

**ANÁLISIS Y PERCEPCION SOBRE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE
NECESIDAD MILITAR FRENTE AL CONFLICTO ARMADO EN COLOMBIA EN
ARMONIA CON EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO**

YIRA LUZ BUSTAMANTE PEDROZO

ANA CAROLINA ARAUJO CHAVEZ

Autores

UNIVERSIDAD POPULAR DEL CESAR

FACULTAD DE DERECHO

PROGRAMA DE DERECHO

VALLEDUPAR, CESAR

2021

**ANÁLISIS Y PERCEPCION SOBRE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE
NECESIDAD MILITAR FRENTE AL CONFLICTO ARMADO EN COLOMBIA EN
ARMONIA CON EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO**

YIRA LUZ BUSTAMANTE PEDROZO

ANA CAROLINA ARAUJO CAHVEZ

Autores

Informe Final Monográfico

Asesor

Título

UNIVERSIDAD POPULAR DEL CESAR

FACULTAD DE DERECHO

PROGRAMA DE DERECHO

VALLEDUPAR, CESAR

2021

Nota de Aceptación

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Valledupar, _____

DEDICATORIA

Gracias a Dios

A mi señor padre, Luis Eduardo Bustamante Lengua

A mi madre hermosa en el Cielo, Sandra Esther Pedrozo Navas

Con todo el amor por ustedes.

AGRADECIMIENTOS

Primeramente, quiero darle gracias a Dios. A mi padre Luis Eduardo Bustamante Lengua quien siempre está para levantarme en cada caída, por demostrarme tu amor infinito, por estar ahí en la adversidad y apoyarme te amo por siempre. A mi madre en el Cielo Sandra Esther Pedrozo Navas que nunca dudo de mis capacidades, todos mis logros son por ti y para ti, para tu orgullo en el cielo siempre seguiré tus sabios consejos y ser la profesional que siempre anhelaste.

A Iván Francisco Daza Ariza, por apoyarme en este camino y ser parte de este logro.

A mis tutores y a todos mis docentes y compañeros, a todas esas personas que de una u otra manera hicieron parte de este proceso.

Esta es la primera de muchas metas profesionales que espero poder alcanzar.

CONTENIDO

1.	RESUMEN	1
2.	ABSTRACT.....	2
3.	INTRODUCCIÓN	3
4.	PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	8
4.1	FORMULACIÓN DE LA PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN	9
5.	OBJETIVOS	10
5.1	OBJETIVO GENERAL	10
5.2	OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	10
6.	JUSTIFICACIÓN	11
7.	DELIMITACIÓN	13
8.	MARCO REFERENCIAL.....	14
8.1	ANTECEDENTES.....	14
8.2	ESTADO DEL ARTE.....	18
9.	METODOLOGÍA	32
9.1	SÍNTESIS DEL ENFOQUE METODOLÓGICO	32
9.2	TIPO DE INVESTIGACIÓN	33
9.3	PROCESOS, TÉCNICAS Y ESTRATEGIAS PARA RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN.	33
9.4	POBLACION.....	34
9.5	MUESTRA	34
9.6	CENSO	38

10.	. ASPECTOS ADMINISTRATIVOS.....	39
10.1	RECURSOS NECESARIOS	39
10.2	CRONOGRAMA DE ACTIVIDADES	40
11.	CONCLUSIONES	42
12.	RECOMENDACIONES.....	44
13.	REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	45

1. RESUMEN

En el presente esfuerzo investigativo, se plantea la necesidad e importancia de identificar el principio de necesidad militar en el contexto del conflicto armado colombiano en armonía con el Derecho Internacional Humanitario. Con esto, observar que desde de la dogmática penal actual se orienta por apartarse de posturas rígidas como la del principio de estricta legalidad y por fenómenos como el terrorismo, los delitos transnacionales de lesa humanidad comunes como el narcotráfico y la trata de personas tiende a flexibilizar posturas exegéticas cuyo culto conlleva a la impunidad de crímenes atroces por el solo hecho de no tener legislación expresa en la normatividad de determinado estado; por el contrario, un mundo globalizado donde se han flexibilizado las barreras del comercio, la moneda, las comunicaciones y la educación demanda que igualmente el derecho y en especial el derecho penal se internacionalice cediendo frente al positivismo para efectivizar la persecución de delitos que atentan gravemente contra el orden mundial y en especial contra el DIH.

Comprender y delimitar el principio de necesidad militar desde la perspectiva que realiza el gobierno colombiano sobre el manejo y uso de la fuerza, para ello se realizará una ubicación conceptual acerca de las nociones de paz, seguridad, su incidencia en el manejo y uso de la fuerza armada representada en su fuerza pública.

Palabras Claves

El principio de necesidad Militar – Derechos Humanos– Derecho Internacional Humanitario-uso de la Fuerza-Fuerza Armada Publica.

2. ABSTRACT

In this research effort, the need and importance of identifying the principle of military necessity in the context of the Colombian armed conflict in harmony with International Humanitarian Law is raised. With this, to observe that from the current penal dogma it is oriented to move away from rigid positions such as the principle of strict legality and by phenomena such as terrorism, common transnational crimes against humanity such as drug trafficking and human trafficking tends to relax exegetical postures whose cult leads to impunity for heinous crimes for the sole fact of not having express legislation in the regulations of a certain state; on the contrary, a globalized world where the barriers of trade, currency, communications and education have become more flexible, demands that law and especially criminal law be internationalized, yielding to positivism to make effective the prosecution of crimes that seriously threaten against the world order and especially against IHL.

Understand and define the principle of military necessity from the perspective of the Colombian government on the management and use of force, for this a conceptual location will be made about the notions of peace, security, its impact on the management and use of armed force represented in its public force.

Key Words

The principle of Military necessity - Human Rights - International Humanitarian Law - use of the Force - Public Armed Forces.

3. INTRODUCCIÓN

La existencia de un conflicto armado es el hecho objetivo que permite la aplicación concreta del Derecho Internacional Humanitario (DIH). Existiendo dicho conflicto, nace el deber internacional de aplicar las normas a título de normas convencionales o consuetudinarias.

Las fuentes formales de creación del derecho internacional son los tratados, la costumbre y los principios generales de derecho. Los tratados, cumple una función importante en el DIH, estos pueden ser de carácter general o particular, y se da a través del acuerdo de voluntades de dos o más estados, los cuales se someten a unas reglas expresamente reconocidas por los sujetos de este ordenamiento con capacidad suficiente para crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones. La costumbre, es la fuente más antigua ya que surge de una conducta repetitiva por un grupo de personas que durante un largo tiempo se convierte en obligatoria, que se vuelve ley para las partes aceptada como derecho, y los principios es una de las fuentes que el legislador puede recurrir al momento de fallar, cuando ellos son reconocidos por los sistemas jurídicos de los Estados.

Abordando los asuntos conceptuales propios de los tratados internaciones y el DIH, Se tiene en cuenta la jurisprudencia, al igual que la doctrina, sólo compone en este ordenamiento un medio auxiliar para determinar las reglas de derecho y no una fuente autónoma creadora de derecho, sin embargo, la Corte Constitucional ha manifestado en varias sentencias que la jurisprudencia se ha convertido en un precedente constitucional, en tanto su manifestación como doctrina integradora, es una fuente formal y obligatoria de derecho. Cabe resaltar que el legislador cuando se encuentre frente a un caso de especie corresponde establecer el sentido y alcance de una particular norma jurídica, en el caso que este desee apartarse del precedente debe

presentar su justificación que debe ser suficiente y razonable para disponer la inaplicación del precedente constitucional, así comprendido, so pena de incurrir en omisión legislativa relativa.

En consecuencia, en la determinación del conocimiento de obligatoriedad con la que se acepta una práctica o en la comprobación del reconocimiento de un principio por los distintos sistemas jurídicos internos, las decisiones judiciales deben estudiarse con especial cuidado de esta manera poder optar en un caso concreto por una correcta competencia en materia de derecho de los magistrados que integran los Tribunales Internacionales, donde resalta la importancia de la jurisprudencia, en tanto que es un medio auxiliar para determinar las reglas de derecho, cobra toda trascendencia cuando al presente se intenta profundizar en la interpretación del sentido y alcance de normas que integran el DIH.

