectos como su entrada en vigencia, su vinculatoriedad para grupos armados no estatales, entre otros. El tercero presentará algunas cuestiones de tipo metodológico, probatorio y técnico que implica el abordaje de medios ilícitos de guerra desde una perspectiva macrocriminal, así como las alternativas que se vislumbran al respecto.

1. El derecho aplicable

De acuerdo con lo previsto en el artículo transitorio 22 del Acto Legislativo 01 de 2017 y el artículo 23 de la Ley Estatutaria de la JEP (Lejep), esta tiene a disposición no solo la legislación penal nacional, sino también las normas del derecho internacional a efectos de hacer una calificación jurídica propia de las conductas.⁴ De ahí que la JEP cuente con i) el derecho internacional humanitario (DIH), ii) el derecho internacional penal y iii) el derecho penal colombiano como marcos jurídicos aplicables para valorar la licitud de los medios de guerra utilizados en el conflicto armado entre las Fuerzas Armadas y las FARC-EP.

1.1. El derecho internacional humanitario

La prohibición o restricción de ciertas armas en los conflictos armados encuentra su fundamento en el principio de limitación, el cual establece que el derecho de las partes a escoger los medios y métodos de guerra no es ilimitado.⁵ Por el contrario, encuentra dos límites bastante claros, en primer lugar, la prohibición de armas que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios al adversario,⁶

4 Acto Legislativo 01 de 2017, artículo transitorio 22, Ley 1957 del 2019, artículo 23.

5 Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra, artículo 35.1.

6 *Ibid.*, artículo 35.2. Ver también: Norma 70, CICR, “Base de Datos de DIH, DIH Consuetudinario”, en https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/spa/docs/v1_rul_rule70, fecha de consulta: 21 de mayo de 2022.

y, en segundo lugar, la prohibición de armas de tal índole que sus efectos sean indiscriminados.⁷ En este aspecto, el DIH desafía la presunción establecida por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el Caso Lotus según la cual todo lo que no está prohibido por el derecho internacional es permitido.⁸

La prohibición de armas que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios busca que haya un balance entre las necesidades de la guerra y los imperativos de humanidad. Desde 1868, con la Declaración de San Petersburgo, se reconoce que la única finalidad legítima durante la guerra es el debilitamiento de las fuerzas militares del enemigo, por lo que es suficiente con poner fuera de combate al mayor número posible de sus integrantes.⁹ En contraste, señala que “esta finalidad quedaría sobrepasada por el empleo de armas que agravarían inútilmente los sufrimientos de [las personas puestas] fuera de combate, o bien querían que su muerte fuese inevitable”.¹⁰ Por lo que, tales armas serían contrarias a las leyes de la humanidad.¹¹

Por su parte, la prohibición de armas con efectos indiscriminados tiene una relación directa con el principio de distinción. Así, lo que se busca es la no utilización de armas que “puedan alcanzar indistintamente a objetivos militares y a personas o bienes de carácter civil”.¹² En esta línea, se consideran indiscriminadas aquellas armas que no pueden dirigirse contra un objetivo militar concreto o cuyos efectos no es posible limitar de acuerdo con el DIH.¹³ El estudio sobre derecho internacional humanitario consuetudinario del CICR (EDIHC) describe ambas prohibiciones como “principios generales sobre el empleo de armas”, e indica que la práctica de los Estados establece que son normas de DIH

7 Norma 71, CICR, “Base de Datos de DIH, DIH Consuetudinario”, en https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/spa/docs/v1_rul_rule71, fecha de consulta: el 21 de mayo de 2022.

8 Marco SASSÒLI, *International Humanitarian Law: Rules, Controversies, and Solutions to Problems Arising in Warfare*, Geneva, Edward Elgar, 2019, párr. 8.367.

9 Declaración de San Petersburgo, 11 de diciembre de 1868.

10 *Idem*.

11 *Idem*.

12 Norma 12, CICR, “Base de Datos de DIH, DIH Consuetudinario”, en https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/spa/docs/v1_rul_rule12, fecha de consulta: 15 de enero de 2022.

13 Jean-Marie HENCKAERTS y Louise DOSWALD-BECK, *El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario*, vol. 1, *Normas*, Buenos Aires, CICR, 2007, Norma 71, p. 276.

consuetudinario aplicables tanto a conflictos armados internacionales (CAI) como no internacionales (CANI).¹⁴

Adicionalmente, las normas del DIH consuetudinario y algunos tratados internacionales prohíben expresamente el uso de ciertas armas como: el veneno o armas envenenadas, armas biológicas,¹⁵ armas químicas,¹⁶ balas expansivas,¹⁷ balas explosivas,¹⁸ armas que lesionan mediante fragmentos no localizables por rayos x,¹⁹ armas trampa,²⁰ armas incendiarias empleadas de forma antipersonal y las armas láser que causan ceguera.²¹ De igual manera, prohíbe el empleo de sustancias antidisturbios como método de guerra,²² así como el de herbicidas bajo ciertas circunstancias.²³

14 Norma 70, CICR, “Base de Datos de DIH, DIH Consuetudinario”, cit., 2022; Norma 71, CICR, “Base de Datos de DIH, DIH Consuetudinario”, cit., 2022.

15 Norma 73, CICR, “Base de Datos de DIH, DIH Consuetudinario”, en https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/spa/docs/v1_rul_rule73, fecha de consulta: 15 de enero de 2022. Convención sobre armas biológicas y tóxicas, 1972.

16 Norma 74, CICR, “Base de Datos de DIH, DIH Consuetudinario”, en https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/spa/docs/v1_rul_rule74, fecha de consulta: 15 de enero de 2022. Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre su Destrucción, 1993.

17 Norma 77, CICR, “Base de Datos de DIH, DIH Consuetudinario”, en https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/spa/docs/v1_rul_rule77, fecha de consulta: 15 de enero de 2022.

18 Norma 78, CICR, “Base de Datos de DIH, DIH Consuetudinario”, en https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/spa/docs/v1_rul_rule78, fecha de consulta: el 15 de enero de 2022.

19 Norma 79, CICR, “Base de Datos de DIH, DIH Consuetudinario”, en https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/spa/docs/v1_rul_rule79, fecha de consulta: 15 de enero de 2022. Protocolo I de la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, 1980.

20 Norma 80, CICR, “Base de Datos de DIH, DIH Consuetudinario”, en https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/spa/docs/v1_rul_rule80, fecha de consulta: 15 de enero de 2022. Protocolo II enmendado de la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, 3 de mayo de 1996.

21 Norma 85, CICR, “Base de Datos de DIH, DIH Consuetudinario”, en https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/spa/docs/v1_rul_rule85, fecha de consulta: 15 de enero de 2022. Protocolo III de la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, 1980; Norma 86, CICR, “Base de Datos de DIH, DIH Consuetudinario”, en https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/spa/docs/v1_rul_rule86, fecha de consulta: 15 de enero de 2022. Protocolo IV de la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, 1995.

22 Norma 75, CICR, “Base de Datos de DIH, DIH Consuetudinario”, en https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/spa/docs/v1_rul_rule75, fecha de consulta: 15 de enero de 2022.

23 Norma 76, CICR, “Base de Datos de DIH, DIH Consuetudinario”, en https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/spa/docs/v1_rul_rule76, fecha de consulta: 15 de enero de 2022.

Uno de los tratados más relevantes en la materia es la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que pueden considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados (CCAC).²⁴ Esta Convención recoge los principios generales señalados y, a través de sus protocolos, prohíbe o restringe el uso de: armas que lesionan mediante fragmentos no localizables (Protocolo I); minas, armas trampa y otros artefactos (Protocolo II); armas incendiarias (Protocolo III); y las armas láser cegadoras (Protocolo IV). También señala que su alcance “no restringe la obligación de los Estados de abstenerse de usar otras armas que no se mencionan en ella, pero cuyo empleo viole las normas del [DIH]”.²⁵ Inicialmente, la CCAC solo era aplicable a los CAI, pero durante la segunda conferencia de examen en 2001, su ámbito de aplicación se amplió a los CANI.²⁶

El Protocolo II enmendado de esta Convención presenta un interés especial.²⁷ A diferencia de otros instrumentos, este proporciona una definición de las armas a las que se aplica.²⁸ Además, crea la categoría de “otros artefactos” que no tiene antecedentes ni en el derecho convencional ni consuetudinario. La virtud de estas definiciones es su carácter normativo pues, además de facilitar la clasificación de ciertas armas o artefactos, permiten comprender su ilicitud a partir de una serie de atributos que ellas mismas establecen, tales como: la ubicación, apariencia, instalación, forma de activación, entre otros.

En relación con las minas antipersonal cabe indicar que, en 2000, Colombia aprobó la Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción

24 La CCAC y sus cuatro protocolos fueron aprobados por Colombia mediante la Ley 469 de 1998 y entraron en vigor el 6 de marzo de 2000.

25 ICRC, “Convención de 1980 sobre ciertas armas convencionales”, Servicio de Asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario, 2002, en https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/1980_armas_convencionales.pdf, fecha de consulta: 15 de enero de 2022.

26 Declaración Final de la Segunda Conferencia de Examen CCW/CONF.II/2, Enmienda del artículo I de la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, 21 de diciembre de 2001, en <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/article/other/treaty-1980-cccw-amendment-article-1-2001-5x6mhx.htm>, fecha de consulta: 23 de mayo de 2022.

