

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

LA RESPONSABILIDAD PENAL DERIVADA
DE LAS INFRACCIONES CONTRA EL DERECHO
INTERNACIONAL HUMANITARIO COMETIDAS POR
SISTEMAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL MARCO
DE LAS OPERACIONES MILITARES*

CRIMINAL RESPONSABILITY FOR VIOLATIONS
OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW COMMITTED
BY ARTIFICIAL INTELLIGENCE SYSTEMS IN THE
CONTEXT OF A MILITARY OPERATION

RESPONSABILIDADE PENAL DERIVADA DE VIOLAÇÕES
DO DIH COMETIDAS POR SISTEMAS DE INTELIGÊNCIA
ARTIFICIAL NO ÂMBITO DE UMA OPERAÇÃO MILITAR

YONNI ALBEIRO BERMÚDEZ BERMÚDEZ**

Recibido: 20 de julio de 2023 - Aceptado: 1 de noviembre de 2023 -

Publicado: 30 de diciembre de 2023

DOI: 10.24142/raju.v18n37a5

* El presente artículo es resultado de la investigación vinculada al proyecto *Inteligencia artificial y derecho militar*, del Grupo de Investigación en Ciencias Militares de la Escuela Militar de Cadetes General José María Córdova (ESMIC).

** Abogado de la Universidad La Gran Colombia. Especialista en Derecho Penal de la Universidad del Rosario. Magíster en Derecho Procesal Penal de la Universidad Militar Nueva Granada y candidato a doctor de la Universidad de Lleida. Profesor de pregrado e investigador de la Facultad de Derecho de la ESMIC. Cvlac: https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0000092106 Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8766-6953> Google scholar: <https://scholar.google.com/citations?user=ixnYiIwAAAAJ&hl=es&oi=ao> Correo electrónico: yonni.bermudez@esmic.edu.co

Resumen

La cuarta revolución industrial ha traído consigo una mezcla vanguardista de sistemas inteligentes que se integran con las personas, y esto ha hecho que se empiecen a considerar nuevos escenarios en los que se les pueda atribuir responsabilidad penal a nuevos sujetos de derecho, que si bien es cierto que no se encontraban contemplados unos años atrás, hoy en día están ocupando posiciones privilegiadas entre los seres humanos. Este nuevo panorama debe ser objeto de análisis, ya que la inteligencia artificial se viene empleando en el desarrollo de las diferentes operaciones militares y esto ha generado un debate sobre a quién se le debe endilgar la responsabilidad penal en caso de que se cometa un crimen de guerra. A la luz de estas nuevas demandas de la sociedad se deben plantear respuestas acordes con nuestro ordenamiento jurídico; por eso resulta necesario acudir a la posición de garante como un puente idóneo para atribuir responsabilidad penal por las acciones o las omisiones que puedan cometerse y que lleguen a tener una repercusión en el mundo exterior, o que puedan generar peligros innecesarios.

Palabras clave: posición de garante, omisión, comisión por omisión, crímenes de guerra e inteligencia artificial.

Abstract

The fourth industrial revolution has provided the avant-garde blend of intelligent systems which are integrated with people, this has led to the beginning of analyzing new scenarios where criminal liability can be attributed to new subjects of law, which were not contemplated a few years ago, nowadays they are occupying privileged positions among human beings. This new scenario must be analyzed since artificial intelligence have been used in the development of different

military operations, which has allowed generating the debate that if case a war crime, who must be attributed criminal liability. Due to these new demands of society, responses must be adopted which are in accordance with our legal system, this is how it is necessary to go to the position of guarantor as an ideal bridge to attribute criminal responsibility for the actions or omissions that may be committed. In addition to having an impact on the outside world or being able to generate unnecessary danger.

Keywords: guarantor position, omission, war crimes, commission by omission and artificial intelligence.

Resumo

A quarta revolução industrial trouxe consigo o mix vanguardista de sistemas inteligentes integrados às pessoas, o que levou ao início da análise de novos cenários onde a responsabilidade criminal pode ser atribuída a novos sujeitos de direito, o que, embora seja verdade, não eram contemplados há alguns anos, hoje ocupam posições privilegiadas entre os seres humanos. Este novo cenário deve ser analisado, uma vez que a inteligência artificial tem sido utilizada no desenvolvimento de diferentes operações militares, o que tem permitido o debate de que no caso de um crime de guerra ser cometido, quem é o responsável? Face a estas novas exigências da sociedade, devem ser adoptadas respostas que estejam de acordo com o nosso ordenamento jurídico, pelo que é necessário recorrer à posição de fiador como ponte ideal para atribuir responsabilidade criminal por acções ou omissões que possam ser cometidas e que possam ter impacto no mundo exterior ou sejam capazes de gerar perigos desnecessários.

Palavras-chave: posição de fiador, omissão, cometimento por omissão, crimes de guerra e inteligência artificial.

INTRODUCCIÓN

A lo largo de los últimos años, más allá de las transformaciones que se han presentado en el ámbito del derecho penal, uno de los asuntos más relevantes ha sido la consolidación del derecho penal en función de nuevos sujetos de reproche penal, entre los que se encuentra la inteligencia artificial (IA). Este cambio ha pasado de ser un debate en la literatura a ser una realidad legislativa y judicial, con sustanciales modificaciones en los códigos penales del mundo, y su implementación por parte de jueces y tribunales. Como parte de la denominada cuarta revolución industrial, la IA ha venido ocupando un papel preponderante en la sociedad, hasta el punto que ha permeado sectores en los cuales solo interactuaban los seres humanos; uno de estos es el ámbito penal, pues ahora existe la posibilidad de que una IA sea un sujeto activo de una conducta punible. Este cambio de paradigma requiere que se analice la forma de autoría y participación de la IA cuando cometa graves infracciones contra el derecho internacional humanitario (DIH) en medio de una operación militar.

Entre las infracciones graves contra el DIH se contemplan las conductas que imponen límites al desarrollo de las hostilidades en medio de un conflicto armado, bien sea de índole internacional o interno; estas conductas, denominadas crímenes de guerra, pueden lesionar de forma radical la dignidad humana tanto de las personas que participan directamente en las hostilidades como de quienes son ajenos a estas. Por eso, los crímenes de guerra se han categorizado como atentados atroces, debido a que pueden afectar las leyes y las costumbres de la guerra, lo que lleva a que se deban proteger determinados bienes jurídicos cuyo desconocimiento acarrea responsabilidad penal.

En el presente artículo, para comenzar, se analiza la posición de garante respecto de la protección de determinadas fuentes de peligro cuando se asume de manera voluntaria, como en el caso del empleo de la IA en medio de las operaciones militares. Posteriormente, se realiza un examen de los crímenes de guerra como graves infracciones contra el DIH, identificando las principales tipologías y los rasgos diferenciadores de los denominados crímenes de guerra. Para finalizar, se analiza la modalidad de la conducta punible aplicable a quien asume la protección de una fuente de peligro como la IA, cuando un sistema de este tipo comete delitos que van en contra de las buenas costumbres al llevar a cabo las hostilidades militares.

Con base en lo expuesto, surge el planteamiento del problema: ¿se debe establecer la responsabilidad penal por el empleo de sistemas de IA en medio de una operación militar en el marco del DIH? En el presente artículo pretendemos demostrar que quien asume el manejo, el control y el direccionamiento de la IA en medio de una operación militar debe responder bajo la figura de la posición de garante cuando ejerza su protección desde una esfera de dominio y esta cometa graves infracciones contra el DIH, como los crímenes de guerra.

