

Reseña de “Persecución penal de crímenes internacionales: Diálogo abierto entre la tradición nacional y el desarrollo internacional” de Alejandro David Aponte Cardona, publicado en Bogotá por la Pontificia Universidad Javeriana/ Fundación Konrad Adenauer, 2011, 269 págs.

LUIS ALFONSO CASTILLO RODRÍGUEZ*

Alejandro Aponte es profesor de la Universidad Javeriana en Bogotá y autor de obras como *Guerra y Derecho penal de enemigo: “Reflexión crítica sobre el eficientísimo penal de enemigo”, “¿Derecho penal de enemigo o derecho penal del ciudadano? : Günther Jakobs y las tensiones de un derecho penal de la enemistad”,* entre otras obras que son de frecuente consulta entre la comunidad académica. Su último libro publicado, *“Persecución penal de crímenes internacionales: Diálogo abierto entre la tradición nacional y el desarrollo internacional”,* versa como su nombre lo indica sobre el Derecho penal internacional, más concretamente se centra en mostrar los escenarios de aplicación de la normatividad internacional y las transformaciones que se dan al ser aplicada en cada uno de los escenarios nacionales e internacionales. Del mismo modo, se hace especial mención a la forma en que esta normatividad es aplicada en nuestro país en los escenarios de conflicto armado que se viven desde hace más de 50 años.

* Estudiante de Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia.

El libro es el resultado del proyecto de investigación “Sistematización de la jurisprudencia penal internacional desde los referentes concretos del contexto colombiano en temas especialmente relevantes”, el cual es desarrollado por el autor con apoyo de la fundación Konrad-Adenauer, de la cual es becario. Igualmente, el libro se nutre de investigaciones y talleres realizados por el grupo de investigación en justicia social de la Universidad Javeriana, con la presencia de funcionarios de distintas instituciones estatales encargadas de la aplicación de la normatividad colombiana. Aponte alude frecuentemente a los resultados de estos talleres para hacer una comparación de cómo entenderían nuestros funcionarios distintos fenómenos que originalmente tienen lugar en conflictos como los de Ruanda y Yugoslavia. Igualmente se habla de estos talleres para enriquecer las temáticas del libro con ejemplos reales que tuvieron lugar en nuestro país.

Aponte tiene como objetivo mostrarle a la comunidad académica, a la comunidad jurídica y a los operadores de la justicia, los diálogos que se presentan entre el Derecho penal internacional y el Derecho de los países donde éste ha sido aplicado, las adaptaciones e interpretaciones de las disposiciones a la luz de los ordenamientos y entornos de cada país. El autor maneja como tesis central que las normatividades internacionales son y deben ser adaptadas dependiendo de cada caso concreto y cada entorno cultural, social, económico, en el que se desarrolle el conflicto nacional o internacional donde serán aplicadas las disposiciones que constituyen el marco del Derecho penal internacional. En términos precisos, sostiene Alejandro Aponte: “el sistema judicial siempre debe establecer, antes que todo, los contextos en los cuales se han cometido los crímenes” (p. 145). Aponte no busca comparar ni establecer diferencias entre las distintas tradiciones jurídicas sino buscar la manera en que se vean retroalimentadas para brindar una evolución del Derecho penal internacional, teniendo en cuenta los distintos ordenamientos y sus características especiales.

Sin ninguna duda, el libro tiene el fin de invitar a la reflexión y crítica del intercambio dialéctico entre los ordenamientos penales nacionales y los internacionales. Para este fin, se escogen 5 temas específicos a desarrollar en el libro y a cada uno de estos temas se le da tratamiento durante un capítulo. El primer capítulo trata sobre la aplicación del Derecho internacional humanitario, usando como ejemplo la jurisprudencia internacional producida por los tribunales creados para la persecución de crímenes en la antigua Yugoslavia y en Ruanda. Se hace mención especial sobre los conceptos de conflicto armado interno e internacional, el Derecho Internacional Humanitario y homicidio en persona protegida, al cual se presta especial atención por ser considerado como una infracción al Derecho Internacional Humanitario según el artículo 135 de nuestro código penal. Como ejemplo de la aplicación de normas internacionales y su adaptación a las realidades colombianas, el autor expone como ejemplos las ejecuciones extrajudiciales, mal llamadas falsos positivos, los asesinatos

de combatientes por faltas a la disciplina dentro de grupos armados, y las operaciones de "limpieza social".