27 Este protocolo fue enmendado el 3 de mayo de 1996, extendiendo su ámbito de aplicación a los CANI.

28 “Mina”, “mina lanzada a distancia”, “mina antipersonal” y “arma trampa”.

(Convención de Ottawa),²⁹ por lo que desde ese entonces este tipo de minas está prohibido en todas las circunstancias.

1.2. El derecho internacional penal

El artículo 8º del Estatuto de Roma establece los crímenes de guerra de competencia de la Corte Penal Internacional (CPI). Esta norma reproduce la distinción clásica que hace el DIH entre ambos tipos de conflicto armado y asigna a cada uno un régimen de conductas específico y taxativo.³⁰ Así, los crímenes enlistados en el artículo 8.2.a y 8.2.b corresponden a los CAI y aquellos del artículo 8.2.c y 8.2.e a los CANI.

Tratándose de medios de guerra ilícitos, el artículo 8.2.b. –tal como fue adoptado en la Conferencia de Roma– establece como crimen de guerra en los CAI:

xvii) Emplear veneno o armas envenenadas;

xviii) Emplear gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivo análogo;

xix) Emplear balas que se ensanchan o aplasten fácilmente en el cuerpo humano, como balas de camisa dura que no recubra totalmente la parte interior o que tenga incisiones;

xx) Emplear armas, proyectiles, materiales y métodos de guerra que, por su propia naturaleza, causen daños superfluos o innecesarios o surtan efectos indiscriminados en violación del derecho humanitario internacional de los conflictos armados, a condición de que esas armas o esos proyectiles, materiales o métodos de guerra, sean objeto de una prohibición completa y estén incluidos en un anexo del presente Estatuto en virtud de una enmienda aprobada de conformidad con las disposiciones que, sobre el particular, figuran en los artículos 121 y 123.

29 Aunque fue aprobada por el Congreso de la República mediante Ley 554 del 6 de septiembre de 2000, formalmente entró en vigor el 1 de marzo de 2001.

30 Gauthier DE BECO, “War crimes in international versus non-international armed conflicts: ‘New wine in old wineskins’?”, *International Criminal Law Review*, 2008, pp. 319-321.

En contraste, el artículo 8.2.e. original no sanciona como crimen de guerra el empleo de estas armas en los CANI. Esta disparidad llama la atención por las implicaciones que tiene no solo para la CPI, sino también para la JEP y otras cortes nacionales en el enjuiciamiento del uso de medios de guerra ilícitos en los CANI.

Durante la Conferencia de Revisión de Kampala en 2010, este artículo fue enmendado,³¹ y se incluyó también el empleo de veneno o armas envenenadas,³² gases asfixiantes, tóxicos o similares,³³ y balas expansivas³⁴ como crímenes de guerra en los CANI. De otra parte, en 2017, la Asamblea de Estados partes de la CPI aprobó por consenso tres enmiendas a los artículos 8.2.b y 8.2.e,³⁵ e incorporó como crimen de guerra en ambos conflictos armados el empleo de armas que utilicen agentes microbianos u otros agentes biológicos, o toxinas,³⁶ armas que lesionen mediante fragmentos no localizables,³⁷ y armas láser concebidas para causar ceguera.³⁸

No obstante, estas enmiendas “entrarán en vigor únicamente respecto de los Estados partes que las hayan aceptado un año después del depósito de sus instrumentos de ratificación o aceptación”.³⁹ En el caso de Colombia, ninguna de las enmiendas ha sido ratificada, por lo que en el país solo es aplicable el artículo 8° del Estatuto tal y como fue redactado originalmente en la Conferencia de Roma.

1.3. El derecho penal nacional

El Código Penal Colombiano (CPC), en el Título II, señala los delitos contra las personas y los bienes protegidos por el DIH. Aunque en este acápite no se penaliza el uso de algún arma en particular, el artículo 142 establece: “el que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, utilice medios o métodos de

31 CPI, Resolución RC/Res.5, aprobada por consenso en la 12ª sesión plenaria el 10 de junio de 2010.

32 CPI, Estatuto de Roma, artículo 8.2.xiii.

33 *Ibid.*, artículo 8.2.xiv.

34 *Ibid.*, artículo 8.2.xv.

35 CPI, Resolución ICC-ASP/16/Res.4, adoptada por consenso en la duodécima sesión plenaria, el 14 de diciembre de 2017.

36 *Ibid.*, Anexo I, artículos 8.2.b. xxvii y 8.2.e. xvi.

37 *Ibid.*, Anexo II, artículo 8.2.b. xxviii y 8.2.e. xvii.

38 *Ibid.*, Anexo III, artículo 8.2.b.xxix y 8.2.e.xviii.

39 CPI, Estatuto de Roma, artículo 12, párr. 5.

guerra prohibidos o destinados a causar sufrimientos o pérdidas innecesarios o males superfluos incurrirá, por esa sola conducta en prisión de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses”.

Como se observa, este tipo penal castiga, por un lado, la utilización de “medios o métodos de guerra prohibidos” sin especificar cuáles. Esta redacción genérica remite, entonces, a las normas del DIH para determinar qué tipo de armas son prohibidas. De otro lado, habla de medios de guerra “destinados a causar sufrimientos o pérdidas innecesarios o males superfluos”, refiriéndose a la prohibición general de emplear armas cuyos efectos superan la finalidad legítima de debilitar al enemigo y le ocasionan un daño superior a la necesidad militar.⁴⁰

Paralelamente, el capítulo II del Título XII del CPC, que trata de “los delitos de peligro común o que pueden ocasionar perjuicio para la comunidad y otras infracciones”, se refiere al uso de ciertas armas u objetos que pueden ser empleados como tal. Así, el artículo 358 sanciona la tenencia, fabricación y tráfico de sustancias u objetos peligrosos,⁴¹ y el artículo 359, el empleo o lanzamiento de estos en contra de una persona, edificio o medio de locomoción, o en lugar público o abierto al público.⁴² Este segundo (art. 359) prevé un aumento de la pena a 180 meses de prisión cuando “la conducta se realice con fines terroristas o contra miembros de la fuerza pública”,⁴³ y de una tercera parte a la mitad cuando “cuando el objeto lanzado corresponda a artefactos explosivos, elementos incendiarios, o sustancias químicas que pongan en riesgo la vida, la integridad personal o los bienes”.⁴⁴ Adicionalmente, el artículo 367 prohíbe la fabricación, importación, el tráfico, la posesión y el uso de armas químicas, biológicas y nucleares.⁴⁵

40 HENCKAERTS y DOSWALD-BECK, *El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario*, op. cit., Norma 70, p. 269.

41 Código Penal Colombiano, artículo 358. Con respecto a este tipo penal, es pertinente mencionar que de acuerdo con el artículo 16 de la Ley 1820 de 2016, la tenencia y fabricación de sustancias u objetos peligrosos son conductas conexas con los delitos políticos. No lo son, por el contrario, el empleo o lanzamiento de estos, lo cual es sancionado por el artículo 359 del CPC.

42 *Ibid.*, artículo 359.

43 *Ibid.*, Inc. 2º, “La pena será de ochenta (80) a ciento ochenta (180) meses de prisión [...], cuando la conducta se realice con fines terroristas o en contra de miembros de la fuerza pública”.

44 *Ibid.*, Inc. 3º, “La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando el objeto lanzado corresponda a artefactos explosivos, elementos incendiarios o sustancias químicas que pongan en riesgo la vida, la integridad personal o los bienes”.

45 Código Penal Colombiano, artículo 367.

De igual manera, dicho capítulo contempla dos tipos penales relativos a minas antipersonal. El artículo 367-A sanciona su empleo, producción, comercialización y almacenamiento,⁴⁶ mientras que el 377-B penaliza la ayuda e inducción al empleo, producción y transferencia.⁴⁷ El inciso 6° del artículo 367-A aumenta la pena si “la mina antipersonal posee dispositivo antimanipulación o si se ha armado como trampa explosiva”.⁴⁸ Esta redacción resulta particular pues, aunque se hace referencia a minas antipersonal, lo que en realidad se sanciona es el empleo de armas trampa y otros artefactos, de acuerdo con las definiciones del Protocolo II enmendado de la CCAC.

A diferencia de los delitos contra personas y bienes protegidos por el DIH del Título II, estos cinco tipos penales no exigen que la conducta sea cometida “con ocasión y en desarrollo de conflicto armado”. Lo anterior puede significar dos cosas: en primer lugar, que no fueron pensados para sancionar precisamente el uso de medios de guerra ilícitos en el contexto del CANI colombiano; y, en segundo lugar, que se aplican en general a toda circunstancia. Esto resulta particular pues en el derecho internacional el empleo de armas químicas, así como el de minas antipersonal, por ejemplo, se entiende como algo plausible solo en situaciones de conflicto armado, no en contextos de normalidad. En todo caso, vale la pena señalar que la justicia ordinaria en muchas ocasiones calificó el uso de medios de guerra ilícitos bajo estos tipos penales, dada su especificidad normativa –en contraste con la generalidad del artículo 142 del CPC–.

2. Retos en relación con el derecho aplicable

Los retos que se identifican en la aplicación de los marcos normativos descritos son: i) la entrada en vigor de ciertas convenciones y tratados internacionales para Colombia; ii) su obligatoriedad para grupos armados organizados (GAO), en este caso, para las FARC-EP; iii) la ausencia de crímenes de guerra que sancionen el uso de medios de guerra ilícitos en los CANI, en la versión original del ER; iv) la cuestión de las armas que no están prohibidas por una norma

46 *Ibid.*, artículo 367-A.