ANÁLISIS DE LA POSICIÓN DE GARANTE: LA PROTECCIÓN REAL DE UNA FUENTE DE RIESGO A LA LUZ DEL ORDENAMIENTO PENAL

El concepto jurídico de autor se puede abordar en dos sentidos. En uno de ellos, en el amplio, es todo aquel que causa el resultado típico prohibido por el legislador, es decir, quien con su conducta ha infringido el verbo rector contemplado en la norma penal, en tanto su acción no aparezca como instigación o complicidad (Bacigalupo, 1996, p. 185). El principal objetivo al utilizar este concepto es concluir que se debe catalogar como forma de autoría toda participación en un hecho ajeno, como causación típica de un resultado. Y en un sentido restrictivo, es todo aquel que realiza la acción típica, es decir, que solamente puede ser autor quien ejecuta la conducta prohibida descrita en la norma. Sin embargo, la punibilidad puede llegar a resguardar acciones contributivas de terceros que quedan fuera del alcance del tipo penal, lo que da lugar a la aparición de la figura de la participación, como en el caso de la instigación y la complicidad (García, 2019).

En la academia hay consenso con respecto a la idea de que en la conducta que se comete bajo la modalidad de dolo deben concurrir dos elementos: el cognitivo y el volitivo de la realización de la infracción penal. En cuanto a los delitos comisivos, el dolo solo resulta adecuado para las omisiones bajo ciertas condiciones, es decir, una omisión es dolosa por la inactividad seguida de un hacer posible por parte del autor. De ahí que el dolo típico se pueda demostrar a partir de la voluntad de permanecer inactivo con el conocimiento de todos los elementos del tipo objetivo y con la conciencia de la posibilidad de evitar el resultado, cuya producción está latente y se encuentra en su ámbito de dominio (Wessels *et al.*, 2018).

La doctrina especializada en la materia se refiere al autor de los delitos de comisión por omisión partiendo de que estos se configuran cuando existe una ausencia de intervención en defensa de los bienes jurídicos tutelados de otros, de ahí que se vulnere el principio de solidaridad. En este tipo de omisión el sujeto adquiere “voluntariamente un compromiso de actuar a modo de barrera de contención de riesgos concretos que amenazan a bienes jurídicos específicos” (Silva, 2004, p. 16). Pero, en todo caso, cabe resaltar que la comisión por omisión es una verdadera comisión que se materializa a través de una omisión, esto es, sin causar activamente el resultado objeto de reproche penal.

Aunque en esta situación el sujeto activo no encuadra su conducta en lo que el tipo penal describe; en sentido estricto, se trata no de un sujeto que lleva a cabo una acción descrita en el tipo, sino de un sujeto que lleva a cabo una acción omisiva. Por tal razón, junto a la ausencia de la acción debida es preciso que el autor haya estado en la capacidad de evitar el resultado lesivo, pues de lo contrario no estaría en la obligación de asumir el daño causado; pero no cualquier omisión por sí sola es reprochable penalmente, ya que el legislador ha definido las omisiones de quienes se encuentran en la situación de evitar un resultado no deseado, que se fundamenta en la obligación legal de evitar el resultado prohibido. Esto es lo que la doctrina ha denominado posición de garante (Cuadrado, 2019).

En cuanto a los delitos de omisión impropia, también denominados delitos de comisión por omisión, se debe tener en cuenta su evolución histórica para conocer cómo se ha desarrollado esta institución hasta nuestros días. En un primer momento, Nagler señaló que el sujeto que omite “tiene que responder por que no se produzca el resultado” (Roxin, 2014, p. 844). Es decir, desde el principio lo que se planteaba era que los sujetos están obligados a actuar en aras de evitar un resultado que es potencialmente una amenaza para un bien jurídico tutelado, con la finalidad de asumir la protección de determinada expectativa ante una agresión inminente.

La postura anterior goza de una extendida aprobación. Pero no se puede afirmar lo mismo en relación con la verificación de la punibilidad de la omisión, ya que los presupuestos son abiertos; sin embargo, con el transcurrir del tiempo las posiciones de garante generalmente aceptadas han sido un desarrollo de la ciencia y la jurisprudencia (Roxin, 2014). Uno de los principales dogmáticos que han aportado a la posición de garante es Feuerbach. Desde su perspectiva, la obligación de un ciudadano respecto

de la protección de un bien jurídico presupone siempre una causa jurídica específica, que en este caso es la ley o un contrato, ya que si esta no se encuentra contemplada en alguna de las posibilidades antes mencionadas, el ciudadano no es infractor de la ley penal a título de omisión.

Con la superación del pensamiento naturalista y la adopción de los valores del neokantismo nace la teoría del deber jurídico formal, y a la luz de esta teoría se consideran posiciones de garante las que emanan de la ley, el contrato y el actuar precedente. Fue en el año 1930 cuando se comenzó a hablar de un cuarto presupuesto de posición de garante que no dependía de deberes de protección contemplados en la ley o en el contrato; así, se añadió la estrecha comunidad de vida y de peligro. Pero posteriormente esta corriente fue olvidada y se adoptó una nueva que se remonta a Kaufmann y que distingue entre las posiciones de garante de protección, de vigilancia y de control; esta distinción ha sido denominada teoría de las funciones (Roxin, 2014).

En el primer caso, es decir, desde la posición de garante de protección, las personas están en la obligación de actuar como vigilantes sobre sus protegidos, a saber: hijo(a)s, esposo(a), etc., y también cuando se trata de la protección de valores patrimoniales custodiados. En cambio, en el segundo caso, esto es, la posición de garante de vigilancia o control, se tiene la obligación de vigilar determinadas fuentes de peligro que deben ser custodiadas para que no lleguen a causar daños a terceros. A la luz de esta teoría se reconocen como causales de posición de garante los peligros que se han puesto en marcha con acciones propias previas, y esto es lo que la doctrina ha denominado posición de garante del actuar precedente (Roxin, 2014).

Bajo la teoría de las funciones debe existir una relación funcional entre el autor y la salvaguarda del bien jurídico tutelado, en la que corresponde al sujeto una determinada función de salvaguarda del bien jurídico tutelado afectado o una función personal de control de una fuente de peligro, que requiere la producción de un resultado típico. Esta conducta corresponde a un tipo comisivo que se le puede atribuir al garante por medio de una de las fuentes de posición formal que deben estar previamente establecidas en el principio de legalidad y seguridad jurídica, y el contenido material de los respectivos tipos penales consagrados en la ley (Villa, 2014).

La posición de garante se presenta cuando un sujeto se encuentra en alguna de las siguientes condiciones: 1) tiene la función específica de proteger algún bien jurídico tutelado o 2) adquiere determinada función de control

de una fuente de peligro. Ambas situaciones convierten entonces al autor en “garante” de la salvaguarda del bien jurídico tutelado correspondiente. Esto se presenta siempre y cuando concurren dos elementos esenciales, a saber: 1) la creación o el aumento, en un momento previo, de un peligro que se le pueda atribuir al autor y 2) que tal peligro determine, en el momento de consumación del hecho, una situación de subordinación individual del bien jurídico tutelado respecto de su causante (Mir, 2016, p. 328).