Este capítulo deja claros conocimientos básicos dentro del Derecho penal internacional y explica, basándose en decisiones de los tribunales para la antigua Yugoslavia y Ruanda, nociones como combatiente, persona protegida, entre otras. Se podría decir que es este acápite el que brinda las herramientas al lector inexperto en el tema para comprender los demás capítulos del libro. Si bien la exposición que se hace en el capítulo es clara y acertada, perfectamente se hubiesen podido sacar dos capítulos del mismo, uno que introdujera los conceptos mencionados y otro que se dedicara exclusivamente al caso del homicidio en persona protegida.

El segundo tema tratado en el libro es el desplazamiento forzado y su relación con los conflictos armados internos. Este es sin lugar a dudas el tema, de los mencionados en este trabajo, que se presenta con mayor recurrencia en nuestro país. Las cifras y las condiciones en que se encuentran miles de desplazados son alarmantes¹, son expulsados de todos los rincones de nuestro país, y preocupantemente son desplazados por todo tipo de actores del conflicto. Paradójicamente es el capítulo más corto del libro.

Se hace un desarrollo del desplazamiento forzado caracterizándolo desde diversas definiciones y conceptos emitidos por doctrinantes y organismos internacionales. Se aporta la definición del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados quien entiende que se da un desplazamiento forzado "cuando una persona migra de un lugar a otro, no por su voluntad, sino porque es obligada a ello" (p. 101). Es también importante señalar la diferencia entre desplazado y refugiado, entendiendo al primero como aquel que por motivo de un conflicto bélico se ve obligado a cambiar su lugar de residencia dentro del territorio de su mismo país, en este caso estaría protegido únicamente por el gobierno de su propio país aun cuando el gobierno sea el causante del desplazamiento. Del otro lado, es refugiado quien en las mismas circunstancias huye de su lugar de vivienda, pero a diferencia del desplazado, cruza las fronteras nacionales y es protegido por normas de tipo internacional.

El tercer capítulo aborda las agresiones sexuales dentro de los conflictos armados, nuevamente usando la jurisprudencia de los tribunales de Ruanda y Yugoslavia, entre la que resulta más relevante para el tema, y por ello se le presta mayor atención a la de Ruanda, donde el conflicto entre Tutsis y Hutsis se vio marcado por frecuentes agresiones sexuales de los hombres de la última etnia contra las mujeres de la primera,

1 Sólo hasta mayo de 2011, el gobierno colombiano hablaba de la existencia de más de 3,7 millones de desplazados en el país, cifra que es cuestionada por ONGS como la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento (CODHES), quienes afirman que la cifra real de desplazados desde mediados de los años ochenta es de más de 5 millones de personas. Las cifras mencionadas son tomadas de la página web del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) <http://www.acnur.org/t3/operaciones/situacion-colombia/desplazamiento-interno-en-colombia/>

con el fin de impedir la procreación de los Tutsis y con ello acabar con todo su tejido social.

Aponte señala que "en el caso colombiano en el cual la violencia sexual, en contextos de violaciones masivas de derechos humanos, no ha recibido la atención merecida; se trata, en efecto, de un tema marcado por la invisibilidad; de una cuestión que se diluye en el marco de la persecución penal nacional de otros delitos que terminan absorbiendo la atención del sistema judicial" (p. 121). Afirmación que es compartida plenamente debido a los altos índices de impunidad que tienen los delitos sexuales dentro del conflicto armado y social colombiano; impunidad que es creada por el miedo a denunciar estos actos ante las autoridades ya que en muchos de los casos son ellas mismas las que los cometen².

Es importante aclarar, como menciona el autor, que se deben tener en cuenta las circunstancias señaladas por el Derecho internacional para que una agresión sexual pueda ser catalogada como una violación al Derecho Internacional Humanitario. No sobra agregar que estas condiciones son las mismas que se requieren para catalogar cualquier acto delictivo como una infracción al DIH. Éstas son, en primer lugar, que se confirme la existencia de un conflicto armado que contextualice la agresión sexual. En segundo lugar, que la persona quien cometa la agresión sea un combatiente y que ejecute la conducta en desarrollo del conflicto y no aisladamente. Y finalmente, el sujeto pasivo debe ser una persona no combatiente. La importancia de tomarse en serio las mencionadas condiciones radica en la no extensión de tipos penales basándose en la normatividad internacional únicamente con el fin de aplicar una pena mayor. Una interpretación extensiva en estos criterios podría acarrear grandes diferencias en la pena para quien comete una agresión sexual dependiendo de si se le aplican los tipos de agresión sexual, acceso carnal, y prostitución en persona protegida o si se aplican los tipos correspondientes a una agresión sexual que no se encuentre en el marco del DIH.