47 *Ibid.*, artículo 367-B.

48 *Ibid.*, artículo 367-A, Inc 6°: “Si la mina antipersonal posee dispositivo antimanipulación o si se ha armado como trampa explosiva, la pena será de doscientos cuarenta (240) a trescientos sesenta (360) meses de prisión”.

convencional; y v) la amnistiabilidad de ciertos verbos rectores del CPC que no constituirían crímenes de guerra.

2.1. La entrada en vigencia de las convenciones y los tratados internacionales para Colombia

La entrada en vigor y aplicación de las convenciones y los tratados internacionales está sujeta a su ratificación por parte de los Estados, así como a la posibilidad que estos tienen de formular reservas. Desde los años setenta Colombia ha suscrito diferentes tratados que prohíben o restringen la utilización de ciertas armas.⁴⁹ Así, en 1998, fue aprobado el Protocolo II enmendado de 1996,⁵⁰ y en 2000, la Convención de Ottawa de 1997⁵¹ –ambas disposiciones relevantes para disminuir los efectos trágicos del conflicto armado colombiano–. A partir de estos años, el uso de minas antipersonal en Colombia está prohibido y el uso de armas trampa y otros artefactos se encuentra prohibido en algunos casos y restringido en otros. Es decir que, con fundamento en ambas normas, la JEP puede juzgar las conductas cometidas con posterioridad a su entrada en vigencia. No obstante, queda la duda de qué hacer con hechos anteriores ¿sobre qué base se podrían juzgar?, ¿acaso quedan sin norma que permita enjuiciarlos?

La SAI enfrentó esta paradoja en la Resolución SAI-AOI-D-008 del 11 de noviembre de 2021. Con el propósito de determinar su competencia, la Sala estudió la solicitud de amnistía de un exmiembro de las FARC-EP que el 14 de marzo de 1996 participó en un ataque contra el comando de Policía del municipio de Chalán, Sucre. El arma empleada fue un burro cargado con explosivos que fue dejado en proximidades de la estación, y minutos después fue activado de forma remota. De acuerdo con esta descripción, el arma correspondía a la categoría de “otros artefactos” prevista en el Protocolo II enmendado, que incluye “las municiones y artefactos colocados manualmente, incluidos los

49 El Tratado para la Proscripción de Armas Nucleares en América Latina y el Caribe o Tratado de Tlatelolco (1969) fue aprobado por Colombia mediante la Ley 45 de 1971 y entró en vigor el 6 de septiembre de 1972; la Convención sobre armas biológicas y tóxicas (1972) fue aprobada mediante Ley 10 del 14 de febrero de 1980 y entró en vigor en 1983; el Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares (TNP) (1968) fue aprobado mediante Ley 114 de 1985 y entró en vigor el 30 de abril de 1986.

50 Ley 469 del 05 de agosto de 1998.

51 Ley 554 del 6 de septiembre de 2000.

artefactos explosivos improvisados, que estén concebidos para matar, herir o causar daños, y que sean accionados manualmente, por control remoto o de manera automática con efecto retardado”.⁵² Sin embargo, el Protocolo solo fue aprobado dos años después de los hechos, es decir que no se encontraba vigente al momento del ataque. Por esta razón, en ausencia de una norma convencional aplicable, la SAI decidió valorar la licitud del “burro bomba”, a la luz de los principios generales sobre el uso de la fuerza en conducción de hostilidades de distinción, proporcionalidad y precaución,⁵³ y con base en estos argumentó su no amnistiabilidad *prima facie*.⁵⁴

En su voto aclaratorio, la magistrada Marcela Giraldo señaló que en estas circunstancias la Sala pudo remitirse también a las normas del DIH consuetudinario, para conocer la práctica de los Estados frente al empleo de ciertas armas al momento de los hechos,⁵⁵ y, de esta manera, determinar la ilicitud del medio en cuestión. Aunque el Estudio del CICR no hace referencia a la existencia de una norma consuetudinaria que prohíba o restrinja el empleo de “otros artefactos” –como sí ocurre, por ejemplo, con las minas y las armas trampa–, la licitud de este tipo de armas también podría analizarse bajo los principios generales sobre el empleo de armas descritos en las normas 70 y 71 del EDIHC. De esta manera, a falta de una norma convencional aplicable al caso, las reglas del derecho consuetudinario se ofrecerían como una alternativa pertinente para su resolución.

2.2. La vinculatoriedad de las convenciones y los tratados internacionales para grupos armados organizados

Aún se discute si las convenciones y los tratados internacionales son oponibles también a GAO o si obligan únicamente a los Estados parte. De hecho, algunos autores se preguntan qué tan realista es exigir a estos grupos que cumplan las mismas obligaciones internacionales de un Estado.⁵⁶ De acuerdo

52 Protocolo II según fue enmendado el 3 de mayo de 1996, artículo 2. 5.

53 JEP, Sala de Amnistía o Indulto. Resolución SAI-AOI-D-008-2021 del 11 de noviembre de 2021, párr. 169.

54 *Ibid*, párr. 161.

55 JEP, Aclaración de voto de la magistrada Marcela Giraldo Muñoz a la Resolución SAI-AOI-D-008-2021, p. 11.

56 Marco SASSÒLI, *International Humanitarian Law: Rules, Controversies, and Solutions to Problems Arising in Warfare*, *op. cit.*, párrs. 7.09 a 7.11.

con el principio del efecto útil (*effet utile*), los Estados no solo se comprometen a cumplir de buena fe los tratados (*pacta sunt servanda*), sino también a adoptar las medidas que correspondan para hacerlo efectivo, de manera que, una vez aprobado, el tratado surta efectos para todos quienes se encuentren bajo su jurisdicción. Esto se predica tanto de aquellos que confieren derechos a los individuos, de suerte que estos puedan ser invocados en el orden interno,⁵⁷ como de aquellos que prohíben la comisión de ciertas conductas y obligan a los Estados a adoptar disposiciones administrativas, disciplinarias, penales y de otra índole, para perseguirlas y sancionarlas. En ambos casos, el tratado actúa por vía de autoridad con respecto a los individuos.⁵⁸ Esto no es ajeno a los miembros de un GAO frente a las normas del DIH. No obstante, la SAI en su jurisprudencia ha decidido ir más allá de la aplicación de este principio.

En la Resolución SAI-AOI-010-2019 del 8 de agosto de 2019, la Sala negó el beneficio de amnistía a un compareciente condenado por los delitos de tentativa de homicidio, y empleo, producción, comercialización y almacenamiento de minas antipersonal. En su análisis, la Sala buscó determinar si la Convención de Ottawa era vinculante para las FARC-EP. Para esto, se apoyó en las reglas de interpretación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Siguiendo la regla general que establece que “la interpretación de un tratado debe hacerse de buena fe y conforme al sentido corriente de los términos, dentro de su contexto y teniendo en cuenta su objeto y fin”,⁵⁹ la Sala examinó el sentido corriente de los términos, su objeto y fin,⁶⁰ el contexto interno y externo del tratado, así como su interpretación evolutiva.

En relación con el sentido corriente de los términos, la Sala indicó que una lectura literal de la Convención lleva a considerar que sus obligaciones solo son vinculantes para los Estados parte y excluyen a otros Estados, así como a los GAO. Sin embargo, al hacer una interpretación teleológica, la SAI encuentra que el objeto y fin de la Convención es “lograr la erradicación universal”⁶¹ de las minas antipersonal. Para la Sala, este objetivo “se vería entorpecido si no

57 Ver, por ejemplo, Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 2°.

58 Paul REUTER, “Chapitre troisième. Effets des traités”, en *Introduction au droit des traités*, Graduate Institute Publications, Ginebra, 1985, párr. 153.

59 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, artículo 31.

60 Para esto también acudió a los trabajos preparatorios como medio complementario de interpretación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 32 de la Convención de Viena de 1969.

61 JEP, Sala de Amnistía o Indulto, Resolución SAI-AOI-010-2019 del 8 de agosto de 2019, párr. 142.

se exigiera a todos aquellos que puedan emplearlas”.⁶² Por tanto, la prohibición de estos artefactos, “fundamentada en la solución definitiva de la crisis humanitaria [que provocan], tendría que extenderse entonces también para los grupos armados no estatales”.⁶³ De acuerdo con la SAI, esta aplicación extensiva sería, además, coherente con una interpretación de la Convención bajo el principio *pro personae*, que establece que entre dos o más interpretaciones posibles debe escogerse “aquella que resulte más garantista o que permita la aplicación de forma más amplia del derecho fundamental”.⁶⁴

Por otra parte, la SAI realizó una interpretación sistemática de la Convención.⁶⁵ En primer lugar, argumentó que se trata de un “tratado de DIH, puesto que versa sobre la prohibición total de un medio de guerra [...] a razón de los efectos devastadores que estas tienen respecto de la población civil y los combatientes”.⁶⁶ En segundo lugar, analizó su relación con otras normas internacionales relativas a minas antipersonal como la CCAC y, especialmente, su Protocolo II enmendado que indica que “en el caso de conflictos que no sean de carácter internacional que tengan lugar en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, *cada parte* en el conflicto estará obligada a aplicar las prohibiciones y restricciones [en él contenidas]”.⁶⁷ En tercer lugar, estudió el contenido de la Convención y constató que, además de la prohibición universal (art. 1.1), los Estados parte se comprometieron a “asegurar la destrucción y destruir las minas antipersonal que posean, les pertenezcan o estén bajo su jurisdicción o control” (arts. 1.2 y 4º). En consonancia con esto, se obligaron a adoptar diferentes medidas legislativas “para reprimir cualquier actividad prohibida a los Estados Parte de esta Convención, cometida por personas o en territorio bajo su jurisdicción o control” (art. 9). De esta manera, a través de la Ley 759 de 2002, Colombia incorporó al CPC el artículo 367A que sanciona

62 *Idem*.