Este ordenamiento jurídico, de fuente tanto convencional como consuetudinaria, se identifica por el hecho de que se le aplica su normas tanto los Estados como ciertas organizaciones internacionales y en una categoría distintiva de individuos; esto es, los combatientes. En Colombia Ser sujeto de derecho personifica tener tanto derechos como obligaciones de conformidad a lo dispuesto en dicho ordenamiento jurídico y por ende, ante el incumplimiento del comportamiento digno, comprometer la responsabilidad; en la especie, la responsabilidad internacional.

Un punto de referencia para comprender un sentido sobre el principio de necesidad es el que se entrega por parte de la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia que ha tenido la posibilidad de delinear a través de su práctica la noción de conflicto armado, establecer la existencia del conflicto como elemento jurisdiccional de su existencia y ha tratado de superar esos criterios complejos que han surgido, el Tribunal se ha inclinado por una descripción del conflicto armado a partir de elementos objetivos, en busca de sancionar esas

conductas reprochables que violan a través del conflicto. Además, ha intentado de manera integradora tratando de humanizar la guerra, buscar suprimir esos pequeños límites que en la práctica a veces separan a los conflictos internacionales de aquellos que no revisten ese carácter y que en la práctica dificultan la aplicación de las normas del DIH. La pluralidad de elementos comunes entre el cuerpo normativo del DIH y del derecho de los derechos humanos a partir del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, permite a los tribunales internacionales aplicar con mayor facilidad la normatividad relativa a la violación de derechos humanos y crímenes de guerra de forma más práctica y englobando el mayor número de conductas que atentan contra los mismos sin que con lleve a que violen el principio de legalidad.

Una de las principales causas generadoras de graves violaciones al DIH lo constituye el desconocimiento del principio de la necesidad militar, el que junto con el de la proporcionalidad en estos existen características en común, por lo que entran hacer unos límites impuestos por el derecho internacional y la costumbre a las acciones bélicas propias de la contienda militar. La locución, en su sentido lato, es la toma de medidas necesarias para conseguir que las metas de la guerra no desproporcionen el objetivo causando estragos en la población no combatiente y afectando innecesariamente estructuras diferentes del objetivo militar. En su sentido estricto, indica una necesidad estipulada en normas de derecho internacional que imponen a los actores armados a ejecutar sus actos de guerra dentro del marco del DIH.

Este trabajo busca identificar la aplicabilidad en el derecho nacional del principio del DIH de la necesidad militar, de forma tal que se pueda establecer la relevancia especial sobre los criterios que lo configuran y precisar el reconocimiento de los hechos conflictivos en la materialidad de los mismos.

En términos metodológicos, esta investigación es de corte cualitativo documental, con una vértebra teórica sostenida en las fuentes legales y jurisprudenciales del principio de necesidad en Colombia. Se complementa la técnica investigativa con algunos instrumentos propios del sistema universal e interamericano de los derechos humanos. Esta investigación se ha organizado de forma tal que en el primer capítulo se muestra el problema de la investigación dando especial énfasis a los elementos, la relevancia del problema, los objetivos del estudio y la justificación de la misma.

Siendo así, en el Capítulo dos se encuentra todo el marco descriptivo de la temática investigada, donde partiendo del principio de legalidad como fundamento de la existencia previa de la norma que sanciona la conducta, se llega al principio de necesidad militar que establece los límites a la magnitud del ataque para evitar daños innecesarios; así mismo, se toma la referencia sobre el desarrollo conceptual del principio otorgado por el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia como el ente Internacional para juzgar a los presuntos culpables de las graves violaciones contra el derecho internacional humanitario, viendo su relevancia al haber sido interpretada en los círculos internacionales como una medida desesperada y de fuerza de la Comunidad Internacional para hacer frente a las graves violaciones de derechos humanos y crímenes contra la humanidad en los territorios de la ex-Yugoslavia.

Posteriormente, se presenta el capítulo tres, donde se podrá encontrar el Marco Metodológico de la investigación describiendo la metodología del proyecto que incluye el tipo de investigación, las técnicas y procedimientos que serán utilizados para llevar a cabo la indagación y las técnicas de procesamiento y análisis de datos del estudio.

El Capítulo cuatro, describe los aspectos administrativos, comprende un breve capítulo donde se expresan los recursos y el tiempo necesario para la ejecución de la investigación.

Finalmente se encuentra la bibliografía o lista de referencias bibliográficas, comprende un inventario de los materiales consultados y citados, ordenados alfabéticamente a partir del apellido del autor.

4. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Descripción de la Problemática: La vulneración de derechos y desmanes muy propios de las guerras conllevan a una inclemente y reiterada violación del DIH, la comisión de crímenes de guerra; precisamente el desconocimiento o la violación del principio de necesidad militar trae consigo la afectación de personas y bienes ajenos al combate, lo que lleva a la configuración de conductas punibles que en ocasiones no se encuentran legisladas o tipificadas en el derecho interno de los pueblos comprometidos en el conflicto, lo cual, en una aparente violación al principio de estricta legalidad, impone a la justicia penal internacional acudir a los instrumentos internacionales sobre protección de derechos humanos y a la jurisprudencia de los tribunales internacionales para poder evitar la impunidad de estos crímenes contra la humanidad, instancias que consagran más ampliamente la tipificación de esta clase de delitos, sin que ello, para un amplio sector de la doctrina, signifique una violación al principio de estricta legalidad.

Elementos del Problema

Principio de Legalidad: Existencia previa de la norma que sanciona la conducta.

Principio de Necesidad Militar: Límites a la magnitud del ataque para evitar daños innecesarios.

Jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia: Fuente de los elementos para comprender, como caso concreto, cómo se condiciona la existencia del conflicto armado como elemento jurisdiccional de su razón de ser, a partir del elemento normativo de los tipos penales a aplicar.

4.1 FORMULACIÓN DE LA PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN

¿Cómo se materializa en el derecho nacional el principio de necesidad militar en el contexto del conflicto armado en Colombia, a partir de su comprensión actual partiendo por su reconocimiento en el marco general del Derecho Internacional Humanitario?

5. OBJETIVOS

5.1 OBJETIVO GENERAL

Identificar el entendido y la aplicabilidad en el derecho nacional del principio de necesidad militar en el contexto del conflicto armado a partir del reconocimiento del Derecho Internacional Humanitario (DIH).

5.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Analizar el principio de necesidad militar frente al conflicto armado colombiano la vigencia de sus efectos en el presente.
- Identificar el surgimiento del principio de la necesidad militar a partir de la legalidad estricta en Colombia y sus efectos.
- Confrontar la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia y la jurisprudencia colombiana al respecto, determinando las principales reflexiones sobre ambos contextos para el tratamiento del conflicto armado de carácter no Internacional en Colombia.

6. JUSTIFICACIÓN

La existencia de un conflicto armado interno en Colombia, sumado a las esperanzas de paz a partir del acuerdo de paz firmado recientemente entre el gobierno nacional y el grupo insurgente de las FARC obligan a la academia a analizar cuál será la respuesta del derecho penal frente a los delitos cometidos, no solo por los insurgentes sino también por las fuerzas del estado, las cuales son las obligadas a darle cumplimiento del mandato constitucional de preservar el orden público, por lo que seguramente han incurrido en excesos que comprometen el principio de necesidad militar, respuesta que necesariamente exige el estudio de experiencias internacionales que han definido la sanción de conductas violatorias del DIH, entre ellos la jurisprudencia de los tribunales internacionales como el de la antigua Yugoslavia.

En Colombia, a partir de la vigencia de la Constitución Política de 1991 se han venido incorporando con más fuerza normas internacionales que han complementado la legislación interna y afirmado el compromiso que tiene como país en la lucha contra la impunidad, dando paso a la aplicación de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario en el sistema legal y judicial.

