



## **Derecho internacional humanitario**

*Conceptos básicos*

*Infracciones en el conflicto armado  
colombiano*

Qué hace la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

Trabaja sobre la base de un acuerdo celebrado entre el Gobierno colombiano y la ONU el 29 de noviembre de 1996. Se ha establecido en el país para:

- Observar la situación de los derechos humanos en todo el país, y el cumplimiento del derecho internacional humanitario por las partes en el conflicto armado interno colombiano.
- Asesorar a las autoridades e instituciones colombianas en el desarrollo de políticas y programas para la promoción y protección de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.
- Prestar asesoramiento en materia de derechos humanos a la sociedad civil, incluyendo organizaciones no gubernamentales y personas particulares.
- Informar sobre lo observado al Alto Comisionado, para que éste presente ante el Consejo de Derechos Humanos de la ONU informes analíticos sobre Colombia.

Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

Bogotá, D.C., Colombia  
Calle 113 No. 7-45, Torre B,  
Oficina 1101 - Tel 658 33 00  
[www.hchr.org.co](http://www.hchr.org.co)

# Derecho internacional humanitario

*Conceptos básicos*

*Infracciones en el conflicto armado  
colombiano*



Oficina en Colombia del  
Alto Comisionado de las  
Naciones Unidas para  
los Derechos Humanos



Union Europea

Oficina en Colombia del Alto Comisionado  
de las Naciones Unidas para los derechos Humanos

Primera edición, Bogotá, septiembre de 2007

ISBN 958

Representante en Colombia de la Alta Comisionada de las  
Naciones Unidas para los Derechos Humanos  
Juan Pablo Corlazzoli

**Autor**

Alejandro Valencia Villa

**Editor general**

Alejandro Valencia Villa

**Edición**

María José Diazgranados M.

**Carátula**

Foto: Julián Alberto Lineros, Selva de Urabá, Chocó, 2002.

El bloque Élmer Cárdenas de los paramilitares, pertenecientes a las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), recluta y entrena niños, niñas y jóvenes en las selvas del Urabá chocoano.

Foto del libro *Colombia imágenes y realidades*, impreso por la  
Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los  
Derechos Humanos, Fundación Dos Mundos, Bogotá, 2005, p. 56.

**Diseño y diagramación**

Gloria Diazgranados M.

**Impresión**

Nueva Legislación

Las opiniones expresadas en este libro son de exclusiva responsabilidad del autor y no corresponden necesariamente a las de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

# Contenido

Agradecimientos del autor	9
Presentación	II
CAPÍTULO I	
<b>Conceptos básicos</b>	13
1. El <i>ius ad bellum</i> o el derecho a la guerra	22
2. El <i>ius in bellum</i> o el derecho internacional humanitario	29
<i>a) El derecho convencional: el derecho de La Haya</i>	
<i>y el derecho de Ginebra</i>	29
<i>b) El derecho consuetudinario</i>	64
3. La Noción de conflicto armado	81
4. La distinción entre conflictos armados internacionales o no internacionales	92
5. El respeto del derecho humanitario	103
6. El derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos	110
7. Los principios del derecho humanitario	118
<i>a) Distinción</i>	119
<i>b) Limitación</i>	151
<i>c) Proporcionalidad</i>	169
<i>d) Inmunidad de la población civil</i>	178

6 / DIH. Conceptos básicos. Infracciones en el conflicto armado colombiano

8. El artículo 3 común de los Convenios de Ginebra	183
<i>a) Ámbito de aplicación material</i>	184
<i>b) Ámbito de aplicación personal</i>	188
<i>c) El núcleo básico de derechos</i>	189
<i>d) Posibilidades, ampliaciones y aclaraciones sobre su aplicación</i>	191
9. El Protocolo II de 1977	194
<i>a) El trato humano a quienes no participen de manera directa en las hostilidades</i>	195
<i>b) La asistencia humanitaria</i>	203
<i>c) La protección de la población civil</i>	214
<i>d) La aplicabilidad en Colombia del Protocolo II de 1977</i>	216
10. El derecho humanitario en la Constitución Política de Colombia	228

CAPÍTULO II

**Las infracciones** 241

1. Las infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 y del Protocolo I de 1977	243
2. Las infracciones y violaciones de los estatutos de los tribunales penales internacionales	252
3. Los crímenes de guerra del Estatuto de la Corte Penal Internacional	262
4. Los delitos contra las personas y los bienes protegidos por el derecho internacional humanitario en el Código Penal	277
5. Los delitos en Código Penal Militar	322