63 *Idem*.

64 Corte Constitucional, Sentencia C-438 de 2013.

65 Al respecto, la Sala señaló que “según este criterio, las normas deben ser interpretadas como parte de un todo cuyo significado y alcance deben fijarse en función del sistema jurídico al cual pertenecen” (JEP, Sala de Amnistía o Indulto, Resolución SAI-AOI-010-2019 del 8 de agosto de 2019, párr. 144). Ver también, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, artículo 31.

66 *Ibid.*, párr. 145.

67 *Ibid.*, párr. 147. Protocolo II según fue enmendado el 3 de mayo de 1996, artículo 1.3. Ámbito de aplicación (énfasis agregado).

el empleo, la producción, la comercialización y el almacenamiento de minas antipersonal.

Seguidamente, la SAI hizo una interpretación evolutiva de la Convención con base en: i) la posición de diferentes organizaciones internacionales y de otros Estados a nivel mundial al respecto, ii) las consideraciones de la Corte Constitucional frente a la ley aprobatoria de la Convención,⁶⁸ y iii) el proceso de recepción de este instrumento en el ordenamiento jurídico. A partir de esto, la Sala concluyó que la proscripción de las minas antipersonal ha sido creciente en el plano nacional e internacional y se ha considerado extensiva a GAO como las FARC-EP.⁶⁹ Por último, la Sala acudió a los trabajos preparatorios de la Convención como método complementario de interpretación y encontró que estos también reafirman que asegurar la prohibición universal de minas antipersonal implica hacerla extensiva “a todas las personas y agrupaciones que puedan disponer de ellas, en todos los en contextos de conflicto armado y en tiempos de paz”.⁷⁰

Como puede observarse, la SAI hizo una interpretación amplia y comprensiva de la Convención de Ottawa que va más allá de constatar su carácter vinculante por vía de autoridad en un sistema jurídico de tradición monista. Así, apela a su finalidad, a su comprensión dentro de un conjunto de normas más amplio y a la evolución que ha tenido la prohibición del uso de minas antipersonal en el plano internacional y nacional, para reforzar los argumentos sobre su obligatoriedad para los GAO.

2.3. La ausencia de normas en la versión original del Estatuto de Roma para sancionar el empleo de medios de guerra ilícitos en los CANI: la pertinencia del caso Tadić y la jurisprudencia de la Sección de Apelación de la JEP

Como se mencionó supra 1.2, Colombia no ha ratificado las enmiendas que incorporan al artículo 8.2.e del Estatuto de Roma otros crímenes de guerra relativos al empleo de ciertas armas. Adicionalmente, es importante subrayar que el uso de otras armas prohibidas o restringidas como: las minas antipersonal,

68 Corte Constitucional, Sentencia C-991 de 2000.

69 JEP, Sala de Amnistía o Indulto, Resolución SAI-AOI-010-2019 del 8 de agosto de 2019, párr. 176.

70 *Ibid.*, párr. 142.

las armas trampa y otros artefactos no aparecen como crimen de guerra en esta disposición. Cabe preguntarse entonces ¿de qué forma la JEP podría juzgar el empleo de las armas que son objeto de las enmiendas que aún no han sido ratificadas, o de aquellas que, estando proscritas, no aparecen como crimen de guerra en este artículo?

En la Resolución SAI-AOI-010-2019 de 2019 y otras del mismo año e inicios de 2020,⁷¹ la Sala acudió a la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (TPIY) en el caso Tadić, respecto a la configuración de crímenes de guerra en los CANI, y tomó los criterios allí definidos “como guía para determinar en el caso concreto si el empleo de minas antipersonal puede ser considerado [como tal]”⁷². Dichos criterios son: i) los crímenes de guerra deben constituir una infracción a una regla de DIH; ii) esta regla puede tratarse de una norma consuetudinaria o de un tratado internacional; iii) la infracción debe ser severa, es decir, debe vulnerar valores importantes y generar graves consecuencias para la víctima; iv) la infracción en cuestión debe implicar la responsabilidad penal individual del infractor bajo el derecho convencional o consuetudinario.⁷³

En ese caso, la SAI determinó que el primer y segundo criterio se encontraban satisfechos en el entendido de que la conducta del compareciente infringió la prohibición del uso de minas antipersonal contenida en la Convención de Ottawa, la cual se encontraba vigente para el momento de los hechos y era oponible a GAO por las razones que se indicaron anteriormente. Con relación al tercero, la Sala señaló que la prohibición del empleo de minas antipersonal protege valores trascendentes como la garantía de los derechos fundamentales de las personas que no participan en las hostilidades, la humanización de los conflictos y la construcción de paz.⁷⁴ Asimismo, destacó sus implicaciones sobre el desarrollo económico y social de las comunidades, y el medio ambiente sano.⁷⁵ También constató que la explosión de la mina en cuestión ocasionó “una perturbación funcional permanente en la agudeza auditiva y visual”

71 JEP, Sala de Amnistía o Indulto, Resolución SAI-SUBA-AOI-D-067-2019 del 02 de diciembre de 2019, y Resolución SAI-SUBA-AOI-D-073-2020 del 25 de febrero de 2020.

72 JEP, Sala de Amnistía o Indulto, Resolución SAI-AOI-010-2019 del 8 de agosto de 2019, párr. 187.

73 ICTY, Prosecutor vs. Dusko Tadic, Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, decision of 2 octubre 1995, párr. 94.

74 *Ibid.*, 194.

75 *Idem.*

de la víctima.⁷⁶ Finalmente, respecto al cuarto criterio, la SAI subrayó que el artículo 367-A del CPC penalizaba la conducta y que sobre este fundamento jurídico la justicia ordinaria halló penalmente responsable al compareciente. De esta manera, concluyó que el empleo de minas antipersonal podía constituir un crimen de guerra y negó la amnistía.

Meses más tarde, la Sección de Apelación (SA) profirió la Sentencia TP-SA-AM 168 del 18 de junio de 2020,⁷⁷ donde examinó con mayor profundidad la cuestión de los crímenes de guerra y su configuración en los CANI. A partir de este análisis, estableció tres criterios concurrentes y orientadores que, desde esa fecha, las salas de justicia deben aplicar para calificar un acto como crimen de guerra. Estos son:

- a. Que se trate de un acto cometido en el contexto de un conflicto armado de carácter internacional o no internacional [...].
- b. Que el acto constituya una violación de una norma del derecho internacional humanitario aplicable al respectivo conflicto.
- c. Que se trate de una vulneración de una entidad significativa, de manera que supere el umbral de seriedad o gravedad necesario, esto implica que se afecten intereses fundamentales para las víctimas –individuos, colectivos o sociedad–, produciendo una lesión o puesta en peligro con significado social de sus derechos fundamentales.⁷⁸

De acuerdo con la SA, este “test” puede aplicarse cuando los hechos objeto de estudio fueron cometidos antes de la entrada en vigencia del Estatuto de Roma, o en algún momento durante el periodo de siete años en el que Colombia excluyó la competencia de la CPI para investigar y juzgar crímenes de guerra, en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de dicho Estatuto.⁷⁹ Sin embargo, fuera de estos dos supuestos, la aplicación del test podría considerarse útil también a efectos de determinar la configuración de crímenes de guerra en los casos donde se hizo uso de alguna de las armas objeto de las enmiendas del artículo 8.2.e, o en aquellos donde se emplearon armas cuyo uso, a pesar

⁷⁶ *Ibid.*, párr. 209.

⁷⁷ Cabe señalar que los hechos objetos de la decisión apelada no se refieren al uso de medios de guerra ilícitos. Este precedente se trae a colación para explicar los criterios determinados por la Sección de Apelación para calificar una conducta como crimen de guerra.

⁷⁸ JEP, Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia TP-SA-AM 168 de 2020, párr. 53.

⁷⁹ JEP, Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia TP-SA-AM-203 de 2020, párr. 38.

de estar prohibido, no aparece sancionado en el Estatuto de Roma. En este segundo escenario, se seguiría una lógica similar a la que venía implementando la SAI antes de la decisión de la SA, para calificar el uso de minas antipersonal como crimen de guerra basada en los criterios del caso Tadić.

De otra parte, la SA ha establecido que aun cuando el Estatuto de Roma no sea aplicable a un caso concreto, este puede tenerse en cuenta como la cristalización de normas de DIH consuetudinario.⁸⁰ Siguiendo esta interpretación, es plausible afirmar que las enmiendas del artículo 8.2.e, a pesar de no haber sido ratificadas, sí pueden ser tenidas en cuenta, en un caso concreto, como el reflejo de la existencia de una norma de DIH consuetudinario que proscribe el empleo de los medios de guerra sobre los que versan y que estas son el resultado de la codificación de dicha norma.