Los hechos que a diario se presentan en Colombia desde el surgimiento del conflicto armado que se desprende de la utilización de la población civil para proteger a los objetivos militares y siendo la parte civil tomada como escudo o carne de cañón, nos remontamos a unos de los episodios que marco nuestra historia del conflicto armado que fue la toma del Palacio de Justicia el 6 de noviembre de 1985, donde se vivieron cometieron actos de profundo dolor, se desconoció el DIH, los guerrilleros con la toma del Palacio usaron a los civiles como escudo y también los secuestraron; amenazaron la institucionalidad de Colombia de una manera jamás vista, nuestra Fuerza Pública en busca de la protección de los civiles y exterminar a la adversario

se valió de estrategias y armas que desbordaron el uso de la fuerza y causaron un desastre humanitario del que sus víctimas aún no han podido recuperarse. Después de estos acontecimientos y hasta los recientes episodios conocidos como ejecuciones extrajudiciales, falsos positivos, protestas cuando en su momento la comunidad se ha ido a Paro Nacional en los que han intervenido diferentes factores armados y que se reflejan nítidamente, para el efecto de este trabajo en cada una de las decisiones proferidas por el estado, demuestran la imperiosa necesidad de aplicar las normas del derecho internacional humanitario, no sólo como instrumento represivo sino preventivo de la comisión de este tipo conductas.

Colombia como estado no solo necesita ser parte de los Convenios, esto no es suficiente, sino que es necesario que el Estado adopte mecanismos internos para dar aplicación a estos convenios y de esta manera proporcionen un marco jurídico adecuado para hacer efectivo el valor normativo y moral de las normas humanitarias; hasta el momento podemos concluir que la guerra es un hecho social, político y humano inevitable.

7. DELIMITACIÓN

Para Sabino (1986), en los procesos de investigación hay una fuerte tendencia a desgastarnos en pesquisas teóricas y conceptuales que, si bien pueden dar un contexto amplio del tema en estudio, puede terminar perdiéndonos del rumbo investigativo trazado. Por ello resulta importante la delimitación de la presente investigación en los aspectos espacial, temporal y del universo.

Delimitación Espacial: Esta investigación se circunscribe a las actuales circunstancias del conflicto armado una de las principales causas generadoras de graves violaciones al DIH lo constituye el desconocimiento del principio de la necesidad militar en Colombia.

Delimitación Temporal: A efectos prácticos, esta investigación no contó con una delimitación temporaria para abordar la temática, no obstante, en aras de tomar alguna referencia de tiempo, debe tenerse en cuenta que desde la constituyente de 1991 se han venido incorporando con más fuerza normas internacionales que han complementado la legislación interna y afirmado el compromiso internacional de Colombia en la lucha contra la impunidad del conflicto armado.

Delimitación del Universo: El conflicto armado interno que enfrenta el Estado colombiano contra los grupos criminales de las FARC, del ELN, AUC, responsables entre otros delitos de terrorismo, narcotráfico y secuestro.

8. MARCO REFERENCIAL

8.1 ANTECEDENTES

El conflicto interno en Colombia tiene su origen en la década de los 60, durante el periodo conocido como “La Violencia” que tuvo lugar entre 1946 y 1966, Yaffe (2011). El conflicto que enfrenta el Estado colombiano contra los grupos criminales de las FARC y del ELN, responsables entre otros delitos de terrorismo, narcotráfico y secuestro, ha sido hoy incrementado en términos de violencia por el accionar también delictivo de las denominadas Bandas criminales emergentes (BACRIM).

Las huellas de la guerra han sido muy destructivas y la población civil se encuentra entre los sectores más vulnerables, específicamente niñas y niños, quienes han recibido el daño y las consecuencias según sus edades, experiencias vividas y condiciones del contexto. Tenemos que decir que la guerra en Colombia ha causado la muerte de miles de niños y niñas, algunos en las masacres y otros en los enfrentamientos entre sectores armados. Los niños y niñas han fallecido también por causa de campos minados, por incursiones y ataques en sus pueblos y han sido víctimas de casi todas las modalidades de violencia. Digamos que cerca de 2 millones y medio de menores de edad han sido desplazados; 70.000 han sido víctimas de violencia sexual, desaparición forzada, homicidios, minas antipersonas y reclutamiento forzoso en las filas de la guerrilla y por paramilitares Germán Muñoz (2015).

Estos grupos al margen de la Ley, quienes han iniciado diálogos con el Gobierno Nacional para un posible acuerdo de Paz en medio del conflicto, en el contexto del posacuerdo y frente al surgimiento de grupos insurgentes, se requieren de una contundente respuesta armada por parte del Estado Colombiano mediante el uso de su fuerza, la cual, infortunadamente para nuestros combatientes de las FF. MM.

Las Fuerzas Militares son las encargadas de consolidar la seguridad y defensa de la nación, como uno de los mecanismos estatales para la salvaguardar, garantizar la paz, manteniendo el orden público, defender los derechos de los ciudadanos definidas en el Comando General de las Fuerzas Militares (1996, pp. 21-25), no obstante al estar regulada desde el ámbito constitucional y legal, (Propiamente desde el ámbito de la Jurisdicción Penal Militar) está totalmente desprovista de unas reglas claras de enfrentamiento que le permitan al comandante militar y a la tropa en general, aplicar la autoridad y la fuerza con la absoluta tranquilidad de que su misión no solo está avalada por el derecho interno sino también por reglas que al respecto fija el derecho penal internacional y el derecho internacional de los derechos humanos.

A pesar de que el conflicto interno que viven los Estados no debe trascender las fronteras propias, mientras este afecte los derechos humanos de quien internacionalmente se consideran *no combatiente*, siempre va estar sujeto a la competencia de los tribunales internacionales encargados de la aplicación del DIH y sanción de los crímenes de guerra.

Las acciones bélicas entre el contexto del módulo de eventos del conflicto en el Sistema Integrado de Información Humanitario SIDIH incluye actos de violencia entre grupos insurgentes que luchan contra el Estado o contra el orden social vigente, ajustándose a las leyes o costumbres de la guerra, con el fin de mantener, modificar, sustituir o destruir un modelo de Estado o de sociedad. (CINEP, y Justicia y Paz; 1996, pág. 3). Es por eso que no solo las fuerzas del Estado sino también los grupos insurgentes deben tener presente que su acción bélica no es ilimitada y que el objetivo no es indeterminado, sino que, por el contrario el derecho de la guerra consagra límites que han sido fijados por la jurisprudencia de estos tribunales.

La jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales se basa en gran medida en el derecho internacional consuetudinario y en la evolución del DIH, sea a través de la verificación

de prácticas cumplidas con conciencia de obligatoriedad por los Estados o, mediante un cuidadoso análisis de derecho comparado a fin de determinar los principios de derecho que emergen de los grandes sistemas jurídicos. Si bien el precedente no es vinculante, en razón de no existir en el ámbito internacional un sistema judicial jerarquizado, las decisiones de estos tribunales internacionales son particularmente relevantes en el conocimiento del derecho vigente, contribuyendo por esta misma vía a su evolución.

Por otra parte, comportan un valioso aporte para la codificación de las reglas de derecho que integran este ordenamiento, emprendida por los Estados en la Conferencia de Roma al adoptar el Estatuto de la Corte Penal Internacional, y seguramente habrán de merecer especial consideración cuando la Asamblea de Estados apruebe los elementos de los crímenes que habrán de ayudarla a interpretar y aplicar las normas que los establecen.

A la luz de lo anterior es importante recalcar que la connotación del principio de legalidad y necesidad militar converge. Pues bien, este principio constituye una garantía de derechos en tanto que se establece un sometimiento, desde el análisis de la responsabilidad a la cual se somete toda autoridad pública y con ello, las fuerzas armadas de Colombia.

Por lo tanto, el principio de legalidad, si bien permite en el marco de la constitución de 1991 que se salvaguarden derechos, establece una directriz, un camino frente al actuar en el contexto de lo público y lo privado, junto con la observancia del principio de necesidad militar (DIH) se presenta como coalición de conflictos lo que desde el principio de legalidad se ha de entender que representaría “limitar el alcance de la vigilancia judicial civil sobre las operaciones militares” (Pablo Kalmanovitz, 2018, p. 33).

El principio de legalidad como derrotero que determina la observancia sobre las acciones militares, en el contexto del conflicto armado se atiende, si bien a las actividades realizadas

dentro de un contexto de guerra por el cual se apela a la integración del DIH, no se puede dejar de lado el reconocimiento del Derecho Internacional de los derechos humanos pues, bajo el contexto de un estado garantista, la aplicación del principio de necesidad, en tanto *flexible* debe converger con el principio de legalidad de cara a la garantía de derechos fundamentales.