6. Las graves violaciones al derecho internacional humanitario en el Código Disciplinario Único	328
7. Comparación entre los crímenes de guerra del Estatuto de la Corte Penal Internacional, las infracciones graves de los instrumentos de derecho internacional humanitario y los delitos del Código Penal	331
8. Análisis de algunas infracciones	342
<i>a) Los homicidios</i>	342
<i>b) No dar cuartel</i>	345
<i>c) La tortura</i>	347
<i>d) La violación sexual y otros actos de violencia sexual</i>	355
<i>e) Los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes</i>	371
<i>f) Herir a persona protegida</i>	375
<i>g) La toma de rehenes</i>	376
<i>h) La esclavitud y la trata de personas</i>	387
<i>i) Los actos de discriminación racial</i>	389
<i>j) Los castigos colectivos y las represalias</i>	391
<i>k) Los actos de terrorismo</i>	393
<i>l) El pillaje, el saqueo, la confiscación y el despojo de bienes</i>	413
<i>m) La exacción o las contribuciones arbitrarias</i>	416
<i>n) Las condenas dictadas sin garantías judiciales</i>	418
<i>ñ) El reclutamiento de menores</i>	423
<i>o) Los desplazamientos forzados de la población civil</i>	427
<i>p) La desprotección de los heridos y enfermos</i>	432
<i>q) Atacar al personal sanitario y religioso</i>	435
<i>r) Atacar las unidades y los medios de transporte sanitarios</i>	436
<i>rr) La omisión de medidas de protección a la población civil y de asistencia humanitaria</i>	439
<i>s) La utilización de medios y métodos de guerra ilícitos</i>	445
<i>t) La perfidia</i>	449
<i>u) El uso indebido del signo distintivo</i>	454
<i>v) Forzar a servir en la parte enemiga</i>	457

**8 / Derecho internacional humanitario**

<i>w) Atacar bienes indispensables para la supervivencia de la población civil</i>	459
<i>x) Atacar obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas</i>	462
<i>y) Atacar bienes culturales y lugares de culto</i>	468
<i>z) Causar daños al medioambiente</i>	473
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	481

## *Agradecimientos del autor*

Este texto es fruto de mis inquietudes y de las lecturas que sobre derecho humanitario vengo realizando desde 1989. Los espacios laborales en que he trabajado desde esa fecha, y sobre todo los colegas que me han acompañado, han sido tanto un estímulo como un patrocinio para esta labor. El Centro de Estudios Internacionales de la Universidad de los Andes (1989-1991), la Comisión Colombiana de Juristas Seccional Colombiana (1989-1992, hoy Comisión Colombiana de Juristas), el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (1992-2000), la Defensoría del Pueblo de Colombia (1993-1996), el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (Cejil) en Washington (1996-1997), la Comisión de Esclarecimiento Histórico de Guatemala (1997-1998), el Centro de Investigación y Educación Popular (Cinep) (1999-2000), la Comisión de Verdad y Reconciliación del Perú (2001-2003), la Academia de Derechos Humanos y Derecho Humanitario del Washington College of Law de American University (desde el 2002), y la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (desde el 2000) han sido esas entidades en las que de manera particular he realizado mis búsquedas en el derecho humanitario.

La investigación se debe al apoyo financiero de la Fundación Ford que me donó una suma de dinero que permitió contar con una asistente de investigación, a los auspicios de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas que me facilitó el tiempo para culminar esta labor, y a la Unión Europea que auspicia la presente publicación. Quiero agradecer de manera particular a Martín Abregú, de la Fundación Ford, por su respaldo financiero, y a Johanna Calvo por su paciente y diligente asistencia en la investigación. Como siempre, reconozco la compañía y solidaridad de mi hermano Hernando y de mi esposa Heidi. Esta publicación es posible gracias a todos ellos.

*Alejandro Valencia Villa*

## *Presentación*

Esta obra es publicada por la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en desarrollo del proyecto “Fortalecimiento de la Fiscalía General de la Nación”, cofinanciado por la Delegación de la Comisión Europea.

En su último informe sobre Colombia, presentado ante el Consejo de Derechos Humanos en abril de 2007, la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, señora Louise Arbour, señaló que el conflicto armado interno sigue siendo “uno de los principales factores que afectan la vida de los colombianos, perturban la institucionalidad democrática de Colombia, y dificultan el desarrollo socioeconómico del país”. También señaló que ese conflicto es “una de las causas más importantes de las violaciones de los derechos humanos y de las infracciones del derecho internacional humanitario”.

Estas observaciones de la Alta Comisionada reiteran la necesidad de que la normativa humanitaria alcance un cumplimiento pleno por todos los que participan directamente en el conflicto armado sin carácter internacional que desde hace varios años se libra en Colombia.

El presente volumen se divide en dos capítulos. El primero recoge los conceptos básicos del derecho humanitario. El segundo trata de las infracciones de ese ordenamiento en el campo del derecho internacional y de la legislación colombiana. Al final del libro se entrega una amplia y completa bibliografía sobre la materia.