La creación o el aumento de un riesgo que se le pueda imputar al autor no se puede catalogar por sí solo como una conducta típica; por el contrario, permite afirmar que el sujeto omitente no es ajeno al peligro que se ha generado para el bien jurídico tutelado, sino que es responsable de dicha creación o aumento de riesgo y por tal razón estaría obligado a evitar que se convierta en una agresión injusta. Para ello no bastará que haya causado o aumentado el riesgo, ya que además lo deberá haber ocasionado de manera voluntaria o en otras condiciones, como en el desempeño de determinadas funciones laborales, familiares, ambientales, industriales o sociales. El segundo requisito de dependencia personal se presenta cuando el bien jurídico cuyo peligro se ha creado queda en manos del sujeto que omite la salvaguarda de este, esto es, bajo su propio control individual (Mir, 2016).

En oposición a lo que sucede con los delitos de acción, cuando el sujeto pone en práctica un comportamiento que tiene repercusiones en el mundo exterior, en el caso del delito de comisión por omisión, para que se logre atribuir un resultado al sujeto de la omisión no basta con la simple verificación del nexo de causalidad hipotético de la omisión respecto del resultado causado y de la posibilidad de evitarlo en manos del sujeto omisivo. Es preciso, además, que el sujeto se encuentre en la obligación de tratar de impedir la consumación del resultado no deseado, en virtud de determinadas obligaciones cuyo cumplimiento ha asumido de manera voluntaria o que le corresponden debido al ejercicio de su cargo o su profesión (Muñoz y García, 2011).

Un desarrollo ulterior independiente, pero en todo caso basado en una bipartición, fue planteado por Schunemann, quien considera que la posición de garante es el “dominio sobre el fundamento del resultado” (Roxin, 2014, p. 848). A la luz de este pensamiento el dominio reconoce un control sobre el acontecer y parte de la relación de protección del bien jurídico tutelado y de un dominio material sobre la fuente de peligro. El primer caso, por ejemplo, se presenta en la relación que existe entre los padres y sus hijos o el médico

y sus pacientes; el segundo se presenta con los denominados deberes de seguridad del tráfico y otros deberes de control. El punto de partida es siempre el dominio ejercido sobre el objeto o la fuente de peligro (Roxin, 2014).

Con base en lo anterior, se construye la teoría de la posición de garante como elemento transversal que permite llegar a realizar juicios de reproche sobre la omisión de la misma manera que sobre la acción, al punto de atribuirle semejantes consecuencias jurídicas en el contexto del derecho penal. Sin embargo, desde este punto de partida no existe una respuesta unitaria o fuerte. Al contrario, las respuestas son contradictorias, ya que para una parte de la doctrina la condición de garante que recae sobre un sujeto determina automáticamente que se le pueda endilgar el resultado lesivo como autor de este, aunque el hecho haya sido ocasionado por un tercero (de Toledo y Ubieto y Huerta, 1986). Otros consideran que al garante que omite, pero que no está en la capacidad de dominar el hecho, solo se le puede atribuir responsabilidad a título de partícipe omisivo (Rodríguez, 1966).

La posición de garante se fundamenta en la relación entre el garante y el bien que debe custodiar, pues este deber especial distingue al garante del resto de los integrantes de la comunidad jurídica, ya que sobre él recae justamente la protección de un bien jurídico ante la amenaza latente de afectarlo o ponerlo en peligro. Es así como a la luz de la posición de garante el legislador ha puesto en manos de determinados sujetos la evitación de resultados típicos o la protección de determinadas fuentes de peligro que pueden llegar a causar algún daño a bienes jurídicos. Es decir, se confía al garante la incolumidad de determinado valor que debe ser objeto de su protección (Wessels *et al.*, 2018).

Son garantes los sujetos que asumen deberes específicos de protección para evitar que se generen resultados típicos indeseables para los asociados. El deber de impedir un resultado típico solo puede ser un deber legal previamente establecido, pues no basta con un simple deber moral para atribuir responsabilidad penal al sujeto omisivo (Villavicencio, 2006). De ahí que en términos generales la doctrina reconozca como deberes jurídicos que están cobijados por la posición de garante 1) la estrecha vinculación familiar o legal, 2) la asunción voluntaria de la protección de un bien y 3) una estrecha comunidad de peligro situada en el propio ámbito de dominio (Villa, 2014).

En cuanto a la estrecha vinculación familiar o legal, parte de una relación de confianza creada a causa de esta relación entre personas, que contiene una garantía de asistencia y cuidados recíprocos en situaciones

peligrosas socialmente reprochables a la luz del derecho penal; por ejemplo, la comunidad de vida que existe entre una pareja de esposos (vínculo familiar) o una asociación de buceadores de aguas profundas (vínculo legal). En ese sentido, la doctrina ha sido clara al señalar que este vínculo familiar o legal no se puede desprender de una mera comunidad casual de compañeros de copas, consumidores de alguna sustancia estupefaciente, o de inmigrantes ilegales en el momento de cruzar una frontera (Wessels *et al.*, 2018).

Por otra parte, asumir de manera voluntaria la protección de un bien, por ejemplo cuando un médico inicia el tratamiento de un paciente (el bien jurídico de la vida) o cuando se tiene a cargo el cuidado de menores de edad (el bien jurídico de la integridad personal), lo decisivo para la fundamentación de la posición de garante es la asunción fáctica del deber de cuidado del respectivo bien (Wessels *et al.*, 2018). Así entonces, la disposición de intervención por parte de quien asume la garantía o la protección del bien de manera voluntaria se enmarca en la evitación del resultado que amenaza con producirse, fruto de la actividad que desarrolla.

El deber de vigilancia de objetos peligrosos en el propio ámbito de dominio se presenta cuando se llega a tener bajo control diversas fuentes de peligro que el garante está en la obligación de controlar, para evitar que lesionen los bienes jurídicos de terceros (Villa, 2014). Aunque es cierto que existe una regla general, denominada *neminem laedere*, que indica que queda “prohibido crear peligros de los cuales surjan daños corporales para terceros, a menos que se intervenga en el curso de los acontecimientos” (Contreras, 2017). Esta regla se menciona en ocasiones para fundamentar los deberes que tenía el garante de evitación de los resultados no deseados basados en el hacer precedente peligroso.

El cimientto de la anterior posición de garante se basa en la construcción de la injerencia sobre una conducta anterior, personal, libre y voluntaria. En este caso el garante responde penalmente por permitir un resultado lesivo, pues debido a su propia conducta admite que se genere un peligro que termina materializándose en un resultado dañoso para los intereses de un tercero. En atención al vínculo entre el actuar anterior del garante y el deber de evitación del resultado, se puede afirmar que de la posición de garante por injerencia nacen acciones de carácter altamente personal, las cuales no pueden ser objeto de transferencia a terceros, y de ahí que el garante que

asuma la protección voluntaria de una fuente de peligro deba responder por los daños que esta llegue a causar a otros (Contreras, 2017).

Se acepta ampliamente la postura de que todo aquel en cuyo ámbito de dominio propio se encuentren acciones o fuentes de peligro que puedan representar un daño futuro para bienes jurídicos tutelados de terceros tiene el deber de evitar que los riesgos potenciales se consuman y afecten los intereses ajenos (Contreras, 2017). De ahí que la obligación de evitar determinados daños se base en que la comunidad espera que aquel que ejerce un poder sobre determinada fuente de peligro o espacio controle los riesgos que puedan surgir allí. Por su parte, los deberes de vigilancia de fuentes de peligro situadas en el ámbito de dominio personal se conocen también bajo la expresión de “deberes de aseguramiento del tráfico” (Contreras, 2017).