8.2 ESTADO DEL ARTE

Sobre el principio de legalidad, es menester precisar que en un sistema democrático los ciudadanos tienen derecho a que nadie extraño a ellos mismos (o a sus representantes) sea quien decida cuál es su marco de libertad: en suma, qué conductas son lícitas o ilícitas. De otra parte, toda intervención penal debe producirse garantizando la seguridad jurídica de los ciudadanos. Primero debe haber un hecho delictivo, y que este sea penalmente ilícito y que, de cometerse de manera culpable, dará lugar a una determinada responsabilidad penal.

Para Roxin (2010) para asegurar la aplicabilidad práctica del principio y que este no quede resumido en una mera aspiración de buena voluntad, se estudian cuatro garantías: No hay delito sin una ley previa, escrita y clara. Lo que quiere decir que debe existir con anterioridad al acto una ley taxativa que sancione ese tipo de conductas indecorosas para la sociedad y que esta deba ser sancionada.

González (2009) define que, en lo sustancial, el principio de legalidad no se circunscribe a la ley positiva, sino que se entronca al propio tiempo con la justicia o, como prefiere el autor, con los principios generales del Derecho, interpretación ésta que encuentra apoyo en la concepción de MONTESQUIEU, En dicho prólogo confirma que debe existir una norma en el tiempo para que se pueda aplicar dicho principio.

Según la Corte Constitucional en la Sentencia T-433/02 afirmó, desde un punto de vista objetivo, el principio de legalidad constituye uno de los fundamentos bajo los cuales está organizado constitucionalmente el ejercicio del poder en un Estado social de derecho. Por otra parte, desde el punto de vista subjetivo, el respeto por el principio de legalidad constituye una garantía fundamental del derecho al debido proceso, que vincula a todas las autoridades del

Estado y que se concreta en el respeto de los derechos adquiridos, de los procedimientos, y del derecho de defensa.

En efecto, el principio de legalidad circunscribe el ejercicio del poder público al ordenamiento jurídico que lo rige, de manera que los actos de las autoridades, las decisiones que profieran y las gestiones que realicen, estén en todo momento subordinadas a lo preceptuado y regulado previamente en la Constitución y las leyes. La Corte ha sostenido que este principio puede concretarse en dos aspectos, a saber: que exista una ley previa que prevea la hipótesis o situación de que se trate, y que tal tipificación sea precisa en la determinación y consecuencia de dicha situación o conducta, aspectos que buscan limitar al máximo la facultad discrecional de la administración en ejercicio de sus prerrogativas. El principio de legalidad es constitutivo del debido proceso.

En lo referente al principio de legalidad, como lo presentan Andrés Felipe Roncancio, Mariana Restrepo Marulanda en su estudio titulado *El principio de legalidad en el estado social y democrático de derecho: la caducidad procesal en las acciones de reparación directa derivados del conflicto armado interno* hacen una atención al principio de legalidad desde la óptica del constitucionalismo colombiano, por medio del cual precisan desde los procesos de reparación directa derivada del conflicto armado que, con base en la constitución política de 1991, consideran que “conciernen abordarlo como una limitación al ejercicio del poder” (Roncancio & Restrepo, 2021, p. 26).

No obstante, instan en concluir que, el entendido de la guerra y sus motivos materiales pueden resultar complejos de comprender (Roncancio & Restrepo, 2021), por tal motivo, la complejidad presente al comprender la legalidad en este aspecto se supedita a un reconocimiento de lo constitucional, en tanto se observa como garantía de los derechos fundamentales.

En el texto titulado *APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL EN LA JUSTICIA TRANSICIONAL EN COLOMBIA* realizado por Maria Abaneth Bustamante, presenta la inconformidad sobre el manejo del principio de legalidad desde el ámbito del derecho penal, frente a los acuerdos de paz firmados entre el gobierno de Juan Manuel Santos y las guerrillas de las FARC.

El análisis realizado sobre el principio de legalidad da cuentas de que este este, con base en su referencia a la Corte Constitucional en su sentencia C-710 de 2001, enfatiza que este principio, como propio de un Estado Social de Derecho constituye “, con el principio de división de poderes y con el límite al poder de coerción del Estado, que implica que nadie puede ser privado de su libertad, sino en virtud de la Ley” (Abaneth, 2019, p.8). Y desde lo penal, representa el conjunto de prohibiciones establecidas para la realización de la pena por parte de actores del conflicto armado.

En este contexto del conflicto armado, a la hora de pensar la realización del principio de legalidad, se vincula el reconocimiento de las instancias transicionales de justicia como la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP). A partir de esta, se tiene que sobre el principio de legalidad, según Abaneth (2019), también:

Debe ser el pilar de todo proceso penal, incluyendo el establecimiento de tipos penales claros y sus respectivas sanciones, aclarando que, aunque la normativa penal prohíbe la imprescriptibilidad de la acción penal, esta puede ser compatible con el ordenamiento, a través de los instrumentos internacionales. (p. 20).

Ergo, en el marco del contexto del conflicto armado interno, con base en la vigencia de la ley 1820 de 2016, sobre el desarrollo del principio de legalidad se atendió al punto conflictivo respecto a:

la indeterminación de ciertas conductas calificadas como crímenes de guerra, delitos de lesa humanidad o genocidio; b) las facultades conferidas a la Sala de Amnistía e Indulto de la Jurisdicción Especial para la Paz para evaluar la relación directa o indirecta de una conducta con el conflicto armado interno, y analizar, caso a caso, la procedencia de las amnistías y los indultos (especialmente, el artículo 23 de la Ley); c) la aplicación del principio de favorabilidad penal, frente a los derechos de las víctimas d) otros indican que existe un conjunto concreto de expresiones indeterminadas que atenta contra el principio de legalidad penal, o tipicidad, tales como “graves privaciones de la libertad”, “graves crímenes de guerra”, “otras formas de violencia sexual” o “sustracción de menores”, contenidas en el artículo 23, y 21 concordantes, de la Ley 1820 de 2016. Sin embargo, algunos de estos problemas parten de una perspectiva basada exclusivamente en el derecho penal. (p.20).

Se concluye con base en esto que la atención de la JEP como “un órgano destinado a aplicar reglas especiales, propias de la transición del conflicto a la paz” (Abaneth, 2019, p.21) cumpliendo la finalidad de ejercer legalidad, en tanto que reconoce esta como principio que permite claridad sobre lo prohibido y además, en atención a las normas constitucionales, al DIH, Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el DIP, dar desarrollo a las amnistías y beneficios que como intérprete de la ley penal, de lo cual, el desarrollo del principio de legalidad adquiere una connotación donde por ejemplo, sigue Abaneth (2019):

No determinará su carácter delictivo, sino que evaluará si existe un estándar que, en una interpretación armónica de los órdenes normativos citados, prohíba la concesión de la amnistía. Y, así las cosas, es necesario precisar que el principio de tipicidad debe considerarse más estricto en la imposición de sanciones que en la concesión de beneficios. (p.23).

Siguiendo con el desarrollo del principio de legalidad, en el estudio titulado *La aplicación de justicia restaurativa en Colombia y la no vulneración del principio de legalidad penal* publicado en el año 2021 por Diana Marcela Cruz Orduña y Henry Torres Vásquez, presentan en su estudio el reconocimiento del principio de legalidad desde el ámbito nacional y el ámbito internacional para la atención de los casos recurrentes en el marco del conflicto. Pues bien, reconocen que la legalidad como principio mantiene una connotación estricta desde el derecho interno y una flexible desde el ámbito del derecho internacional (Cruz & Torres, 2021).

Así, desde un entendido estricto del principio de legalidad, este “esta establece especialmente un dique a las decisiones judiciales en materia penal” (Cruz & Torres, 2021, p. 178), y desde el ámbito internacional se asume la idea que busca superar “la idea tradicional de retribución o castigo, por una visión que rescata la importancia que tiene para la sociedad la reconstrucción de las relaciones entre víctima y victimario” (Cruz & Torres, 2021, p. 185) atendiendo a que es deber de los Estados establecer lineamientos que, sin violar el principio de legalidad posibiliten desarrollar sistemas de justicia restaurativa y además alternativa, lo cual es, con base en los autores “un enfoque que introduce una nueva representación de lo que debe ser la justicia penal y cómo resolver el conflicto que se suscita en esta materia tanto entre la víctima y su agresor” (Cruz & Torres, 2021, p. 186).

De acuerdo a todo lo anterior el principio de necesidad militar se puede decir que toda actividad de combate debe justificarse por motivos militares y por lo tanto están prohibidas las acciones que no sean militarmente necesarias.