El libro busca contribuir a la difusión del conocimiento de los principios y las normas del derecho internacional humanitario entre los servidores de la Fiscalía General de la Nación, con el fin de que en el ejercicio cotidiano de sus funciones ellos logren dar una aplicación óptima a los instrumentos adoptados por la comunidad de los pueblos para regular la conducción de las hostilidades y proteger a las víctimas de la guerra. El texto se dirige también a los operadores de justicia y a otros servidores públicos, a defensores de derechos

humanos, a miembros de organizaciones no gubernamentales, a profesionales de la abogacía y del periodismo, a estudiantes y a la ciudadanía en general.

Con la visión de este valioso trabajo la Oficina sigue cumpliendo su tarea de promover el respeto y la observancia del derecho internacional humanitario en el país.

La Oficina agradece al jurista Alejandro Valencia Villa su paciente y profesional trabajo en la elaboración de esta obra.

*Juan Pablo Corlazzoli*  
*Representante en Colombia de la Alta Comisionada de las*  
*Naciones Unidas para los Derechos Humanos*

CAPÍTULO I  
*Conceptos básicos*

“Nunca, nunca jamás deben los países o los hombres que buscan la paz menospreciarse unos a otros, sino sentir la necesidad y el deseo y en cierto modo también la obligación de respetarse”.

*Robert Walser, Y no saber siquiera cuántos habitantes tiene esta ciudad, micrograma\**

El conflicto armado colombiano, como la mayoría de las actuales guerras en el mundo, continúa desdibujándose puesto que la población civil es la más afectada; los civiles no son sólo las víctimas, sino el objetivo, el blanco de las diferentes estrategias de las partes enfrentadas para aterrorizarlos.<sup>1</sup> Colombia no alcanzará la paz mientras los combatientes no posean un concepto de lo que resulta honorable o no para un hombre armado, mientras no tengan un código de pertenencia ni una ética de responsabilidad. Como lo expresaba Kant, la guerra produce más gente malvada que la que elimina.

... La lucha por conseguir que los guerreros obedezcan los códigos de honor no es una tarea absurda o inútil; todo lo contrario, aunque se transgredan más que se respeten aún merece la pena tener reglas. Hay

---

\* Robert Walser, *Escrito a lápiz: microgramas I* (1924-1925), Madrid, Ediciones Siruela, 2005, p. 33.

<sup>1</sup> Vicenç Fisas, *Cultura de paz y gestión de conflictos*, Icaria, Barcelona, 1998, p. 61.

guerreros humanos e inhumanos, guerras justas e injustas, formas de matar necesarias y formas que nos deshonran a todos. ... [el derecho humanitario]\* es un intento de recuperar las antiguas tradiciones militares del honor, aplicándolas a la guerra democrática y extender las normas de conducta en cuanto a asistencia a los heridos y recuerdo de los muertos ...al hombre común, al héroe de esta época.<sup>2</sup>

La comprensión del derecho humanitario es totalmente diferente para cada uno de los actores armados. El gobierno dice que existe un claro compromiso con el derecho humanitario, el Ejército colombiano dice respetar las normas humanitarias, los fiscales y los jueces dicen aplicar dichas normas, algunos grupos paramilitares decían que estaban dispuestos a una supervisión del cumplimiento del derecho humanitario, el Ejército de Liberación Nacional (ELN) manifestó durante varios años su interés en suscribir un acuerdo para humanizar la guerra, las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, Ejército del Pueblo (FARC-EP) dicen que no les es aplicable el derecho humanitario porque no son un Estado y porque ellos tienen sus propias normas internas sobre la materia. Sin embargo, del dicho al hecho hay mucho trecho. Poco han servido tales manifestaciones porque no cesan las ejecuciones extrajudiciales, la toma de rehenes y el reclutamiento de menores en las filas de combate, entre otras transgresiones al derecho humanitario. Existe pues un divorcio en materia humanitaria entre lo que se predica y lo que se practica por las partes contendientes. Como decía La Fontaine “En que la paz en sí es muy buena, estoy de acuerdo, pero ¿de qué sirve con enemigos sin palabra?”<sup>3</sup>

---

\* Las expresiones “derecho humanitario” o “derecho internacional humanitario” se utilizarán de manera indistinta.

<sup>2</sup> Michael Ignatieff, *El honor del guerrero*, Taurus, Madrid, 1999, pp. 154 y 111. “En otras palabras, hay una base moral para las reglas de la guerra, aunque las convenciones que hoy están oficialmente en vigor se encuentren muy lejos de expresarla perfectamente”. Thomas Nagel, “La guerra y la matanza”, en *La muerte en cuestión*, Fondo de Cultura Económica, México, 1981, p. 93.