En virtud del deber general de aseguramiento del tráfico, al cual pertenecen todas las funciones de vigilancia que se desprenden del dominio de una fuente de peligro, se hace imposible mencionar aquí individualmente los miles de casos de deberes de aseguramiento o mantenimiento de la seguridad en el tráfico. Sin embargo, vamos a enfocar nuestro análisis en la fuente de peligro que puede recaer en el empleo de sistemas de IA cuando comenten graves infracciones contra el DIH en medio de una operación militar, especialmente a la luz de los crímenes de guerra.

En el caso de Colombia, es viable legalmente que un juez, administrando justicia, pueda aplicar una sanción penal cuando se presenta una vulneración al DIH, pues en el Código Penal se encuentra contemplado un bien jurídico tutelado que protege delitos contra personas y bienes protegidos por el DIH. Entre los artículos 135 y 164 se encuentra previamente establecida una serie de conductas que son consideradas como graves afectaciones al DIH e introducidas en el ordenamiento interno, a saber: homicidio, lesiones, torturas, actos sexuales, esclavitud sexual, utilización de medios y métodos de guerra ilícitos, perfidia, terrorismo, barbarie, discriminación, toma de rehenes, omisión de asistencia humanitaria, destrucción de bienes, represalias, reclutamiento ilícito, exacción y daños al medioambiente.

Estas conductas contrarias al DIH se pueden cometer por acción u omisión. Sin embargo, en Colombia se adoptó la teoría de la posición de garante, en el sentido de que cuando determinada persona tiene el deber jurídico de impedir determinado resultado y se encuentra en la capacidad

de evitarlo debe hacerlo so pena de sufrir reproche penal. Para tal efecto, se requiere que el sujeto tenga a cargo la protección de determinado bien jurídico protegido o de una fuente de riesgo. Esta postura del Código Penal, contemplada en el artículo 24, permite inferir razonablemente que Colombia adoptó la teoría de las funciones de Kaufmann, reseñada anteriormente. A la vez, precisó cuándo se está en presencia de una situación constitutiva de posición de garantía, como cuando determinado agente asume voluntariamente la protección, bien sea de una persona o de una fuente de riesgo, teniendo en cuenta que esta debe encontrarse bajo su esfera de dominio.

CRÍMENES DE GUERRA QUE PUEDEN COMETER LOS SISTEMAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN MEDIO DE UNA OPERACIÓN MILITAR

Los crímenes de guerra son acciones u omisiones que se pueden cometer en medio de un conflicto armado con carácter interno o internacional, y que pueden vulnerar de manera grave el DIH, es decir, que son “una violación de aquellas normas, pero solo debido a su atrocidad, brutalidad y desinterés por la vida humana” (Bariffi, 2009, p. 12). Con base en esta premisa, los crímenes de guerra se han catalogado como “violaciones al honor en el que se basaba ese derecho de portar armas” (Medina y Vásquez, 2011, p. 110). Con la prohibición de los crímenes de guerra se busca restringir el empleo de armas o métodos de guerra que causen sufrimientos inhumanos o innecesarios en contra de la población civil, los náufragos, los heridos y los enfermos.

Este conjunto de normas generalmente aceptadas por la mayoría de los Estados tiene como finalidad restringir los medios y las tácticas de combate empleados en las hostilidades que buscan suavizar las consecuencias de la guerra (Ospitia, 2006). Por otro lado, Pérez afirma que los crímenes de guerra son las “conductas que no solo regulan e imponen límites al desarrollo de las hostilidades, sino que también lesionan de forma radical la dignidad y la esencia misma del ser humano” (2005, p. 108). Por su parte, Liñán plantea que los crímenes de guerra “son comportamientos que vulneran la reglamentación de los conflictos armados” (2016, p. 264). En efecto, su planteamiento favorece el respeto por el principio mínimo de dignidad humana para mitigar los efectos devastadores de la guerra, limitando para

ello la elección de métodos y medios de guerra en función de la protección de las víctimas y de quienes participan en las hostilidades (Pérez, 2005).

En cuanto al crimen de guerra en su contexto legal, es necesario señalar que en los trabajos preparatorios de los Convenios de Ginebra se presentaron dificultades para definir el significado de *crimen* de forma unánime, debido a que las legislaciones nacionales incluían diferentes descripciones del término. En consecuencia, se reconoció el concepto general de *infracciones graves*. Como resultado, los cuatro Convenios no mencionan los crímenes de guerra en *stricto sensu*, sino infracciones graves sobre las cuales hacen pesar una prohibición (Estupiñán, 2011). Sin embargo, en el Estatuto de Roma se adoptó como definición de crimen de guerra las infracciones graves de los Convenios de Ginebra, es decir, cualquiera de los actos en contra de personas o bienes protegidos por los Convenios (Reyes, 2017).

El Estatuto de Roma contiene una amplia y precisa enumeración de los denominados crímenes de guerra, entre los cuales se destacan como rangos diferenciadores de este tipo de crímenes 1) la existencia de un conflicto armado, ya sea de índole internacional o de carácter no internacional (en este último carácter se ubican los conflictos ordinarios, generalizados, globalizados y prolongados), 2) la conexión entre el conflicto armado y el crimen de guerra, 3) el elemento subjetivo del tipo, 4) la gravedad del hecho punible y 5) la persecución universal de las infracciones graves contra el DIH (Martínez, 2014).

El conflicto armado de índole internacional surge cuando un Estado ejerce algún tipo de violencia armada en contra de otro Estado. En cuanto a los conflictos armados no internacionales, el ordinario se presenta en el desarrollo de las guerras civiles dentro de un Estado; el generalizado es aquel que se produce cuando surgen hostilidades entre las fuerzas armadas de un Estado y grupos ilegales armados organizados, en los cuales debe existir un mando responsable y el control operativo sobre una parte del territorio del Estado; el globalizado se presenta cuando participan fuerzas multinacionales de otros Estados u organizaciones internacionales; y el prolongado se presenta cuando las hostilidades entre las autoridades legítimas del Estado y grupos armados organizados o entre tales grupos se prolongan en el tiempo (Martínez, 2014).

La conexión entre el conflicto armado, sea o no de carácter internacional, y el crimen de guerra se da a partir de la relación circunstancial de la

conducta con ocasión del conflicto armado. A tal punto que no es necesario que se ejecute el crimen de guerra en el área donde se llevan a cabo las hostilidades o en sus proximidades, sino que se requiere que haya una relación evidente con las hostilidades o con las partes del territorio controladas por una parte beligerante (Estupiñán, 2011). A la vez, resulta de extrema importancia determinar la relación del crimen de guerra con el conflicto armado, y se ha establecido que los actos no relacionados con el conflicto armado interno o internacional (por ejemplo, un homicidio por razones personales, en el caso de un soldado celoso que mata a su esposa) no pueden ser considerados como crímenes de guerra (Pérez, 2005).

La característica de un crimen de guerra cometido por un civil, un miembro del Estado o un miembro de un grupo armado insurgente es que necesariamente ha sido ejecutado con intención y conocimiento, es decir, se requiere del dolo genérico para que se configure el crimen de guerra, que abarca el conocimiento de la cualificación de la persona o el bien tutelado protegido por las normas del DIH, así como el conocimiento de la existencia de un conflicto armado (Estupiñán, 2011).