En este sentido, el principio de la necesidad militar está integrado por los siguientes elementos relacionados con el uso de la fuerza:

- I. Los medios para lograr la victoria no son ilimitados.
- II. El uso de la fuerza puede y debe ser controlado.
- III. La necesidad militar no permite el uso de la fuerza si este va en contra de lo dispuesto por el Derecho Internacional Humanitario.
- IV. El uso de la fuerza de acuerdo con las reglas del Derecho Internacional Humanitario es legítimo si es necesaria para lograr, lo más rápido posible, la completa o parcial sumisión del enemigo.
- V. El uso de la fuerza que no sea necesario será ilegal, si existen asesinatos crueles o destrucción innecesaria.

Se denominan de esta forma a aquellos tribunales establecidos por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para juzgar crímenes cometidos en conflictos específicos, cuyas competencias están restringidas a un periodo de tiempo y lugar determinados.

Para Abrisketa (2006) “Los únicos Tribunales especiales creados en la historia de las naciones unidas, hasta la fecha, son el Tribunal para la Ex Yugoslavia (1993) y el Tribunal para Rwanda (1994). Previamente existieron dos precedentes: los Tribunales Militares de Nuremberg y de Tokio, creados por los países vencedores de la II Guerra Mundial para juzgar a los vencidos.

Estos tribunales fueron establecidos por el Consejo de Seguridad, para llegar a regular todos esos hechos de masacres y otras violaciones que amedrentaban el derecho internacional

humanitario constituían una amenaza a la paz y a la seguridad internacional, en esos países lo cual, en virtud del capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, le da la facultad al Consejo a intervenir en los asuntos internos de un Estado y de esta manera contribuir a frenar las violaciones del Derecho Internacional Humanitario que se venían cometiendo y a restablecer la paz.

Dado que la Carta de Naciones Unidas no prevé expresamente la constitución de tribunales ad hoc, cabe interpretarse que el Consejo de Seguridad se extralimitó en el ejercicio de sus competencias. Sin embargo, lo cierto es que se ha constatado una legitimación de los mismos, por cuanto los Estados han alcanzado un consenso generalizado sobre su admisión.” p1

Con estos Tribunales lo que se busca de manera general es dirimir esos conflictos entre un estado o varios, de esta manera llevar a los países participantes a un acuerdo para así apaciguar la crisis que en su momento estaba y poder llegar a regular más adelante cualquier otra situación que con lleve a extralimitar las actuaciones de los militares en sus funciones.

Según autores como Roberts. (1999, p, 31-70) la creación de los tribunales para la ex Yugoslavia y para Rwanda fue un sustituto a otro tipo de intervenciones políticas o armadas por la comunidad internacional. Ésta, en el marco del Consejo de Seguridad, no había conseguido un acuerdo respecto a la política a seguir en ambas crisis, al tiempo que muchos países eran reacios a poner en peligro la vida de sus soldados con el envío de tropas. Sin embargo, la cobertura de los medios de comunicación sobre las atrocidades cometidas y la preocupación y movilización de la opinión pública urgían a la adopción de medidas.

Por eso estos tribunales buscaban medidas o tratar de abarcar en lo posible de clasificar todas esas conductas reprochables que no eran necesarias y se extralimitaban las funciones de los militares que generaban más guerras innecesarias.

Cala (1998). El establecimiento de un Tribunal Penal Internacional que juzgase los delitos más graves para la humanidad ha sido por una parte el anhelo de la comunidad internacional y de las personas amantes de la paz y por otra de aquellas potencias vencedoras en conflagraciones mundiales que aseguraron mediante el veto, caracterizar el hegemonismo ante el declive de una época colonial y el nacimiento de nuevos estados independientes pero atados mutuos, a su vez por mecanismos intencionales, a sus antiguas metrópolis.

Dichos tribunales han tratado de tipificar algunas conductas y de esta manera tratar de manera positiva hacer partícipe a los estados para que estos le den aplicabilidad, cabe resaltar algunas:

- I. Por medio del poder que tiene cada país participes de estos tribunales han tratado de reprimir o evitar todas esas conductas reprochables que tienen los militares, por ello busca identificar los posibles accionantes y darles un castigo por dicha conducta, de esta manera buscar que este no reincida en ella.
- II. De igual manera la importancia que han tenido estos tribunales desde su momento de creación, ya que han resaltado el avance de la humanidad en busca de hacer respetar el Derecho Internacional Humanitario, y el gran logro de castigar por muchos crímenes monstruosos que han atentado y atentan contra toda la humanidad no quedando estos impunes; De esta manera ha contribuido para que se creara el Estatuto para una corte penal internacional permanente desde 1998.

Cryer. (2010). El derecho penal internacional y los tribunales penales internacionales tienen su referente más cercano en los albores del siglo xx con el fin de la Primera Guerra Mundial, cuando parte de los acuerdos de los potencias vencedoras implicó la conformación de una “Comisión sobre la responsabilidad de los Autores de la Guerra”, conformada por 15 miembros, que trataría de violaciones al Derecho de la Guerra y la Humanidad y la responsabilidad de los poderes centrales

También debemos señalar que una de las deficiencias de estos tribunales es por no tener policía propia, deben solicitar al estado donde se estén cometiendo el delito que este proceda al arresto, pero como se pueden evidenciar en el transcurrir de los tiempos en muchas ocasiones es el mismo estado quien no coopera y la falta de voluntad de estos hace imposible poder perseguir y darle castigos a todos aquellos líderes políticos o militares.

Entendido del principio de necesidad a partir del caso Yugoslavia y el decisiones del Tribunal Penal Internacional

Este tribunal fue creado el 25 de mayo de 1993 por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, con sede en la Haya, por medio de la resolución 827. Este fue creado con el propósito de acabar con toda la impunidad de los delitos que se estaban cometiendo en el territorio de la antigua República Federal Socialista de Yugoslavia, de esta manera poder juzgar a los presuntos responsables de crímenes que violaban el DIH.

(Odio.1996). Dado que el Consejo no había determinado el fin de la jurisdicción del Tribunal en marzo de 1999, los crímenes cometidos en la crisis de Kosovo son de su competencia, lo que ha motivado la acusación cursada por ellos contra Milosevic en mayo de 1999.

El tribunal para la ex Yugoslavia marco una diferencia ya que este entro a regir al día siguiente de su constitución, lo que llevo a hacer algo novedosa por la brevedad en que este fue aceptado. Su objetivo principal es limitar el uso de la violencia, y que se haga distinción en la guerra de los civiles que no hacen parte de las hostilidades y no exceder métodos o armas que no son permitidas ni pueden ser utilizadas para todo tipo de zona o lugar sobre el que se pretende usar.

Los siguientes son los tipos de crímenes que el Tribunal puede perseguir:

- I. Las violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949
- II. La violación de las leyes o usos de la guerra
- III. El genocidio
- IV. Los crímenes contra la humanidad o de lesa humanidad.

El consejo como creador de dicho tribunal en busca de tener una paz duradera durante el tiempo y generar una seguridad internacional, por ello especifico que todas esas conductas que generan violaciones den DIH, como lo eran asesinatos masivos, limpieza en general haciendo énfasis en los grupos étnicos que se convertían una amenaza internacional para los estados.