2.4. La cuestión de las armas que no están prohibidas por un tratado internacional y de las llamadas “armas no convencionales”

Como se ha visto, la jurisprudencia de la SAI sobre minas antipersonal parte, en gran medida, de la existencia de una Convención que prohíbe su uso y de la que Colombia es parte desde el año 2000. Pero ¿qué sucede cuando una conducta implica el uso de armas que no están prohibidas por un tratado internacional suscrito por Colombia? O ¿el medio de guerra es de fabricación artesanal y escapa a cualquier norma convencional?

En relación con el primer interrogante podría sugerirse, de manera preliminar, la misma alternativa planteada frente a aquellos hechos cometidos antes de la entrada en vigencia de un tratado para Colombia (supra 2.1). Es decir, acudir a otras reglas de derecho como el DIH consuetudinario para determinar cuál es la práctica de los Estados con relación a un arma específica, o aplicar los principios generales sobre el empleo de armas, para valorar su licitud.⁸¹ Con respecto al segundo, podría pasar que las características de estas armas de fabricación artesanal se correspondan con las definiciones de armas trampa y otros artefactos, contenidas en el Protocolo II enmendado de 1996.

80 *Ibid.*, párr. 57.

81 Norma 70, CICR, “Base de Datos de DIH, DIH Consuetudinario”, en https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/spa/docs/v1_rul_rule70, fecha de consulta: 5 de febrero de 2022; Norma 71, CICR, “Base de Datos de DIH, DIH Consuetudinario”, en https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/spa/docs/v1_rul_rule71, fecha de consulta: 5 de febrero de 2022.

De manera que, por sus atributos, algunas de estas armas hechizas ya estarían, si no prohibidas, al menos restringidas conforme a este Protocolo. De no ser ese el escenario, aparece nuevamente como plausible la remisión a los principios generales sobre el empleo de armas para valorar su licitud.

Sin embargo, lo problemático de remitirse, en ambos supuestos, a los principios generales sobre el empleo de armas, como *ultima ratio* para valorar la licitud de un medio de guerra, es que, aunque estos reflejan la práctica de los Estados y son aplicables a los CANI, no hay consenso con respecto a si estas normas por sí solas llevan a considerar un arma como ilegal. En su interpretación sobre la Norma 70 del EDIHC, el CICR explica que:

Aunque nadie ha negado la existencia de la prohibición de medios y métodos de guerra de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios, hay divergencia de opiniones en cuanto a *si la norma en sí hace que un arma sea ilegal o si el arma es ilegal únicamente si un tratado o una norma consuetudinaria concretos prohíben su empleo*.⁸² (Énfasis agregado)

De igual manera, lo señala en su interpretación sobre la Norma 71:

Aunque nadie ha negado la existencia de la norma que prohíbe las armas de efectos indiscriminados, hay divergencia de opiniones en cuanto a *si la norma en sí hace que un arma sea ilegal o si el arma es ilegal únicamente si un tratado o una norma consuetudinaria concretos prohíben su empleo*.⁸³ (Énfasis agregado)

Dos hitos que han hecho visible esta divergencia son la Opinión Consultiva sobre la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares proferida por la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en 1996, y lo dispuesto por los Estados en la Conferencia de Roma de 1998, así como la práctica que han seguido desde ese entonces en el marco de la Asamblea de Estados Parte de la CPI.

De acuerdo con el CICR, en 1996, la mayoría de los Estados “utilizaron la norma que prohíbe las armas de efectos indiscriminados para respaldar su

82 HENCKAERTS y DOSWALD-BECK, *El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario*, op. cit., norma 70, p. 271.

83 *Ibid.*, Norma 71, pp. 277-278.

opinión sobre la legalidad o la ilegalidad de las armas nucleares”.⁸⁴ Solamente Francia “declaró que, a su juicio, era necesario que existiera una norma concreta para que un arma pudiera ser considerada de tal índole que sus efectos sean indiscriminados y, por ende, sea ilegal”.⁸⁵ En cuanto a si las armas nucleares contravenían la prohibición de armas que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios, el CICR indica que Francia y Rusia manifestaron que “solo es posible prohibir un arma en virtud de esta norma si los Estados deciden prohibirla mediante un tratado”.⁸⁶ En contraste, los demás Estados “consideraron la legalidad de los efectos de las armas nucleares en función de la norma en sí”.⁸⁷ Finalmente, la CIJ “analizó la legalidad de los efectos de las armas nucleares en función de la norma e independientemente del derecho convencional, al igual que hicieron los jueces en sus opiniones individuales”.⁸⁸ Los alegatos de la mayoría de los Estados, así como la decisión resultante permitirían afirmar, entonces, que en 1996 había cierto acuerdo frente a la primera hipótesis, esto es, considerar la legalidad de un arma con base en los principios generales en sí mismos.

No obstante, en la Conferencia de Roma de 1998, la balanza se inclinó más del lado de la segunda hipótesis. El artículo 8.2.b.xx del ER establece como crimen de guerra en los CAI el empleo de otras armas, proyectiles y materiales de guerra contrarios a estos principios, a condición de que estén prohibidas completamente por una norma de derecho internacional y se incorporen al Estatuto mediante una enmienda. Esto se mantendría así hasta ahora, e incluso para los CANI, pues como se mencionó supra 1.2, en la Conferencia de Kampala de 2010 y en la sesión plenaria de la Asamblea de Estados Parte de 2017, el Estatuto ha sido enmendado por *consenso* para incorporar otros crímenes de guerra relativos al empleo de ciertas armas, en ambos tipos de conflicto armado. Esto, a pesar incluso de que después las enmiendas no son ratificadas por la gran mayoría de los Estados parte.⁸⁹

84 *Ibid.*, p. 278 y cita 83.

85 *Ibid.*, p. 278 y cita 84.

86 *Ibid.*, Norma 70, p. 271 y cita 40,

87 *Ibid.*, p. 271 y cita 41.

88 CIJ, Opinión Consultiva sobre licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares, 8 de julio de 1996, párrs. 86 y 87.

89 A la fecha, tan solo 43 de los 122 Estados parte han ratificado las enmiendas realizadas durante la Conferencia de Revisión de Kampala de 2010.

En este contexto, corresponderá a la JEP determinar si la licitud de ciertas armas como cilindros, pipetas bomba, tatucos, artefactos explosivos, entre otras, puede valorarse directamente a la luz de los principios generales sobre el empleo de armas, o si necesariamente se requiere que exista una norma específica que los prohíba. Además de la norma consuetudinaria que prohíbe el empleo de armas trampa,⁹⁰ el Protocolo enmendado II sería la única norma internacional ratificada por Colombia sobre la cual se podría sancionar el uso de algunas de estas armas hechizas, en virtud de los atributos a que hacen referencia sus definiciones normativas (v. gr. apariencia, empleo, mecanismo de activación, etc.).

El riesgo de adoptar la segunda interpretación es que no se puedan enjuiciar, de una parte, los hechos ocurridos antes de la entrada en vigencia del Protocolo y frente a los que no es aplicable una norma consuetudinaria, como ocurrió con la categoría de “otros artefactos” en el caso del “burro bomba” mencionado; y, de otra, el empleo de armas que por su diseño considerablemente improvisado no correspondan a ninguna de las definiciones descritas en dicho Protocolo. En este escenario extremo habría que entrar a considerar la pertinencia del derecho interno vigente al momento de los hechos, para sancionar el uso de estos artefactos, por ejemplo, los tipos penales del Código Penal de 1980 y el Código Penal vigente,⁹¹ que sancionan el empleo y lanzamiento de “objetos peligrosos”.⁹²

2.5. La amnistiabilidad de conductas distintas a “emplear” medios de guerra ilícitos: una mirada a los verbos rectores del CPC

El CPC no solo sanciona el empleo de ciertas armas, también su fabricación, producción, almacenamiento, tenencia, comercialización, tráfico, conservación, entre otros. Muchas de las conductas conocidas por la SAI fueron calificadas en la justicia ordinaria bajo estos verbos rectores y no propiamente el de “emplear”. Cabe preguntarse, entonces, si ¿otras acciones relacionadas con medios de guerra ilícitos podrían ser amnistiables?

90 Norma 80, CICR, “Base de Datos de DIH, DIH Consuetudinario”, en https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/spa/docs/v1_rul_rule80, fecha de consulta: 5 de febrero de 2022.

91 Decreto 100 de 1980, por el cual se expide el Nuevo Código Penal, 23 de enero de 1980, artículo 198.

92 Ley 599 de 2000, por la cual se expide el Código Penal, 24 de julio de 2000, artículo 359.

De manera preliminar podría decirse que sí, pues el Estatuto de Roma solo considera como crimen de guerra en los CANI el hecho de “emplear” las armas descritas en los artículos del 8.2.e. xiii al 8.2.e.xviii.⁹³ Sin embargo, al revisar el alcance de algunos instrumentos concernientes a armas específicas como la Convención sobre armas biológicas de 1972 o la Convención sobre armas químicas de 1993, se observa que estas prohíben también su “desarrollo”, “producción” y “almacenamiento”. Igual sucede con la Convención de Ottawa de 1997 que, además del “uso”, prohíbe el “almacenamiento”, “producción” y la “transferencia” de minas antipersonal. En este contexto, podría ocurrir que otras acciones fuera del empleo puedan configurar también un crimen de guerra en aplicación de los criterios establecidos por la SA. Piénsese, por ejemplo, en el almacenamiento de una gran cantidad de minas antipersonal en una escuela rural y la puesta en peligro que esto entraña.