Uno de los rasgos característicos del crimen de guerra es la gravedad del hecho punible, es decir, se trata de conductas atroces que se dan en el marco de un conflicto armado y que ponen en extremo peligro o lesionan bienes jurídicos relevantes o expectativas importantes para la comunidad internacional y para el DIH (Martínez, 2014). Dicho esto, para analizar la gravedad de un hecho se debe valorar la posición que tuvo el acusado frente al mismo o el papel que desempeñó dentro de una entidad estatal, una organización o un grupo armado para cometer crímenes sistemáticos a gran escala, y el papel que tuvieron dichas organizaciones o grupos armados en la comisión general de los crímenes. Así mismo, se deben apreciar los siguientes dos rasgos: en primer lugar, la conducta debe ser sistemática, es decir, que se logre evidenciar un patrón de incidentes que tienen repercusiones a gran escala; y en segundo lugar, la gravedad de la conducta en relación con el impacto que esta haya causado en la comunidad internacional (Schabas, 2009).

La persecución de los crímenes de guerra o infracciones graves contra el DIH es de carácter universal, ya que, con fundamento en lo establecido en los Convenios de Ginebra, las partes contratantes adquieren la obligación de buscar a las personas responsables de haber cometido, o mandado a cometer, cualquiera de los comportamientos contemplados en los Convenios

como infracciones graves. A su vez, estos delitos, por su atrocidad y su compleja investigación, llevan consigo un elemento particular de este tipo de crímenes y de lesa humanidad, que es la imprescriptibilidad.

El Estatuto de Roma contiene los rangos diferenciadores de los crímenes de guerra, entre los cuales se destacan los siguientes: 1) el crimen se tiene que cometer como parte de un plan o una política, sin embargo, “la principal razón para fortalecer el requisito de plan o política es articular de mejor manera la relación entre la responsabilidad del Estado y la responsabilidad penal individual” (Schabas, 2009, p. 100), de tal forma que la existencia de un plan o una política no es un elemento legal del crimen (Schabas, 2009); y 2) la comisión de estos comportamientos debe ser a gran escala, es decir, deben ser sistemáticos y capaces de generar un daño significativo a la población civil o a los combatientes dentro de un conflicto armado.

El proceso de codificación de los crímenes internacionales, es decir, las violaciones al DIH, entre las cuales se encuentran los crímenes de guerra, ha atravesado un extenso camino, en el que se han tipificado algunas conductas contrarias al *ius cogens*, y posteriormente ha sido objeto de aplicación de los tribunales penales tanto nacionales como internacionales (Liñán, 2016). De ahí que no exista un único documento que codifique todos los crímenes de guerra; estos pueden encontrarse en los tratados del DIH y el derecho internacional consuetudinario, en este caso los Convenios de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales; en el derecho penal internacional se encuentra el caso de la Convención de La Haya; y entre los estatutos de las cortes internacionales se cuenta con el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI), el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda y el Estatuto del Tribunal Militar de Núremberg.

El Derecho de Ginebra inicia a partir de un movimiento promovido por André Dunant y el general Guillaume-Henri Dufour en 1862, cuya finalidad es que los Estados adopten normas que deben ser respetadas durante las eventuales hostilidades (Villalpando, 2009). Es así como para el año 1880 este movimiento da origen al Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). A mediados del siglo XX se aprueban los cuatro Convenios de Ginebra de 1949; en efecto, el I Convenio de Ginebra protege a los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña; el II Convenio de Ginebra protege a los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar; el III Convenio de Ginebra se aplica a los prisioneros de guerra; y el IV

Convenio de Ginebra protege a las personas civiles, incluso en los territorios ocupados. En cuanto a los protocolos, se cuenta con el Protocolo Adicional I, relacionado con conflictos internacionales, y el Protocolo Adicional II, aplicable en conflictos no internacionales.

La finalidad de los convenios y los protocolos adicionales es brindar protección a las víctimas de los conflictos armados que tengan carácter internacional o interno, y se aplican en tiempos de guerra o conflicto armado entre aquellos Estados que han ratificado sus condiciones, en los cuales se establece un mínimo de reglas de la guerra que busca limitar la barbarie de esta, y cuyo propósito es la protección de las personas que no participan en las hostilidades, a saber: los miembros de organizaciones humanitarias, los civiles y el personal sanitario, y quienes no pueden seguir participando en las hostilidades, como los prisioneros de guerra, los heridos, los enfermos y los náufragos.

Los antecedentes más lejanos del Derecho de La Haya se remontan a las instrucciones para el ejército de los Estados Unidos que elaboró Francis Lieber en el año 1863, a petición del presidente Abraham Lincoln, durante la guerra de Secesión (Villalpando, 2009). El principio inspirador del Derecho de La Haya es que “los medios empleados para debilitar al enemigo en el campo de batalla no deben causar sufrimientos inútiles a los seres humanos y que, por consiguiente, deben imponerse límites a la conducción de las hostilidades de los beligerantes” (Villalpando, 2009, p. 27). Por eso durante las hostilidades se debe distinguir a la población civil y los combatientes, así como los bienes de carácter civil y los objetivos militares.

A diferencia de los cuatro Convenios de Ginebra, el Derecho de La Haya no reúne todas sus disposiciones en un código, sino que estas se encuentran dispersas en diversos tratados internacionales que buscan poner un límite a la guerra y proteger determinados bienes y personas, entre los cuales se encuentran los Convenios de La Haya sobre leyes y costumbres de guerra en tierra y mar (1899 y 1907); la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas y tóxicas (1972); la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas (1993); la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas cegadoras (1995); la Convención de Ottawa sobre la prohibición o la restricción del empleo de minas antipersonal, armas trampa y otros artefactos (1996); la Convención sobre Municio-

nes en Racimo (2008); y la Convención de La Haya para la Protección de los Bienes Culturales (1954).

En los estatutos de las cortes internacionales se destacan los Juicios de Núremberg, pues las naciones aliadas vencedoras al final de la Segunda Guerra Mundial diseñaron un conjunto de procesos jurisdiccionales bajo los cuales se logró determinar y sancionar a los dirigentes, funcionarios y colaboradores del régimen nacionalsocialista. De ahí que el artículo 6 del Estatuto de Núremberg contemple los comportamientos por los cuales serían juzgados los responsables de las atrocidades en contra de la población judía cometidos antes y durante la Segunda Guerra Mundial; en su texto se introdujo una tipificación tripartita, esto es, crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad (Medina y Vásquez, 2011; Villalpando, 2009).

En dicho estatuto se reconocieron como crímenes de guerra las violaciones de las leyes o los usos de la guerra, y se definió un catálogo de conductas, como los atentados contra la vida, los trabajos forzados, la destrucción de ciudades y el pillaje de bienes públicos y privados. Como resultado, el apartado b) del artículo 6 del Estatuto de Núremberg contiene las principales normas de lo que hasta entonces se conocía en el DIH, compuesto por dos grandes corrientes: por un lado, los convenios y los protocolos adicionales promovidos por el CICR, referidos a la limitación de los actos de guerra y la protección de personas ajenas a las hostilidades o víctimas del conflicto, es decir, el Derecho de Ginebra; y por otro lado, las normas que regulaban los medios empleados y los usos de la guerra, es decir, el denominado Derecho de La Haya (Villalpando, 2009).