Abrisketa (2006). “En cuanto al derecho que aplica el tribunal, cabe plantearse si le correspondería aplicar las normas relativas a los conflictos armados internos o a los internacionales. En realidad, en la Antigua Yugoslavia se han librado conflictos de ambos tipos: internos, por ejemplo, entre las tropas de Eslovenia y Croacia contra el ejército yugoslavo antes de que Belgrado reconociera su secesión; e internacionales, de los ejércitos de los nuevos países independizados contra Yugoslavia, o entre sí. Sin embargo, el Consejo de Seguridad afirmó en julio de 1992 que todas las partes de Bosnia Herzegovina debían aplicar el Derecho Internacional Humanitario, y en particular los Convenios de Ginebra de 1949, con lo que, dado que éstos se

aplican en un conflicto entre dos o más partes contratantes, reconoció implícitamente que se trataba de un conflicto internacional. Por tanto, el Tribunal aplica las normas del Derecho Internacional Humanitario. El hecho de que éste constituya además derecho consuetudinario –es decir, costumbre internacional– implica que no se plantea problema alguno por el hecho de que algunos Estados no se hayan adherido a los Convenios.”P1

Con este tribunal, en su resolución de creación identifica todas esas conductas que en tiempo de hostilidades ningún funcionario del estado puede realizar lo que en ella no esté consignado es válido o se puede realizar, para darle valor a lo pactado se debió organizar una estructura para su funcionamiento de la siguiente manera:

- I. Sala de primera instancia: Esta será la que se encargara de evaluar la conducta delictiva, para luego imponer la pena el caso que existiera un delito donde se viole el DIH, podrá imponer penas de privación de la libertad.
- II. Sala de apelaciones: Esta sala tendrá conocimiento de los recursos de apelación que interpongan las personas condenadas por las Salas de Primera Instancia o el Fiscal.
- III. Fiscal: Este puede iniciar una investigación por oficio que esta puede llevarse por voluntad propia o por información suministrada por alguna fuente como los órganos gubernamentales y revisar si es base suficiente para ejercer la acción o se puede comenzar por solicitud de la parte afectada.
- IV. Secretaria que apoya a todas las salas y al fiscal

Abrisketa (2006). “Hay que precisar que el Tribunal no puede juzgar a Estados, sino sólo a personas físicas sospechosas de haber cometido los crímenes en los que es competente, así

como a quienes los hayan ordenado, incitado o contribuido a preparar y ejecutar. En este sentido, los altos funcionarios y autoridades del Estado, incluido el Jefe de Estado, no gozan de estatuto privilegiado alguno que les exonere o atenúe la responsabilidad que hayan podido contraer. La “obediencia debida” de los subordinados no es aceptada como eximente de la pena, aunque puede considerarse como causa atenuante para rebajarla. A su vez, los superiores son responsables de los actos cometidos por sus subordinados si los conocían o estaban en situación de conocerlos y no adoptaron medidas para impedirlos. En cuanto a las penas, podrán ser de privación de libertad teniendo en cuenta la gravedad del delito y las circunstancias personales del condenado. Además, se podrá ordenar la devolución a los propietarios legítimos de los bienes e ingresos adquiridos por medios delictivos.”p2

En la práctica, el funcionamiento del tribunal es lento y se ve lastrado por la falta de medios económicos, la excesiva burocracia y la falta de cooperación por la policía yugoslava. A mediados del año 2000 eran una treintena las personas acusadas, en general con un nivel de responsabilidad inferior.

Régimen jurídico aplicable en la conducción de hostilidades en Colombia.

En Colombia en los últimos 50 años ha existido el conflicto interno contra los grupos al margen de la ley como lo han sido las FARC y el ELN, quienes han cometido innumerables delitos de terrorismo, narcotráfico, secuestro y los desplazamientos forzados que han conducidos estas hostilidades que se han presentado en los alrededores de la población civil, aunque las FARC han iniciado diálogos con el Gobierno Nacional para un acuerdo de paz en medio del conflicto armado, el Estado Colombiano deber usar la fuerza militar para salvaguardar la integridad de la ciudadanía en general como deber que tiene, pero esta fuerza está limitada ya que

ningún funcionario del estado puede ejercer una fuerza mayor a la que está regulada por el ámbito constitucional y legal.

El Comité Internacional de la Cruz Roja preciso:

“Que son un mecanismo básico para que los mandos superiores decidan cuando se debe desplegar una fuerza militar y cuánta fuerza se puede emplear. Determinar el grado y las modalidades de aplicación de la fuerza, así como los límites

Dentro de los cuales puede actuar un jefe. Se pueden trazar reglas de enfrentamiento para restringir acciones concretas o para ampliar los límites de una acción, sin dejar de aplicar el derecho internacional. Las reglas de enfrentamiento son la suma de varios factores, que incluyen el marco jurídico de las operaciones, instrucciones políticas y misión militar”.

Por ende el estado deber velar por que el principio de humanidad prohíbe infligir sufrimiento, lesión o destrucción que no sean a necesarios, ni proporcionados, para llevar a cabo la realización de propósitos militares legítimos, y no solo ello si no es deber del estado proteger a todas las personas civiles a ser objeto de ataques en todo conflicto armado.

Las operaciones u operativos de naturaleza militar que conduzcan las Fuerzas Militares y la Policía Nacional en desarrollo de las hostilidades, en relación con sus ámbitos competenciales, están regidas por las normas que integran el Derecho Internacional aplicable a los Conflictos Armados, las leyes nacionales que las incorporan, los reglamentos y manuales a los que Colombia se ha hecho partícipe.

Colombia ha ratificado varios tratados para darle aplicabilidad como lo son:

- I. Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad
- II. Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra

- III. Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes
- IV. Declaración Universal de los Derechos Humanos
- V. Tratados de derecho internacional de derechos humanos aprobados en el marco del Sistema Universal de Protección
- VI. Tratados de derecho internacional humanitario
- VII. Tratados de derecho penal internacional
- VIII. Tratados del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos

En la aplicabilidad del DIH Colombia en sus normas ha incorporado varios principios para hacer valer en las hostilidades:

Principio específico de humanidad. Las personas civiles que no intervengan directamente en las hostilidades y quienes hayan sido puestas fuera de combate gozan de protección contra ataques directos.

Principio específico de necesidad militar. El desarrollo de las operaciones u operativos de naturaleza militar en el marco de las hostilidades debe obedecer a la búsqueda de una ventaja de orden estratégico, operacional o táctico, en virtud de la cual se legitima el uso de medios o métodos de guerra no prohibidas por el Derecho Internacional aplicable a los Conflictos Armados.

Principio Específico de Distinción. Durante el planeamiento y la ejecución de las operaciones u operativos de naturaleza militar, deberá distinguirse entre los combatientes y los no combatientes, de igual manera se deberá distinguir entre quienes ostentan una función continua de combate o participan directamente en las hostilidades y quienes no lo hacen. Asimismo, se deberá hacer distinción entre los bienes civiles y los que constituyen objetivos militares.

Principio Específico de Limitación. La elección de los medios y métodos de combate no es ilimitada. No se podrán utilizar armas que puedan causar males superfluos, sufrimientos innecesarios o daños extensos, duraderos, y graves al medio ambiente natural.

Principio Específico de Proporcionalidad. Las operaciones u operativos de naturaleza militar no deben causar daños en personas o bienes civiles, que resulten excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista. Supone entonces, una ponderación entre la ventaja militar y los daños incidentales que puedan producirse en personas y bienes que no constituyan objetivo militar a la luz del Derecho Internacional Humanitario.

Principio Específico de no Intervención. No podrán invocarse las normas del DIH, con el objeto de menoscabar la soberanía de un Estado o la responsabilidad que le incumbe al Gobierno de mantener o restablecer la ley y el orden en el Estado o de defender la unidad nacional y la integridad territorial del Estado por todos los medios legítimos, como tampoco para intervenir directa e indirectamente en el conflicto armado o en los asuntos internos o externos del Estado.

9. METODOLOGÍA

9.1 SÍNTESIS DEL ENFOQUE METODOLÓGICO

Se planteó una metodología cualitativa de investigación, consistente en comprender y profundizar en los fenómenos que nos rodean, explorando en ellos desde una perspectiva de contexto. Esto permite obtener experiencias, perspectivas y significados de la realidad investigada (Hernández, 2010).

Para Sandoval (2002) este enfoque cualitativo de investigación permite generar una realidad empírica del conocimiento, lo que requiere del recaudo documental o de experiencia para definir los propósitos del estudio a partir de una investigativa ya preconcebida.

9.2 TIPO DE Investigación

Esta investigación será de carácter Explicativo con la cual se buscará hallar el porqué de los hechos mediante el establecimiento de relaciones causa-efecto. La investigación se desarrolla a partir de un análisis documental, de la dogmática, doctrina y jurisprudencia nacional e internacional, referente al problema de estudio obteniendo información relevante de fuentes bibliográficas y documentales físicos y alojados en los portales electrónicos de diferentes instituciones y organismos que proporcionaran datos a nivel específico sobre el tema de investigación.