Un segundo aspecto para tener en cuenta en la discusión es el alcance que podría dársele a la palabra “emplear”. En un sentido amplio, emplear un arma puede cubrir no solo el uso de un arma en un momento determinado, sino otras acciones previas o concomitantes a este que juegan un rol importante. Desde la óptica de la coautoría, por ejemplo, las acciones consistentes en desarrollar, producir y almacenar pueden ser vistas como partes de un plan común en el que existe una distribución de tareas y cada miembro contribuye de determinada manera a la comisión de la conducta.

En todo caso, la amnistiabilidad de las conductas tipificadas bajo estos verbos rectores es una cuestión que debe evaluarse atendiendo, por un lado, a las particularidades de cada caso, a fin de establecer si su gravedad alcanza o no el umbral requerido para configurar un crimen de guerra. Y, por otro lado, a la norma del DIH que insta a las autoridades en el poder a conceder la amnistía más amplia posible al final de las hostilidades.⁹⁴ Una consecuencia que cabría esperar si se califican como crímenes de guerra ciertas conductas diferentes a “emplear” medios ilícitos de guerra es la disminución del número de amnistías que concedería la SAI y, en contrapartida, un aumento de los hechos y las conductas que debe investigar y judicializar la SRVR. Esto podría resultar

93 Las reglas del DIH consuetudinario y la Convención de 1980 con sus protocolos prohíben o restringen también solo el “empleo” o “uso” de ciertas armas.

94 Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra, artículo 6.5. Ver también: Norma 159, CICR, “Base de Datos de DIH, DIH Consuetudinario”, en https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/spa/docs/v1_rule159, fecha de consulta: 25 de mayo de 2022.

inconveniente si se toma en consideración la masividad de estas conductas y la metodología con la que esta última Sala desarrolla su mandato.

3. Retos en la metodología de investigación y juzgamiento

Hasta ahora se ha hecho énfasis en la práctica de la Sala de Amnistía o Indulto, cuyo mandato es aplicar estos tratamientos jurídicos especiales frente a delitos políticos y conexos con el delito político.⁹⁵ Como se ha visto, su metodología consiste en examinar, en cada caso, las conductas por las que una persona fue investigada o sancionada en la justicia ordinaria y determinar la concesión de estos beneficios.⁹⁶

Sin embargo, en el contexto de la SRVR, es problemático seguir esta misma metodología. La SRVR investiga y juzga las conductas que, de acuerdo con el derecho internacional, no pueden ser objeto de amnistía, esto es, las violaciones graves de los derechos humanos y las graves infracciones al DIH. Dada la masividad de estas conductas en el conflicto armado colombiano, así como el número de personas que participaron en su comisión y las que resultaron victimizadas, esta Sala está llamada a adoptar un enfoque de investigación macrocriminal.⁹⁷ Es decir, que la Sala no estudia uno a uno los casos, sino que los aborda en conjunto para determinar la existencia de *modus operandi*, prácticas y patrones de macrocriminalidad.⁹⁸ Para ello, la SRVR tiene la potestad de aplicar criterios de priorización y selección de casos, de suerte que pueda concentrar sus actuaciones judiciales en los hechos más graves y representativos, así como en quienes tuvieron una participación determinante.⁹⁹ Por otra parte, esta Sala podrá formular recomendaciones a la SAI, para que amnistíe aquellas conductas en las que finalmente logre establecer que no se configuraron graves violaciones de los derechos humanos ni graves infracciones al DIH.¹⁰⁰

95 Ley 1957 de 2019, artículo 81.

96 *Ibid.*, Ver también artículos 82 y ss.

97 Corte Constitucional, Sentencia C-007 de 2018, párr. 394.

98 JEP, Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad, Criterios y metodología de priorización de casos y situaciones, 2018, párr. 37.

99 Acto Legislativo 01 de 2017, artículo 3º; Ley 1957 de 2019, artículo 79, o). Este último señala que “a efectos de emitir su resolución, [la Sala] deberá concentrarse desde un inicio en los casos más graves y en las conductas o prácticas más representativas”.

100 Ley 1957 de 2019, artículo 81.

A continuación, se analizan: i) los retos que supone el enjuiciamiento del uso de medios de guerra ilícitos desde una perspectiva macrocriminal; ii) la aplicación de los criterios de selección relativos a la gravedad y representatividad de los hechos, como alternativa para superarlos; iii) algunas cuestiones técnicas y probatorias que deben ser tenidas en cuenta para el enjuiciamiento de estas conductas.

3.1. Los retos en el abordaje del uso de medios de guerra ilícitos desde una perspectiva macrocriminal

El DIH es eminentemente casuístico. La consideración sobre las reglas aplicables, así como la conformidad de las conductas con este marco normativo, dependen del caso concreto. Por esto, las circunstancias particulares que rodean una acción, así como las motivaciones de las personas implicadas marcan una pauta importante a la hora de determinar si se ha configurado una infracción grave al DIH. Así, por ejemplo, no es lo mismo atacar desde el aire o en tierra, en una zona deshabitada o en un área densamente poblada; la ventaja militar que una parte anticipa como directa y concreta en un ataque solo puede valorarse en función del contexto específico. Esto lleva a analizar, entonces, que agrupar un número considerable de hechos que podrían constituir graves infracciones al DIH para abordarlos desde una perspectiva macrocriminal no parece ser una tarea sencilla. ¿Cómo justificar que no se realice una apreciación de las circunstancias de cada caso?

Ahora bien, tratándose del uso de medios de guerra en particular, surgen los siguientes interrogantes: ¿es posible hacer una valoración general sobre la ilicitud de ciertas armas, por ejemplo, aquellas de fabricación improvisada? O ¿debe mirarse mejor su comportamiento y efectos en el caso concreto, para determinar si su uso fue ilícito? Los cilindros cargados con metralla y explosivos, por ejemplo, podrían valorarse de manera general como un arma que por su naturaleza es indiscriminada. Debido a su peso, estos no pueden dirigirse con exactitud hacia un objetivo militar concreto y, al detonarse, los efectos producidos por la onda explosiva no pueden limitarse, de tal suerte que las esquirlas y la metralla pueden alcanzar indistintamente a objetivos militares

y a personas o bienes de carácter civil.¹⁰¹ No obstante, a la luz de un caso concreto, podría suceder también que el empleo de este tipo de cilindros no resulte indiscriminado, por ejemplo, cuando logra ser lanzado en contra de una base militar y su explosión solo afecta la estructura de esta. ¿Cómo valorar en esta circunstancia el medio de guerra? Véase que aun cuando en abstracto podría considerarse que los cilindros “bomba” son un arma de naturaleza indiscriminada, en ciertos casos podría encontrarse que su uso no resulta ilícito en tanto no se transgrede el principio de distinción.

Lo mismo puede suceder a la inversa, al analizar la licitud de un medio que, sin estar prohibido, fue mal empleado y violó los principios generales sobre el uso de armas. Este es el caso de las armas de fabricación industrial, como los morteros, cuyas especificaciones técnicas indican, entre otros aspectos, cómo debe ser su posición, el ángulo requerido para lanzar el proyectil, la presión con la que este funciona, el recorrido que hace y la distancia que alcanza. Un mortero tipo comando de 60 mm, por ejemplo, tiene un alcance de disparo máximo de 1.500 m, y funciona con municiones HE, M49, A4, VE, TP, M50, A2.¹⁰² Si se acciona desde un punto que está a 3.000 m de distancia del objetivo y con una munición distinta a las señaladas, es probable que el proyectil caiga mucho antes o se desvíe, alcanzando personas o bienes que no son objetivos militares. En estos eventos, aunque el arma no es de naturaleza indiscriminada, resulta siéndolo por su uso. Véase que en esta hipótesis y en la anterior, la apreciación de las circunstancias de cada caso termina siendo crucial para determinar el carácter indiscriminado o no del arma empleada.

Sin embargo, como se mencionó, la SRVR no investiga caso a caso, por esto tiene la facultad de aplicar criterios de priorización y selección de casos para concentrar su investigación en los hechos más graves y representativos. Esta característica de su mandato –lejos de suponer un problema– podría replantearse como una alternativa metodológica viable, para superar la dificultad que implica el análisis de un amplio número de conductas relacionadas con el uso de medios de guerra ilícitos, bajo la perspectiva que se propone a continuación.

101 HUMAN RIGHTS WATCH, “Colombia: FARC mata con bombas de cilindros de gas”, 14 de abril de 2005, en <https://www.hrw.org/es/news/2005/04/14/colombia-farc-mata-con-bombas-de-cilindros-de-gas>, fecha de consulta: 23 de mayo de 2022.

102 Caddin, “Mortero tipo comando 60 mm. Código: E425801009”, en <https://caddin.com/wp-content/uploads/2017/04/E425801009-MORTERO-TIPO-COMANDO-60-mm.-1.pdf>, fecha de consulta: 19 de febrero de 2022.