La creación del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY) por parte del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (CSNU), para juzgar a los presuntos responsables de graves infracciones contra el DIH cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia a partir del año 1991, generó un avance significativo en la regulación de los crímenes de guerra; en efecto, consagró los crímenes de guerra en dos artículos distintos, el 2 y el 3 del Estatuto del TPIY. En el primero establece que tendrá competencia para juzgar la comisión de violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949. Sin embargo, del artículo enunciado se desprende que no se empleó el concepto de *crímenes de guerra*, sino que se utilizó la expresión *violaciones graves de los Convenios de Ginebra*. Aun así, la doctrina ha señalado que

debemos entender que tal concepto contempla los denominados crímenes de guerra *strictu sensu* (Liñán, 2016; Martínez, 2014).

El segundo de los artículos mencionados consagra las violaciones de las leyes o prácticas de la guerra, identificando como tales el empleo de armas tóxicas o de otras armas que pueden llegar a causar sufrimientos innecesarios; la destrucción total o parcial de ciudades o pueblos; los bombardeos indiscriminados; la toma, la destrucción o el daño deliberado de edificios consagrados a la enseñanza, la religión, la beneficencia, los monumentos, la cultura y el patrimonio histórico de un pueblo (Liñán, 2016).

El Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), creado por el CSNU, tendría como competencia adelantar los juicios de responsabilidad de los presuntos responsables de las infracciones graves del DIH cometidas en el territorio de Ruanda entre el 1 de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994. No obstante, en el Estatuto del TPIR no se estableció de manera taxativa ninguna definición de crimen de guerra, aunque en el artículo 4 del Estatuto en mención se consagraron las violaciones del artículo 3, común a los Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional II de los Convenios.

Por su parte, en el Estatuto de Roma (ER) se creó la CPI, a la que se le reconoció el carácter permanente y la vocación universal para juzgar a los individuos presuntamente responsables de haber cometido los crímenes más atroces en contra la humanidad, esto es, el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra.

En el artículo 8 del ER se consagraron de un modo amplio y preciso las conductas constitutivas de los crímenes de guerra, que se podrán cometer en el marco de un conflicto armado y que se dividen en 1) infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949, 2) otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados internacionales, en el marco del derecho internacional, 3) las violaciones graves del artículo 3, común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, y 4) otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional.

Estas disposiciones han sido adoptadas por el legislador en el Código Penal de Colombia, al considerar determinados comportamientos como contrarios al DIH, como se mencionó anteriormente, y de ahí que, a la luz de este panorama de los crímenes de guerra, resulte necesario hacer una revisión de las modalidades de la conducta punible, por las cuales pueden llegar a ser

objeto de reproche penal aquellas personas que asumen la protección de una fuente de peligro, como puede llegar a ser el empleo de la IA en medio de un conflicto armado, si su conducta genera afectaciones graves al DIH.

MODALIDADES DE LA CONDUCTA PUNIBLE BAJO LAS CUALES SE PUEDE LLEGAR A RESPONDER CUANDO SE ASUME UNA FUENTE DE RIESGO

En un primer momento, debemos considerar que los sistemas de IA son una nueva tecnología que posibilita a las máquinas hacer actividades como si las desarrollaran los seres humanos, es decir, están en la capacidad de tomar decisiones y resolver problemas de manera independiente, a una velocidad superior a la de las personas. Por eso se ha llegado a afirmar que la IA está en la capacidad de optimizar la ejecución de actividades asignadas a los seres humanos (Corvalán, 2019). Uno de los recientes campos de acción son las operaciones militares, pues las hostilidades han evolucionado y el empleo de la IA en determinados ataques se ha vuelto más común. Por tal motivo, resulta de interés académico determinar de qué grado de responsabilidad penal puede llegar a ser objeto la IA cuando comete algún delito en contra del DIH.

La responsabilidad penal de los distintos sujetos que pueden intervenir en la comisión de una conducta punible es un asunto que ha generado una latente preocupación en la doctrina nacional e internacional. El punto de partida en común de la doctrina nacional es reconocer que en la comisión de una conducta punible pueden concursar dos grupos: autores y partícipes. En el primer grupo se encuentran contemplados el autor, el autor mediato, los coautores y quienes actúan en representación legal de una persona jurídica. En cuanto al segundo grupo, incluye al determinador y al cómplice. No obstante, el artículo 30 del Código Penal de Colombia contempla como forma de participación en la conducta punible la calidad de interviniente, cuando este carece de las cualidades exigidas en el tipo penal.

Conforme a la legislación penal interna, se debe entender que el autor es aquel que comete la conducta en contravía de las expectativas protegidas por el legislador por sí mismo, es decir, lleva a cabo la conducta típica con sus propias manos, sin compartir el dominio ni utilizar a un tercero. En cuanto a la autoría mediata, se presenta cuando para llevar a cabo la

conducta típica un agente utiliza a otro como instrumento para que este lleve a cabo la conducta reprochable. Es así como en esta clase de autoría participan el autor mediato y el instrumento. Sin embargo, este último debe actuar en una causal de ausencia de responsabilidad penal, ya que, de lo contrario, si tiene conocimiento e intención de participar en la conducta punible, estaríamos frente a una coautoría.

La coautoría se presenta cuando varias personas se ponen de acuerdo para cometer un delito específico. En este caso la doctrina ha señalado que se pueden reconocer dos clases de coautoría, esto es, la impropia y la propia. Para que se pueda endilgar responsabilidad a título de coautoría impropia se deben cumplir los siguientes requisitos, teniendo en cuenta que si no se demuestran todos, no se está en presencia de esta calidad: 1) el acuerdo previo, que se presenta cuando los que desean participar en la conducta punible de manera previa se reúnen para concertar los pormenores de la comisión de la conducta punible; 2) la división de funciones, en la que cada uno de los que intervienen realiza un aporte a la conducta, lo que hace que con cada uno de los aportes se pueda llevar a cabo el objetivo propuesto; 3) el aporte significativo, es decir, no cualquier tipo de aporte a la comisión de la conducta punible acarrea la calidad de coautor, sino solo aquellos aportes que sean fundamentales, pues si no se llevan a cabo, se puede entorpecer la comisión del delito.

La coautoría propia se presenta cuando varias personas desarrollan en un mismo momento el verbo rector o la acción consagrada en la ley como prohibida. En esta clase de coautoría no existe una división del trabajo, ya que cada uno asume como propio el delito y ejecuta la acción o la omisión típica. En cuanto a quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, se presenta cuando se emplea una persona jurídica con la finalidad de que por medio de esta se pueda llegar a cometer alguna conducta en contravía de los intereses de terceros.

Se observa también que en la conducta punible pueden concurrir los partícipes, entre quienes se ubica el determinador, en el sentido transitivo en el que lo describe el artículo 30 del Código Penal: aquel que “determina a otro”; de ahí que implique hacer que alguien tome cierta decisión. Sin embargo, no se trata simplemente de hacer que a otro le nazca la idea criminal, sino de llevarlo o ir con él a concretar esa idea. Esa firme intención de hacer algo con carácter delictivo, como lo sostiene la doctrina jurisprudencial,

puede lograrse mediante distintos tipos de relación intersubjetiva: el mandato, la asociación, el consejo, la orden no vinculante o la coacción superable.