9.3 PROCESOS, TÉCNICAS Y ESTRATEGIAS PARA RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN.

Al ser una investigación de corte documental, se aplicó las siguientes técnicas para la ordenación, sistematización y síntesis de datos:

1. Recopilación documental: Se realizará una revisión bibliográfica y documental de las diferentes publicaciones de organizaciones e instituciones sobre el tema con el fin de construir un marco teórico que permita llegar a la resolución del problema.
2. Resúmenes: Se tendrán en cuenta artículos, publicaciones de estamentos tan importantes como la Organización de las Naciones Unidas ONU, el tribunal europeo de derechos humanos, la jurisprudencia planteada por el Tribunal Penal

Internacional para la Antigua Yugoslavia, entre otros, informes de autoridades nacionales, libros y portales web especializados en el tema.

3. Fichas y ficheros: Para clasificar la información acumulada y analizada, permitiendo mejor disponibilidad a la hora de ser plasmada en ideas concretas de investigación.
4. Toma de datos estudio de caso: Los instrumentos son los medios materiales que se emplean para recoger y almacenar la información se basará en unas fichas bibliográficas para identificar las fuentes utilizadas, identificando los datos generales del libro, texto o capítulo leído.

9.4 POBLACION

Para esta investigación se hará un análisis documental sobre un caso existente durante el conflicto armado en Colombia el cual se basa en los acontecimientos que tuvieron lugar el 23 de enero de 1991 en la localidad de Las Palmeras en la Escuela Rural Mixta, ubicada en la vereda Villanueva, municipio de Mocoa, Putumayo.

9.5 MUESTRA

Nuestro análisis documental se basara en los siguientes hechos, estos acontecieron el 23 de enero de 1991 en la localidad de Las Palmeras en la Escuela Rural Mixta, ubicada en la vereda Villanueva, municipio de Mocoa, Putumayo, donde fueron asesinados: Artemio Pantoja Ordóñez, Hernán Javier Cuarán Muchavisoy, Julio Milciades Cerón Gómez, Edebraes Cerón Rojas, William Hamilton Cerón Rojas, y una persona sin identificar a quien los procesos judiciales se han referido como “N.N. Moisés”, quienes se encontraban laborando en la escuela y otros se encontraban alrededor de la escuela.

Estos homicidios se les culpa a los miembros de la Policía Nacional y el Ejército, en referencia a los hechos sucedieron cuando el comandante Departamental de la Policía de Putumayo ordenó a miembros de la Policía Nacional y del Ejército llevar a cabo una operación armada en dicha localidad donde estos efectivamente llegaron. Las fuerzas del Ejército abrieron fuego desde un helicóptero, mientras en tierra los policías detuvieron, finalmente ejecutaron extrajudicialmente a las 7 personas ya mencionadas.

En el proceso investigativo se iniciaron de carácter disciplinario, administrativo y penal de los hechos la policía con el ejército testiguaron que ellos presentaron como un operativo legítimo en contra de grupos guerrilleros que operaban en la zona, en el proceso disciplinario que se llevó a cabo por el Comandante de la Policía Nacional de Putumayo, fallo y absolvió a todos los que participaron en la operación militar. En el proceso administrativo se reconoció expresamente que las víctimas del operativo armado no pertenecían a ningún grupo armado y que el día de los hechos estaban realizando sus tareas habituales, aun así el proceso siguió en investigación sin ningún culpable, Lo que se comprobó que los funcionarios ejecutaron extrajudicialmente a las víctimas cuando se encontraban en estado de indefensión. Los familiares de las víctimas presentaron una denuncia N° 11.237 a la Corte Interamericana, el 6 de julio de 1998 la corte expuso en su demanda los hechos en que funda su reclamación.

Se le solicito respetuosamente a la Honorable Corte que Declare la responsabilidad del Estado de Colombia que ha violado el derecho a la vida, consagrado en el artículo 4 de la Convención, y el artículo 3 común de las Convenciones de Ginebra, en perjuicio de las 7 víctimas y su familiares como también declare que ha violado los artículos 8 y 25 de la convención, como también Concluya y declare que como consecuencia de las violaciones a los derechos a la vida, a

la protección y garantías judiciales, el Estado de Colombia también ha violado su obligación de respetar y garantizar los derechos consagrados en la Convención, conforme al artículo 1.1.

La corte manifestó sobre su competencia:

Colombia es Estado Parte en la Convención Americana desde el 31 de julio de 1973. El 21 de junio de 1985 reconoció la competencia contenciosa de la Corte. Por lo tanto, ésta es competente, en los términos del artículo 62.3 de la Convención, para conocer las excepciones preliminares presentadas por el Estado.

Violación al debido proceso

“25. En su primera excepción preliminar, Colombia sostuvo que la Comisión omitió en la demanda brindar una información completa sobre el estado actual de la causa en la jurisdicción interna, lo cual constituiría una violación del debido proceso. La omisión fundamental en que la Comisión habría incurrido consiste en no haber expresado en la demanda que la causa interna había pasado de la jurisdicción del sistema penal militar a la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación. Colombia estimó que este cambio de jurisdicción es un “hecho nuevo y trascendental”. (...) 27. (...) Esta Corte no alcanza a comprender en qué medida la conducta de la Comisión ha afectado el derecho de debido proceso que corresponde a Colombia y considera que la excepción interpuesta carece de fundamento, razón por la cual la desestima”.

El estado colombiano presento una excepción como falta de competencia de dicha corte el señalo que la Convención Americana restringe la competencia *ratione materiae* a los derechos consagrados por ella y no lo hace extensivo a los consagrados en ninguna otra convención, no le confiere competencia a la Comisión para deducir responsabilidad del Estado con base en ellos, a la corte después de desestimar su ponencia el estado realizó un reconocimiento de

responsabilidad internacional, el cual fue aceptado por la Corte IDH, durante el proceso la corte ratifico:

“Al respecto, el Tribunal ya ha establecido que en un Estado democrático de derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Por ello, sólo se debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar”.

En el proceso la corte resuelve:

“La Corte decide, - Desestimar la primera, cuarta y quinta excepciones preliminares interpuestas por el Estado de Colombia. - Admitir la segunda y tercera tercera excepción preliminar interpuesta por el Estado de Colombia.

La Corte declara, - Que la responsabilidad del Estado por la muerte de los señores Artemio Pantoja Ordóñez, Hernán Javier Cuarán Muchavisoy, Julio Milciades Cerón Gómez, Wilian Hamilton Cerón Rojas y Edebraes Norberto Cerón Rojas, correspondiente a la violación del artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, quedó establecida por las dos sentencias definitivas de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de fechas 14 de diciembre de 1993 y 15 de enero de 1996.

La Corte decide, - Que el Estado es responsable por la muerte de N.N./Moisés o N.N./Moisés Ojeda en violación del artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. - Que no existen pruebas suficientes que permitan afirmar que Hernán Lizcano Jacanamejoy fue ejecutado en combate o extrajudicialmente por agentes del Estado en violación del artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. - Que el Estado violó, en perjuicio de los familiares de Artemio Pantoja Ordóñez, Hernán Javier Cuarán Muchavisoy, Julio Milciades

Cerón Gómez, Wilian Hamilton Cerón Rojas, Edebraes Norverto Cerón Rojas, NN/ Moisés o NN/ Moisés Ojeda y Hernán Lizcano Jacanamejoy, el derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial consagrados en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.”

9.6 CENSO

Luego de la investigación de este caso se puede concluir que esta llevo a la Corte Interamericana para que esta determinara si hubo vulneración o no de derechos de las víctimas de las Palmeras, este fue uno de los caso más sonados en Colombia ya que fueron de los primeros en que se buscaba que el DIH tuviera conocimiento ya que el estado no había concluido y no había hecho una investigación seria sobre quienes eran culpables por dichos asesinatos donde eran participes las fuerza miliares y policiales de Colombia.

Aunque ha sido un precedente importante en el ámbito internacional, a simple luz se puede visualizar que en Colombia existen muchos hechos notables del conflicto armado donde los funcionarios quienes deben velar por la protección del civil, son los mismo que violan los principios de necesidad militar como se vio aquí en dichos hechos ya que extralimitaron sus conductas y acabaron con la vida de civiles si haberlos identificados de manera desproporcionada fueron sus conductas.

Esto pone en evidencia las falencias del estado colombiano la brecha que existe a la problemática de los derechos humanos y que se ve en la necesidad de formular una política en materia de derechos humanos que le evite al país esconderse detrás del populismo y la improvisación.