3.2. La selección de casos graves y representativos como alternativa

La selección de casos es un tema aún incipiente en la JEP. Hasta ahora, la SRVR solo ha hecho uso de su facultad de priorización de casos y ha escogido investigar fenómenos de violencia que tuvieron resonancia a nivel nacional,¹⁰³ la dinámica del conflicto en ciertos territorios del país,¹⁰⁴ y las victimizaciones causadas contra grupos específicos.¹⁰⁵ Asimismo, la SRVR ha anunciado la priorización de nuevos macrocasos bajo un enfoque por autor, que comprenderían las conductas no amnistiables que no han sido priorizadas hasta la fecha y frente a las cuales no se abriría un caso exclusivo.¹⁰⁶ Sin embargo, estos casos priorizados agrupan una cantidad de conductas que sigue siendo considerable y que llevan a reflexionar sobre la conveniencia y necesidad de aplicar desde un comienzo criterios de selección de casos para acotar el universo de hechos que se examinan.

Los criterios de selección de casos definidos en la Ley son: i) la gravedad de los hechos, ii) su representatividad, iii) las características diferenciales de las víctimas y iv) de los responsables, así como v) la disponibilidad probatoria.¹⁰⁷ Estos cinco criterios son igual de relevantes, no existe una jerarquía entre uno y otro. La ley tampoco señala si la selección de casos está sujeta a su valoración acumulativa, o si la observancia de algunos de estos es suficiente –aunque resulta lógico pensar que, entre un universo tan amplio de hechos, aquellos que satisfacen todos los criterios tienen mejor vocación de ser seleccionados–.

En punto de examinar la licitud del uso de ciertos medios de guerra desde una óptica macrocriminal, la selección temprana de casos debería prestar atención al cumplimiento de dos criterios en particular: la gravedad y la representatividad de los hechos, sin decir que los otros tres no sean importantes.

103 Como la toma de rehenes y otras privaciones graves de la libertad (Caso 001), los asesinatos y desapariciones forzadas presentados como bajas en combate por agentes del Estado (Caso 003), el reclutamiento y utilización de niñas y niños en el conflicto armado colombiano (Caso 007).

104 En las regiones de Tumaco, Ricaurte y Barbaocoas en Nariño (Caso 002), Urabá antioqueño y chochoano (Caso 004) y norte del Cauca y sur del Valle del Cauca (Caso 005).

105 Victimizaciones a los miembros de la Unión Patriótica (Caso 006), e incluso el reclutamiento y la utilización de niños y niñas (Caso 007).

106 JEP, “Priorización de nuevos macrocasos y participación de víctimas, Declaración y rueda de prensa”, 18 de febrero de 2022, en <https://www.youtube.com/watch?v=YD96cvrf-nE>, fecha de consulta: 19 de febrero de 2022.

107 Ley 1957 de 2019, artículo 19.

De acuerdo con la Lejep, el criterio de gravedad hace referencia al “grado de afectación de derechos individuales y colectivos; modalidad de comisión de los hechos en términos de violencia y sistematicidad”,¹⁰⁸ mientras que el criterio de representatividad se refiere a los “efectos de la investigación y judicialización de hechos: capacidad de ilustración del *modus operandi* y/o prácticas o patrones criminales de los hechos”.¹⁰⁹

En los casos donde se hizo uso de medios de guerra ilícitos, la valoración de la gravedad tiene una connotación “sustancial”, pues sirve no solo como criterio de selección, sino también para acreditar que un arma, por naturaleza o uso, vulneró valores importantes o generó graves consecuencias para las víctimas y, por ende, su uso es susceptible de configurar un crimen de guerra. La representatividad del hecho, por su parte, tiene una connotación más “operativa”, ya que busca establecer su aptitud para explicar un fenómeno criminal e irradiar su comprensión a otros hechos similares que no sean escogidos. Esto resulta crucial para no defraudar las expectativas de verdad y de justicia que tienen todas las víctimas en el enjuiciamiento de estas conductas.

Así pues, los hechos representativos serían aquellos que sirven como plataforma o modelo para explicar, en relación con todo el universo de hechos, aspectos cómo: *el origen del medio en cuestión* –¿cómo se consiguió?, ¿se hurtó?, ¿es importado?, ¿alguien lo diseñó y produjo?, ¿cómo se conseguían los insumos para elaborarlo?–; *su estructura y composición* –¿cuánto mide y pesa?, ¿de qué material está hecho?, ¿es de fabricación artesanal o industrial?, ¿cuál es su composición?, ¿hubo consideraciones técnicas en su fabricación?–; *su funcionamiento* –¿cuál es el mecanismo de activación?, ¿qué distancia alcanza?, ¿cuál es el grado de precisión?, ¿hubo conciencia de las normas humanitarias en la manera cómo fueron empleadas?–; *sus efectos* –¿qué daños causó?, ¿cuál fue la magnitud de los daños?, ¿a quiénes o a qué cosas afectó?–; *su conformidad con los principios generales sobre el empleo de armas* –¿era de naturaleza indiscriminada?, ¿fue empleada de manera indiscriminada?, ¿causó males superfluos o sufrimientos innecesarios al oponente?–, entre otros.

Por lo anterior, la aplicación de criterios de gravedad y representatividad en la selección temprana de casos relacionados con medios de guerra ilícitos se muestra como una solución o perspectiva viable para superar la dificultad

108 *Idem.*

109 *Idem.*

de la masividad, ya que hace posible valorar la conformidad del uso de ciertas armas con el DIH a partir de un caso o grupo de casos delimitados, en los que previamente se ha acreditado la gravedad, y, además, el potencial de explicar para qué y cómo estas eran empleadas (*modus operandi*), así como las afectaciones que causaban.¹¹⁰

3.3. La valoración técnica de las armas empleadas y del modo cómo se emplearon

La evaluación del carácter o uso indiscriminado de un arma, así como de los efectos que esta produce sobre la vida de la población civil o del adversario no es una cuestión netamente jurídica. Dicha evaluación debe apoyarse en la experticia técnica de profesionales en distintas áreas del conocimiento como las ciencias exactas, la ingeniería, la medicina y la milicia. La práctica del ТРИУ es un buen referente al respecto. En el caso Galić, la Sala de juzgamiento señaló que el “testigo experto” o perito “es una persona que, en virtud de sus conocimientos especializados, su habilidad o su formación, puede ayudar al juez a comprender o determinar una cuestión controvertida [y para ello testifica]”.¹¹¹ Además, precisó que en esta función se espera que “emita su dictamen con total transparencia de los hechos establecidos o supuestos en los que se basa y de los métodos utilizados para aplicar sus conocimiento, experiencia o habilidades para formar su dictamen pericial”.¹¹²

En el caso Martić, la Sala de Juzgamiento del ТРИУ admitió la opinión experta del teniente coronel Jozef Poje sobre el uso de los lanzacohetes múltiples M-87 Orkan durante un ataque a Zagreb los días 2 y 3 de mayo de 1995.¹¹³

110 Esto no significa que los otros tres criterios sean menos relevantes, al contrario, estos resultan complementarios y útiles a otros fines. Por ejemplo, las características de los perpetradores dan cuenta de las estructuras mayormente implicadas en el uso de estos medios, así como de a quienes debe atribuirse responsabilidad penal individual. Las características de las víctimas permiten identificar, por su parte, los grupos poblacionales más afectados y el tipo de daños sufridos, a efectos de considerar propuestas de reparación.

111 ICTY, Prosecutor v. Stanislav Galic, Decision Concerning the Expert Witnesses Ewa Tabeau and Richard Philipps of 3 July 2002. Ver también, Prosecutor v. Blagojevic and Jokic, Case IT-02-60-T, Decision on Prosecution’s Motions for Admission of Expert Statements, 7 November 2003, párr. 19.

112 *Idem*.

113 ICTY, Prosecutor v. Milan Martić, Decision on prosecution’s motions for admission of transcripts pursuant to Rule 92 Bis (d) and of expert reports pursuant to Rule 94 Bis. Case IT-95-11-T, 13 January 2006, para. 46; y Christian PONTI, “The crime of indiscriminate attack and unlawful conventional weapons:

Con base en dicha opinión, la Sala concluyó que el arma fue disparada desde el extremo de su rango y que se trataba de un arma no guiada de alta dispersión, que era incapaz de alcanzar objetivos específicos.¹¹⁴ A partir de estas características consideró que se trataba de un arma indiscriminada, cuyo uso en zonas civiles densamente pobladas provocaba un alto número de bajas. Conclusión que fue confirmada por la Sala de Apelaciones.¹¹⁵ Asimismo ocurrió en el caso Milošević en el que la Sala de Juzgamiento analizó el uso de bombas de aire modificadas que llevaban explosivos de aire-combustible. En su decisión, la Sala incorporó el concepto rendido por el profesor y experto en balística Berko Zečević, quien afirmó que “las explosiones de aire-combustible causan una ola letal de sobrepresión y destruyen todo y a todos en la explosión [...] los efectos de la onda expansiva [...] pueden variar, dependiendo del tipo de lugar en el que se produzca, así como de las condiciones meteorológicas”.¹¹⁶

Para el caso de la JEP, será igualmente necesario contar con el concepto de peritos y expertos en diversos campos que puedan ayudar a la Sala a determinar aspectos como el grado de precisión de las armas, su alcance, la incidencia de factores climatológicos y geográficos en la trayectoria de un proyectil, entre otros. Este tipo de experticias adquiere una mayor relevancia en los casos donde se hizo uso armas de fabricación artesanal, pues, a diferencia de las industriales, estas no cuentan con algún tipo de especificación técnica. Lo que no significa que, a partir de sus características físicas y composición, no se pueda establecer la información que se requiere para valorar su conformidad con los principios generales del DIH.