El cuarto capítulo aborda un tema de igual modo controversial, tanto para la comunidad internacional como para nuestro contexto local: el reclutamiento de menores de edad en conflictos armados. Para ilustrar este delicado tema, Aponte explica la noción de reclutamiento, entendiéndolo como las diversas maneras mediante las cuales una persona se incorpora a un grupo o fuerza armada. Se utiliza una definición en un aspecto amplio donde caben las distintas formas de reclutamiento dividiéndolas inicialmente como legales, ilegales y forzosas. Posteriormente se señala que "se debe diferenciar el concepto de reclutamiento ilegal del reclutamiento forzoso" (p. 169). Según el autor, el reclutamiento forzoso es una especie del género del reclutamiento

2 Más aún si se entiende la palabra autoridades en sentido amplio, no como quienes amparados en las leyes ejercen el monopolio de la fuerza, sino quienes son reconocidos en determinado territorio como autoridades independientemente de si están legalmente constituidas o no.

ilegal, y tanto el reclutamiento ilegal como el forzoso se dan constriñendo a menores de edad para ingresar a las filas de un ejército o grupo armado; sin embargo, se manifiesta, para diferenciar los dos fenómenos, que “la ilegalidad va mas allá de lo forzoso, lo abarca y lo desborda” (p. 169). Al respecto, se considera personalmente que el intento de distinción entre ambos conceptos no es claro, nunca se ofrece una definición de reclutamiento ilegal, dejando como únicas características de este tipo de reclutamiento que va más allá del forzoso y que se realiza sobre menores de 18 años.

Acertadamente se mencionan también los factores que hacen del menor alguien susceptible y atractivo para ser reclutado por los actores del conflicto. El autor señala cinco. En primer lugar habla de las facilidades tecnológicas para indicar la manera como las armas son cada vez más livianas y fáciles de ser manejadas incluso por adolescentes de 13 años. Seguidamente hace referencia a la orfandad y falta de oportunidades, aludiendo a los casos en donde el mismo grupo armado ha dado muerte a los padres del menor y éste por falta de oportunidades termina incorporándose a las filas. El siguiente factor, es el de los posibles objetivos genocidas al reclutar menores de determinada etnia, cultura, religión, ideología política, usando a los menores como carne de cañón y así haciendo desaparecer el grupo al que pertenece. La ideología atractiva para los menores es otro de los factores que Aponte señala: para un menor puede resultar atractiva una vida de armas y poder, sin identificar los peligros que ésta puede traer para sí y para su entorno. Finalmente alude a la fungibilidad de los menores, la cual es a nuestro modo de ver la más recurrente en el conflicto armado colombiano. Un menor de edad fácilmente es entrenado y adiestrado para cumplir tareas que pueden ir desde lo más sencillo como tareas de cocina, hasta las labores que representen un mayor peligro como la instalación y desactivación de minas antipersonales. Considero que los bajos costos en su adiestramiento y la facilidad de reclutarlos forzosamente hacen de la fungibilidad el mayor factor de reclutamiento en menores de edad, por lo menos en Colombia.

El capítulo final de esta obra se encuentra dedicado a la responsabilidad del superior jerárquico en desarrollo de conflictos armados nacionales e internacionales y a la imputación de responsabilidad penal en escenarios bélicos. Inicialmente se mencionan las disposiciones internacionales que enmarcan la responsabilidad de los superiores por conductas de sus subordinados en conflictos armados y se muestra la evolución que éstas han tenido en diferentes conflictos. Este conjunto de disposiciones compuesto por normas de la Convención de la Haya, los Convenios de Ginebra de 1949, el caso Yamashita, el Estatuto de Roma, entre otros, puede resumirse rápidamente afirmando que: los superiores jerárquicos son responsables tanto por comisión como por omisión; todos los superiores responden por los actos de sus subalternos, independientemente de si se trata de un grupo armado estatal o no; y para que el

superior sea condenado por omisión no es necesario el conocimiento de la actividad delictiva, sino que basta con que el superior tuviese razones para conocer, es decir, basta con indicios del crimen cometido o próximo a cometer por sus subordinados.