10. . ASPECTOS ADMINISTRATIVOS

10.1 RECURSOS NECESARIOS

RECURSO	UNIDADES	CANT.	COSTO	COSTOTOTAL
<u>MATERIALES</u>	-		-	<u>\$ 146.000</u>
Papelería	Unidad	500	\$ 13.000	
Tinta	Unidad	1	\$ 47.000	
Comunicación				
(llamadas)	Minutos	330	\$ 66.000	
Fotocopias	Unidad	200	\$ 20.000	
<u>HUMANOS</u>				<u>\$ 15.350.000</u>
Estudiante	h/h	350	\$ 14.000.000*	
Asesor				
Universitario	h/h	40	\$ 1.800.000**	
<u>EQUIPOS</u>	-	-	-	<u>1.650.000</u>
Computador	Unidad	1	1.200.000	
Impresora	Unidad	1	250.000	
Internet	-		200.000	
COSTO TOTAL DE LA INVESTIGACIÓN				\$ 17.146.000

* Calculo estimado sobre la base de la hora del salario actual del maestrante equivalente a \$40.000 h/h

** Cálculo estimado sobre el valor de una hora docencia equivalente a \$45.000 h/h

10.2 CRONOGRAMA DE ACTIVIDADES

ACTIVIDAD	2SEMESTRE	3 SEMESTRE	4 SEMESTRE	5 SEMESTRE
1. Presentación propuesta de investigación	X			
2. Arqueo Bibliográfico		X		
3. Elaboración del Marco teórico		X		
4. Revisión de la dogmática, doctrina y jurisprudencia nacional e internacional			X	
5. Integración de criterios y Redacción del cuerpo del trabajo				X
6. Elaboración de conclusiones finales				X
7. Revisión final de la tesis				X
8. Presentación de la tesis				X

9. Sustentación de la tesis	X
Actividad en ejecución	
Actividad en espera	

11. CONCLUSIONES

Con el estudio de nuestra investigación podemos concluir que el conflicto armado en Colombia lleva más de 50 años y que este ha generado un daño social, económico y político al estado, por ello Colombia ha venido haciendo parte firmado de los convenios que velan por el DIH. Por ello es necesario el conocimiento de esos principios necesarios para identificar y manejar el uso de la fuerza armada en las hostilidades, donde en nuestra investigación profundizamos sobre el principio de necesidad militar, que este nace como mecanismo para tratar de humanizar la guerra en busca de suprimir esas actuaciones que exceden las conductas y se convierten en ilegítimas e innecesarias al momento de neutralizar al enemigo.

El principio de necesidad militar en Colombia es desarrollado en las operaciones militares que se han producido a lo largo de los años por el conflicto armado, con el fin de tener una ventaja sobre el grupo al margen de la ley de esta manera causar menos daños colaterales y pérdidas innecesarias de vida; por ello haciendo parte del DIH se busca evitar ejecutar acciones innecesarias para alcanzar el objetivo militar.

Colombia aunque hace parte de los tratados para la protección de los derecho humano aún falta un camino por recorrer ya que aún tenemos muchos casos de los militares que en sus deberes algunos por desconocimiento, falta de cuidado de identificación tanto del lugar, de los civiles y otros por querer neutralizar el enemigo a toda costa sus actuaciones quebrantan estos principios aunque sus misiones se han un éxito el daño causado es excesivo para cumplir.

El estado Colombiano debe velar como deber que tiene por minimizar esos efectos contrarios a la ley que surgen por querer obtener una ventaja hacia el enemigo, la guerra ha sido inevitable en nuestro estado por lo que debemos concientizarnos que más violencia genera el doble de esta, debemos luchar por mantener un estado de paz y armonía, y hacer cumplir esos

limitantes para humanizar la guerra, generar seguridad y protección de los Derechos humanos.

12. RECOMENDACIONES

El estado Colombiano debe identificar y clasificar de una manera más concreta su objetivo militar, ya que no cualquier situación de orden público justifica el uso de la fuerza, teniendo en cuenta que casi siempre el enemigo se encuentra en el casco urbano, y de esa manera evitar generar daños colaterales en sus intervención, usando la fuerza desmedida y desproporcionada.

La fuerza armada del estado Colombiano se deben conocer todos sobre el DIH, estudiarlo, aplicarlo, debe ser un deber el conocimiento de todas esas conductas limitantes al momento de estar en hostilidades que conductas y armas no deben permitirse para neutralizar el enemigo.

La implementación y creación de leyes en nuestro ordenamiento jurídico en busca de llenar todo ese vacío jurídico sobre esas conductas desmedidas e inhumanas que se ejecutan y no se pueden condenar, ejemplo de ello como todo esos falsos positivos de civiles que han perdido la vida en las hostilidades.

13. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Abrisketa (2006). Tribunales Penales Internacionales ad hoc (para ex Yugoslavia y Ruanda).

Abaneth, 2019, p.8. Aplicación del principio de legalidad penal en la justicia transicional en Colombia.

Bustamante Delgado, M. A. (2019). Aplicación del principio de legalidad penal en la justicia transicional en Colombia (Doctoral dissertation, Universidad Santiago de Cali).

Cala (1998) Un acercamiento al estudio de un Tribunal Penal Internacional.

CINEP, y Justicia y Paz; 1996, pág. 3. <https://www.cinep.org.co/Home2/>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ficha Técnica: Las Palmeras Vs. Colombia.

Cryer, Robert, Hakan Friman, Darryl Robinson y Elizabeth Wilmschurst. An Introduction to International Criminal Law and Procedure. 2a. ed. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 115.

Corte Constitucional Sentencia T-433/02 Expediente T-531597.Magistrado Ponente. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional Sentencia C-388/14. Expediente PE-039.Magistrado Ponente. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Comando General de las Fuerzas Militares. (2009). Manual de Derecho Operacional. Bogotá: Imprenta de las Fuerzas Militares.

Comando General de las Fuerzas Militares. (1996). Manual de Seguridad y defensa nacional. Bogotá: Imprenta de las Fuerzas Militares.

Comité Internacional de la Cruz Roja (2016). Glosario de derecho internacional humanitario (DIH) para profesionales de los medios de comunicación. p 5.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre Terrorismo y Derecho Internacional Humanitario. AG/RES/1906 (XXXII-0/02) de 4 de junio de 2002, p. 37, párrafo 65.

Cruz & Torres, 2021. La aplicación de justicia restaurativa en Colombia y la no vulneración del principio de legalidad penal

Germán Muñoz (2015). Conflicto armado en Colombia y sus consecuencias sobre niños y jóvenes. http://desidades.ufrj.br/es/open_space/662/

González (2009). El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa. <https://www.marcialpons.es/media/pdf/100852366.pdf>

Gutiérrez Pose, Hortensia D.T. La contribución de la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales a la evolución del ámbito material del derecho internacional humanitario - los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y el genocidio – la responsabilidad penal individual. 2001. Disponible en línea: <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdpfn.htm>.

Henckaerts, Jean-Marie. Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario: una contribución a la comprensión y al respeto del derecho de los conflictos armados. Revista Internacional del Cruz Roja. No 857. 2005.

Huesa, R. El Tribunal Internacional para juzgar los crímenes cometidos en la antigua Yugoslavia y la sanción internacional de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gazteiz. Bilbao: Universidad del País Vasco-EHU. 1994.

Melzer, Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario, ob. cit., p.79.

Odio (1996), El Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia-Justicia para la Paz.

Puede ser consultado en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/R06843-4.pdf>

Pablo Kalmanovitz, 2018, p. 33. Entre el deber de protección y la necesidad militar:

oscilaciones del discurso humanitario en Colombia, 1991-2016

<https://revistas.uniandes.edu.co/doi/pdf/10.29263/lar01.2018.02>

Roberts, a. (1999), "El papel de las cuestiones humanitarias en la política internacional en

los años noventa", en Unidad de Estudios Humanitarios, Los desafíos de la acción

humanitaria, Icaria, Barcelona, pp. 31-70.

Roncancio & Restrepo, 2021, p. 26. El principio de legalidad en el estado social y

democrático de derecho: la caducidad procesal en las acciones de reparación directa

derivados del conflicto armado interno.

Roxin, C. (2010). Derecho Penal. Parte General (Tomo 1). Civitas.

Sabino, Carlos. (1986). El Proceso de Investigación. Venezuela, Caracas: Editorial

Panapo, p.53.

Yaffe, L. (2011). Conflicto armado en Colombia: análisis de las causas económicas,

sociales e institucionales de la oposición violenta. Cali: Universidad ICESE