Otro de los partícipes en la conducta punible es el cómplice; no obstante, este puede participar en dos momentos en la conducta penalmente reprochable. En un primer momento puede contribuir a la comisión de una conducta punible; sin embargo, este aporte no debe ser fundamental, ya que, si lo es, puede llegar a convertirse en un coautor, como se mencionó líneas atrás. Es así como el aporte del cómplice no es fundamental ni está en la capacidad de afectar la consumación de la conducta típica. En un segundo momento se puede presentar la figura de la complicidad si un sujeto presta una ayuda posterior a la comisión de la conducta punible; así, lo que hace este sujeto es participar en un momento posterior a la consumación del resultado típico.

Se reprocha penalmente también al interviniente, y esta categoría se presenta cuando no se tienen las calidades exigidas en el tipo penal, es decir, entre los tipos penales de sujeto activo cualificado es posible considerar a alguien que llegue a participar en la comisión de la conducta punible; sin embargo, este carece de la condición o la calidad que señala el tipo penal. En este momento se considera que aquel que carece de esa condición y que ha participado de manera activa en la comisión del delito debe responder por sus actos. De ahí que, en aras de sanear el vacío legal, se estableciera la calidad de interviniente dentro del proceso penal, con el propósito de que también pueda ser sujeto de reproche, como el que tiene la calidad exigida en el tipo. No obstante, a su forma de responder por el delito se le aplicará un tratamiento diferenciado, ya que la pena que se impondrá se reducirá en una cuarta parte por carecer de la calidad.

En cuanto a la conducta punible, hay un consenso en la dogmática penal al afirmar que existen tres modalidades, a saber: dolo, culpa y preterintención. La conducta es dolosa cuando se logran evidenciar dos elementos: el volitivo y el cognitivo. El primero hace referencia a la voluntad del sujeto de infringir la norma penal, es decir, la intención de cometer la conducta punible. El segundo elemento se presenta cuando el sujeto tiene el conocimiento de que su conducta está prohibida en la ley, es decir, que es objeto de reproche por parte del legislador, toda vez que se considera contraria al buen vivir en sociedad.

El dolo se puede dividir en tres clases: dolo directo, dolo indirecto y dolo eventual. El dolo directo se presenta cuando el sujeto tiene un objetivo

específico y lo cumple sin que se vea afectado un tercero. En cambio, el dolo indirecto se presenta cuando el sujeto es consciente de que el despliegue de su conducta tendrá consecuencias necesarias no deseadas, y por tal razón, a pesar de que tiene un objetivo definido, asume que al cumplirlo va a afectar a terceros. En cuanto al dolo eventual, se presenta cuando el resultado se deja al azar, lo que quiere decir que en el momento de llevar a cabo su conducta el sujeto es consciente de que esta puede generar un peligro o un daño, y aunque no tiene un objetivo específico, decide ponerla en práctica.

Se entiende que la conducta se enmarca en la modalidad de culpa cuando es producto de la infracción del deber objetivo de cuidado, y se materializa como una conducta imprudente, negligente o impericia. La primera se presenta cuando el sujeto que infringe la norma penal actúa sin precaución, sin cálculo. En cambio, la negligencia se presenta cuando el sujeto obra sin el debido cuidado que el arte, la profesión y la actividad demandan. A su vez, la impericia es la falta o la insuficiencia de conocimiento. Por eso el legislador reconoce dos clases de culpa: la culpa con representación y la culpa sin representación. La primera se presenta cuando el agente, habiéndose imaginado el peligro, confía en que podrá maniobrarlo y evitarlo; en cambio, la segunda se manifiesta cuando el agente no se imaginaba que lo sucedido iba a ocurrir, a pesar de que una persona del común estaría en la capacidad de imaginarse el daño.

El delito se puede enmarcar en la modalidad de preterintencional cuando el resultado excede la intención del agente, es decir, cuando este supera las expectativas o el plan que tenía establecido el sujeto activo. Para que se pueda endilgar esta modalidad se han definido unos requisitos de obligatorio cumplimiento: 1) el propósito del agente, 2) el exceso de resultado, 3) un nexo causal y 4) el deber de que el delito esté legalmente establecido. Ante la ausencia de uno de los anteriores requisitos no se puede atribuir la modalidad de preterintencional, pues esto sería una vulneración latente al principio de legalidad y seguridad jurídica.

El propósito del agente hace alusión a la conducta que deseaba desplegar el sujeto activo, y es por eso por lo que se debe partir del hecho que este pretendía cometer en un primer momento. Sin embargo, se presenta un exceso de resultado, lo que quiere decir que el propósito del agente excede su intención y se configura otro resultado lesivo más gravoso. En cuanto al nexo causal, radica en que sobre la persona a la que se quiere afectar con el

propósito del sujeto activo se cometa el resultado en exceso. Y la referencia a que el delito está legalmente establecido significa que el legislador, en su libre discrecionalidad, ha determinado que el delito se puede cometer en esta modalidad.

Ahora bien, como se señaló en líneas precedentes, es necesario analizar en qué modalidad de la conducta punible se puede llegar a responder penalmente cuando se asume de manera voluntaria la protección de una fuente de peligro, que en el caso objeto de estudio es la IA que se emplea en medio de una operación militar, cuando llega a cometer algún crimen de guerra. Se debe partir del hecho de que la IA no será objeto de responsabilidad penal de manera directa, pues de acuerdo con nuestro ordenamiento penal vigente esto no es posible; sin embargo, cuando se encuentra bajo la esfera de dominio de un ser humano, este puede llegar a responder penalmente por los daños y peligros que genere la IA, a la luz de la posición de garante en su causal de asunción de manera voluntaria de una fuente de peligro.

Cuando una de las partes en combate emplea la IA en el desarrollo de una operación militar en medio de un conflicto armado internacional (CAI) o un conflicto armado no internacional (CANI) asume de manera voluntaria que es viable que se le endilgue responsabilidad penal por los excesos que puedan llegar a cometerse en el desarrollo de las hostilidades y que terminen configurando delitos en contra del DIH o crímenes de guerra, pues al estar bajo el control de una fuente de peligro, como puede llegar a ser la IA, el encargado de la custodia o garante del sistema de IA responde por los delitos que este cometa, como si los hubiese ejecutado él mismo con sus propias manos.

Dicha responsabilidad penal se podrá endilgar a la persona encargada de controlar la fuente de peligro, bajo la modalidad de dolo, pues los crímenes de guerra tienen como finalidad restringir los medios y las tácticas de combate empleados en las hostilidades que buscan suavizar las consecuencias de la guerra; de ahí que la consumación de un crimen en contra de este postulado solo se pueda cometer con intención y voluntad, es decir, con dolo, o en su defecto, por una omisión de cuidado, o sea con culpa. Esto no puede ocurrir con la modalidad de preterintención o culpa, ya que debe estar legalmente establecido que el delito o el crimen pueden consumarse bajo esta modalidad, de lo contrario sería una vulneración al principio de legalidad.

Por otra parte, a quien está bajo el control de la fuente de peligro se le puede atribuir la calidad de autor, ya que, según la teoría de la posición de garante, responde por los delitos que se hubiesen consumado como si él mismo los hubiese llevado a cabo. A la vez, se puede atribuir responsabilidad cuando los hechos se cometan por acción u omisión de parte del titular de la fuente de peligro.