El quinto capítulo trata las teorías de la imputación de responsabilidad penal, comparando la teoría de la empresa criminal común con la teoría del profesor Claus Roxin del dominio funcional del hecho. Luego se introduce el debate sobre la posibilidad de juzgar casos de criminalidad organizada, donde se trate de "grandes aparatos, de maquinas de guerra delinquiendo durante años y en diversos territorios" (p. 211), como actos de autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder. Con este debate y una breve alusión a la sentencia contra Fujimori, en la cual se utiliza la teoría del hombre de atrás, concluye el quinto capítulo y del mismo modo el libro.

Aunque durante la exposición de los capítulos se ha dejado enterever postura sobre algunos temas, es pertinente hacer una serie de anotaciones finales sobre cuestiones específicas del trabajo. El autor en el transcurso de su libro señala que su objetivo es mostrar cómo las disposiciones nacionales e internacionales, así como el contexto donde se aplicará el Derecho penal internacional, se interconectan e interpretan acorde a las necesidades, generando una retroalimentación entre tradiciones jurídicas locales e internacionales. La interpretación en Derecho penal, aun cuando se trata de Derecho internacional, debe hacerse siempre de modo restrictivo para respetar así el principio de legalidad; bien señala el autor que "no se pueden deducir tipos penales ad-hoc inexistentes al momento de los hechos, utilizando para ello los Tratados o instrumentos internacionales" (p. 94). Pese a ello, es controversial la postura asumida por Aponte cuando se habla de la sentencia C-225 de 1995 y se alude a la misma como un logro de la jurisprudencia colombiana. En esta sentencia la Corte, al hablar del artículo 1 del Protocolo II adicional a los convenios de Ginebra³, manifiesta que por ser el artículo 1 un desarrollo y complemento del artículo 3 de Ginebra, no representa una exigencia para los Estados. Con ello la Corte amplía el ámbito de protección de la norma, e indirectamente hace más fácil la aplicación del articulado del título II del código penal, que consagra, entre otros delitos, el homicidio en persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario (en este caso el artículo 3 común de la convención de Ginebra, que como se mencionó se encuentra interpretado de modo amplio). Si se aplica la interpretación de la Corte, el delito del homicidio en persona protegida, por continuar con el ejemplo, que consagra una pena mayor a la del homicidio agravado, sería de fácil aplicación constituyéndose en una expansión del Derecho penal local, amparándose

3 Artículo que limita la aplicación del artículo 3 común a los convenios de Ginebra, estableciendo unos criterios más restringidos, como lo es que los grupos irregulares que participan de un conflicto tengan un mando responsable y ejerzan un control sobre determinada parte del territorio nacional, para la consideración de un conflicto armado interno en el cual se de la aplicación del Derecho Internacional Humanitario.

en una interpretación selectiva y del mismo modo extensiva de desarrollos propios del Derecho Penal Internacional.

Como se puede deducir del anterior párrafo, aunque el autor habla de no crear tipos partiendo del Derecho internacional, aplaude la interpretación de la Corte Constitucional que, en pocas palabras, hace que sea más fácil imputarle a una persona el delito de homicidio en persona protegida o cualquiera de los delitos consagrados en el título II de la ley 599 de 2000, evitando las exigencias mencionadas que el protocolo II señala para la aplicación del DIH.

Finalmente, se puede decir que el libro queda de cierta manera interrumpido al finalizar el último capítulo, se mantiene en el terreno descriptivo de los fenómenos y no aporta una conclusión o una serie de elementos para interrelacionar los temas tratados en el curso del trabajo. Del mismo modo, la idea del diálogo entre las tradiciones nacionales e internacionales es expuesta dependiendo de cada uno de los temas del libro y no se ofrecen pautas o consideraciones a tener en cuenta a la hora de establecer lazos entre el Derecho internacional y el Derecho local, que sirvan igualmente como conclusiones o anotaciones finales.