Conclusiones

La JEP cuenta con un marco jurídico amplio para juzgar las conductas relacionadas con el uso de medios de guerra ilícitos. Sin embargo, en muchos casos la aplicación de las reglas de derecho se ve limitada por cuestiones como su vigencia –en el caso de las normas convencionales– o su falta de carácter

The legacy of the ICTY Jurisprudence”, *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, 6, 2015, pp. 136-138.

114 ICTY, Prosecutor v. Martić, Judgement, Trial Chamber I, Case IT-95-11-T, 12 June 2007, párr. 463.

115 ICTY, Prosecutor v. Martić, Appeals Chamber, 8 October 2008, párrs. 247-252.

116 ICTY, Prosecutor v. Dragomir Milošević, Judgement, Trial Chamber III, Case IT-98-29/1-T, 12 December 2007, párr. 94.

consuetudinario al momento de los hechos. En ambos casos, recurrir a los principios generales sobre el empleo de armas parece una opción conveniente. La JEP deberá decidir si esta remisión directa a los principios es admisible para juzgar la ilicitud de un medio de guerra o si se requiere, en todo caso, una norma que lo prohíba. En este último escenario, la ausencia de una norma internacional o su inaplicabilidad derivada de la falta de vigencia podría ser suplida por la legislación penal nacional siempre y cuando, al momento de los hechos, exista en esta una norma que permita sancionar el empleo del medio ilícito en cuestión. En este artículo se citaron las disposiciones del Código Penal de 1980 y del Código Penal vigente que proscriben el empleo y lanzamiento de “objetos peligrosos”.

En relación con la vinculatoriedad de los tratados de DIH relativos a la prohibición de ciertas armas, respecto de los GAO, la SAJ ha ido más allá del principio de efecto útil de los tratados. En punto del uso de las minas antipersonal, la Sala hizo una interpretación comprensiva de la Convención de Ottawa de 1997, que la llevó a concluir que, siendo el uso de minas antipersonal una prohibición de carácter universal, no puede exigirse únicamente a los Estados, sino también a todos aquellos actores que tengan la posibilidad de emplearlas en el marco de un conflicto armado.

Por otra parte, los criterios definidos por la SA para calificar una conducta como crimen de guerra resultan de gran utilidad para el enjuiciamiento del uso de medios de guerra ilícitos, especialmente, en los casos donde el medio utilizado es objeto de alguna de las enmiendas del artículo 8.2.e del Estatuto de Roma, que en Colombia todavía no han sido aprobadas, o de aquellos casos en los que el medio en cuestión definitivamente no aparece sancionado en el Estatuto. De acuerdo con la jurisprudencia de la SA, las enmiendas mencionadas pueden ser tenidas en cuenta como el reflejo de normas de derecho consuetudinario que proscribían el uso de ciertas armas al momento de los hechos, y que hoy se encuentran cristalizadas en el Estatuto.

La valoración de la conformidad de una conducta con el DIH depende de las circunstancias del caso concreto, por esta razón, investigar y sancionar el uso de medios de guerra ilícitos bajo un enfoque macrocriminal supone un reto desde el punto de vista metodológico y técnico. Para afrontarlo, es pertinente la aplicación temprana criterios de selección de casos, en particular, aquellos que refieren a la gravedad y representatividad del hecho, de manera que un grupo selecto de hechos permitan dar una explicación global de todo el fenómeno.

Finalmente, debe considerarse que la apreciación de la ilicitud de un medio de guerra no es una cuestión netamente jurídica, al contrario, tiene un alto componente técnico. Por esta razón, en el curso de una investigación sobre el uso de medios de guerra ilícitos la SRVR deberá contar con la experticia técnica de profesionales en diversas áreas del conocimiento. Solo de esta manera logrará el rigor probatorio necesario para concluir que un arma, por su naturaleza o uso, fue indiscriminada o causó males superfluos o sufrimientos innecesarios.



Bibliografía

Doctrina

CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA y FUNDACIÓN PROLONGAR, *La guerra escondida. Minas antipersonal y remanentes explosivos en Colombia*, Bogotá, 2017.

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (CICR), Base de Datos de DIH, DIH Consuetudinario, en https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/spa/docs/v1_rul

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (CICR), *Convención de 1980 sobre ciertas armas convencionales*, Servicio de Asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario, marzo de 2002, en https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/1980_armas_convencionales.pdf

DE BECO, Gauthier, “War crimes in international versus non-international armed conflicts: “New wine in old wineskins?””, *International Criminal Law Review*, 2008, pp. 319-329.

HENCKAERTS, Jean-Marie y Louise, DOSWALD-BECK, *El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario*, vol. 1, *Normas*, Buenos Aires, CICR, 2007.

HUMAN RIGHTS WATCH, “Colombia: FARC mata con bombas de cilindros de gas”, 14 de abril de 2005, en <https://www.hrw.org/es/news/2005/04/14/colombia-farc-mata-con-bombas-de-cilindros-de-gas>.

PONTI, Christian, “the crime of indiscriminate attack and unlawful conventional weapons: The legacy of the ICTY jurisprudence”, *Journal of International Humanitarian Legal Studies* 6, 2015, pp. 118-146.

Jurisprudencia internacional

- Tribunal Penal Internacional Para La Ex-Yugoslavia, Prosecutor V. Stanislav Galic, Decision Concerning the Expert Witnesses Ewa Tabeau and Richard Philipps of 3 July 2002.
- Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, Prosecutor v. Blagojevic and Jokic, Case No. IT-02-60-T, Decision on Prosecution's Motions for Admission of Expert Statements, 7 November 2003.
- Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, Prosecutor v. Milan Martić, Decision on prosecution's motions for admission of transcripts pursuant to Rule 92 Bis (d) and of expert reports pursuant to Rule 94 Bis, Case No. IT-95-11-T, 13 January 2006.
- Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, Prosecutor v. Martić, Judgement, Trial Chamber I, Case No. IT-95-11-T, 12 June 2007.
- Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, Prosecutor v. Dragomir Milošević, Judgement, Trial Chamber III, Case No. IT-98-29/1-T, 12 December 2007.
- Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, Prosecutor v. Martić, Appeals Chamber, 8 October 2008.

Jurisprudencia nacional

- Corte Constitucional, Sentencia C-991 de 2000.
- Corte Constitucional, Sentencia C-438 de 2013.
- Corte Internacional de Justicia, Opinión Consultiva sobre licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares, 8 de julio de 1996.
- Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), Sala de Reconocimiento de Verdad, Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y las Conductas. Criterios y metodología de priorización de casos y situaciones, 28 de junio de 2018.
- Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), Sala de Amnistía o Indulto, Resolución SAI-AOI-010-2019 del 8 de agosto de 2019.
- Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), Sala de Amnistía o Indulto, Resolución SAI-SUBA-AOI-D-067-2019 del 02 de diciembre de 2019.

- Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), Sala de Amnistía o Indulto, Resolución SAI-SUBA-AOI-D-073-2020 del 25 de febrero de 2020.
- Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia TP-SA-AM 168 del 18 de junio de 2020.
- Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia TP-SA-AM-203 del 27 de octubre de 2020.
- Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), Sala de Amnistía o Indulto, Resolución SAI-AOI-D-008-2021 del 11 de noviembre de 2021.
- Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), Aclaración de voto de la magistrada Marcela Giraldo Muñoz a la Resolución SAI-AOI-D-008-2021.

Normatividad internacional

- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969).
- Convención sobre armas biológicas y tóxicas (1972).
- Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados (ccac) (1980).
- Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre su Destrucción (1993).
- Declaración de San Petersburgo (1868).
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1998).
- Protocolos I y II adicionales a los cuatro Convenios de Ginebra (1977).
- Protocolo I de la ccac sobre fragmentos no localizables (1980).
- Protocolo III de la ccac sobre la prohibición de armas incendiarias (1980).
- Protocolo IV de la ccac sobre armas láser que causan ceguera (1995).
- Protocolo II enmendado de la ccac sobre la prohibición de minas, armas trampa y otros artefactos (1996).
- Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares (1968).
- Tratado para la Proscripción de Armas Nucleares en América Latina y el Caribe o Tratado de Tlatelolco (1969).

Normatividad nacional

- Decreto 100 de 1980, por el cual se expide el Nuevo Código Penal, 23 de enero de 1980.

Ley 469 del 05 de agosto de 1998, por medio de la cual se aprueba la “Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados” y sus cuatro (4) protocolos.

Ley 554 del 18 de enero de 2000, por medio de la cual se aprueba la “Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción”.

Ley 599 del 24 de julio de 2000, por la cual se expide el Código Penal.

Acto Legislativo 01 del 04 de abril de 2017, por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera, y se dictan otras disposiciones.

Ley 1922 del 18 de julio de 2018, por medio de la cual se adoptan unas reglas de procedimiento de la Jurisdicción Especial para la Paz.

Ley 1957 del 06 de junio de 2019, Estatutaria de la Administración de Justicia de la Jurisdicción Especial para la Paz.

Otros documentos internacionales relevantes

Resolución RC/Res.5, Aprobada por consenso en la 12ª sesión plenaria el 10 de junio de 2010.

Resolución ICC-ASP/16/Res.4, Adoptada por consenso en la 20ª sesión plenaria, el 14 de diciembre de 2017.