La legislación aplicable dependerá del contexto en el que se desarrolle la operación militar, pues si se comete en medio de un CANI, los convenios y protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra disponen que los Estados deben adoptar medidas legislativas penales para sancionar a los causantes de infracciones graves aplicando el derecho penal en los actos cometidos en su territorio o por sus habitantes. En el caso de Colombia, la legislación aplicable será el Código Penal, que en su articulado comprende como delitos las graves violaciones al DIH. Es decir, en caso de que se ejecute una operación militar de carácter interno, la que deberá regular y sancionar las conductas contrarias a los correctos trasegares de las hostilidades militares será la legislación interna del país.

Cuando la operación militar se lleva a cabo en el contexto de un CAI, el DIH, por medio de su principio de jurisdicción universal, va más allá e impone a los Estados el compromiso de ubicar y sancionar a todas las personas que hayan participado o cometido delitos en contra del DIH, sin tener en cuenta la nacionalidad o el lugar en donde se perpetraron los crímenes. A su vez, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas designó a la CPI como un tribunal competente para juzgar las graves violaciones al DIH que constituyen crímenes de guerra.

CONCLUSIONES

A lo largo de los últimos años, las transformaciones que ha sufrido el derecho penal son un reflejo de la constante evolución del ser humano, pues a medida que este avanza o descubre nuevos escenarios de interacción, el derecho penal debe regular ciertos comportamientos que considera repudiables y que deben ser objeto de sanción. Este es el caso de la denominada cuarta revolución industrial, pues así como logró el desarrollo de ciertos sectores y avances hacia un proceso de modernización en otros, también trajo nuevos vacíos jurídicos a los cuales le debe hacer frente nuestra legislación, con la finalidad de mantener la calma en la sociedad. Un claro ejemplo de

este desarrollo fue el empleo de la IA en diferentes sectores tecnológicos, industriales, empresariales, productivos y de defensa.

En el ámbito del derecho penal, uno de los asuntos más relevantes ha sido la posibilidad de endilgar responsabilidad a nuevos sujetos de reproche, entre los que se encuentra la IA. Sin embargo, se debe partir de una interpretación armónica de las figuras de nuestro ordenamiento jurídico vigente para satisfacer las demandas de la sociedad ante posibles nuevas modalidades de comisión de actos injustos. De ahí que se tome como punto de partida la posición de garante en su causal de asumir de manera voluntaria la protección de una fuente de peligro, para poder endilgar responsabilidad penal a la persona que tiene bajo su protección la fuente real de peligro, ya que de manera directa no se le puede atribuir responsabilidad penal a la IA. El debate sobre si los sistemas de IA pueden llegar a ser titulares de derechos y de deberes se mantiene vigente y hoy se encuentra más vivo que nunca.

Partiendo de la postura anterior, resulta pertinente atribuir responsabilidad al titular de la protección de la fuente de peligro bajo la modalidad de acción u omisión, pues este, al permitir que se genere un resultado lesivo para el titular de un bien jurídico tutelado por parte de la IA en una operación militar, debe entrar a responder penalmente como si él lo hubiese ejecutado con sus propias manos. Esto significa que por la comisión de esa conducta punible se le puede atribuir la calidad de autor en sus diferentes modalidades. Además, la modalidad bajo la cual puede ser objeto de reproche es el dolo, ya que la culpa y la preterintención deben estar legalmente establecidas so pena de vulnerar el principio de seguridad jurídica y legalidad.

La jurisdicción aplicable dependerá del contexto en el que se lleve a cabo la operación militar, pues si se trata de un CANI, la legislación aplicable será la interna, que para el caso de Colombia será la Ley 599 de 2000, es decir, el Código Penal. En cambio, si se trata de un CAI, la competencia será universal; sin embargo, se le otorga competencia a la CPI, como un tribunal capacitado para juzgar las graves violaciones al DIH que constituyen crímenes de guerra.

REFERENCIAS

- Bacigalupo, E. (1996). *Manual de derecho penal*. Temis.
- Bariffi, F. J. (2009). Jurisdicción universal sobre crímenes de guerra: Evolución histórica y su codificación en el Derecho de Ginebra. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, (17), 2-44. file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-JurisdiccionUniversalSobreCrimenesDeGuerraEvolucio-3033192%20(1).pdf.
- Contreras, L. (2017). La posición de garante del fabricante en el derecho penal alemán. *Política Criminal*, 12(23), 1-55. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992017000100001>.
- Corvalán, J. G. (2019). El impacto de la inteligencia artificial en el trabajo. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, 10(1), 35-51. 10.7213/rev.dir.econ.soc.v10i1.25870.
- Cuadrado, M. Á. (2019). La posición de garante. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (6), 11-68. <https://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24760>.
- de Toledo y Ubieta, E. O. y Huerta, T. S. (1986). *Derecho penal. Parte general: teoría jurídica del delito*. Rafael Castellanos.
- Estupiñán, R. (2011). *Los crímenes de guerra en Colombia. Estudio desde el derecho internacional y desde el derecho colombiano*. [Tesis de doctorado]. Universidad de Valencia, España. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=95334>.
- García, P. (2019). *Derecho penal. Parte general*. Ideas Solución Editorial.
- Liñán, A. (2016). Crímenes de guerra. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, (11), 264-272. <http://dx.doi.org/10.20318/eunomia.2016.3292>.
- Martínez, A. (2014). *El principio de justicia universal y los crímenes de guerra* [Tesis de doctorado]. Universidad Nacional de Educación a Distancia, España.
- Medina, M. E. y Vásquez, C. A. (2011). Los crímenes de lesa humanidad y su juzgamiento. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas*, 9(8), 107-124. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5157838>.
- Mir, S. (Ed.). (2016). *Derecho penal. Parte general*. Reppertor.
- Muñoz, F. y García, M. (2011). *Derecho penal. Parte general*. Tirant to Blanch.

Ospitia, O. (2006). Crímenes de guerra y conflicto armado interno. *Derecho Penal y Criminología*, 27(81), 119-134. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/987/937>.

Pérez, A. I. (2005). Crímenes de guerra. Especial referencia al caso Couso. *Revista Penal*, (15), 105-136. <https://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/12499/Cr%C3%ADmenes.pdf?sequence=2>.

Reyes, V. (2017). Los niños y las niñas en la guerra: Respuestas desde el derecho internacional frente a los crímenes de reclutamiento de niñas y niños soldados y violencia sexual. *Ius et Veritas*, (55), 42-62. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/19756/19818>.

Rodríguez, G. (1966). *La omisión de socorro en el Código Penal*. Tecnos.

Roxin, C. (2014). *Derecho penal. Parte general. Tomo II: Especiales formas de aparición del delito*. Civitas, Thomson Reuters.

Schabas, W. (2009). La política de Estado como elemento de los crímenes internacionales. *Derecho PUCP*, (63), 173-202.

Silva, J. M. (2004). *Estudio sobre los delitos de omisión*. Editora Jurídica Grijley.

Villa, J. (2014). *Derecho penal. Parte general*. ARA Editores.

Villalpando, W. (2009). El nuevo derecho internacional penal. Los crímenes internacionales. *Invenio*, 12(23), 15-35.

Villavicencio, F. (2006). *Derecho penal. Parte general*. Editora Jurídica Grijley.

Wessels, J., Beulke, W. y Satzger, H. (2018). *Derecho penal. Parte general. El delito y su estructura*. Instituto Pacífico.