<sup>3</sup> La Fontaine, “Los lobos y las ovejas”, citado en Frédéric Encel, *El arte de la guerra. Estrategias y batallas*, Alianza Editorial, Madrid, 2002, p. 131.

Se debe continuar reclamando a las partes en conflicto la aplicación del derecho internacional humanitario en su sentido complementario y moderador. Complementario de las gestiones políticas y moderador de la barbarie de la confrontación. Como población civil ajena al conflicto, se debe continuar exigiendo a los militares, paramilitares y guerrilleros que reconozcan los derechos de los otros, de nosotros. "... [L]a restricción de la violencia favorece un reconocimiento más amplio entre las partes, y por consiguiente allana el camino para el reconocimiento de los actores de la guerra no como simples combatientes enfrentados sino como sujetos que pueden compartir pacíficamente recursos, instituciones, normas legales, valores, etc".<sup>4</sup> "...[A]un cuando no hay guerras 'limpias', la historia reciente muestra que los conflictos librados con un mínimo de violencia, y con mayor atención a las normas básicas de humanidad, se prestan más fácilmente a una solución pacífica y establecen las condiciones que hacen posible la reconciliación y la justicia".<sup>5</sup>

Aunque en los últimos años han existido importantes avances en la difusión, análisis y discusión del derecho humanitario por parte de la llamada sociedad civil, de un buen número de funcionarios gubernamentales y de la comunidad internacional residente en Colombia, hoy más que nunca existen más desafíos para su aplicación sobre todo por la indisposición humanitaria de las partes enfrentadas. Mientras continúe la guerra, el derecho humanitario seguirá siendo una alternativa para generar confianza y disminución real de los efectos de las hostilidades. Si las partes en conflicto quieren la paz, y si ésta es necesaria para el país, no es muy comprensible por qué tanto ellas como algunos otros sectores se oponen a humanizar la guerra mientras se alcanza la paz. Aunque se vive una situación caracterizada por permanentes ofensivas guerrilleras y continuos operativos de

<sup>4</sup> Angelo Papacchini, "Los derechos humanos y la paz", en *Los derechos humanos, un desafío para la violencia*, Altamir Ediciones, Bogotá, 1997, p. 396.

<sup>5</sup> Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Informe de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, Normas humanitarias mínimas, Informe analítico presentado por el Secretario General de conformidad con la resolución 1997/21 de la Comisión de derechos Humanos, E/CN.4/1998/87, 5 de enero de 1998, párr. 16.

las fuerzas militares, el diálogo es el mejor camino para alcanzar la paz con la guerrilla y los grupos paramilitares.

Una manera de contribuir a enfrentar estos desafíos es la de abordar de manera analítica y crítica algunas problemáticas centrales del derecho humanitario en Colombia, con el objeto de construir de manera propositiva fórmulas que permitan recuperar el honor de nuestros guerreros. Para tal efecto, el presente texto busca abordar algunos de esos aspectos.

El derecho humanitario parte de la triste realidad de que las guerras existen, y de que es imposible evitarlas, tal vez porque parecieran ser una de las principales formas de relación entre los hombres. Sin embargo, y como no se pueden evitar, esta legalidad pretende civilizar o mitigar de alguna manera los efectos de las confrontaciones armadas por intermedio de una ética en el combate<sup>6</sup> y de esta manera reducir los costes que produce.<sup>7</sup> Así, esta normatividad pretende en-

---

<sup>6</sup> “En definitiva, su historia, desde los tiempos de Dunant, nos enseña que la guerra sobrevive a todos los esfuerzos por impedir sus actos de barbarie, que carece de sentido soñar con un mundo libre de violencia en el que no necesitaríamos el arte de los guerreros, y que la razón moral descansa en un pensamiento sutil, incluso sofisticado: aceptar la inevitabilidad de la guerra, incluso su conveniencia cuando haga falta, tratando de conducirla, en la medida de lo posible, según ciertas normas honorables. ...”. En Michael Ignatieff, *El honor del guerrero*, ob. cit., p. 154.

<sup>7</sup> “Reychler ha expresado de esta forma didáctica los costes de la violencia, tanto los visibles como los invisibles: 1) Coste humanitario. El número de muertos, heridos, desplazados, refugiados, hambre... 2) Coste político. Pérdida de apoyo de la opinión pública mundial, desmantelamiento del proceso democrático, desintegración del Estado de derecho, corrupción política, instalación de un clima político y moral de tipo hobbesiano, reforzamiento de poderes extremistas... 3) Costes materiales y económicos. Coste de la maquinaria de guerra, boicot comercial, pérdida de turismo, daños de la guerra, destrucción de la infraestructura económica, desinversión financiera, desintegración del sistema escolar, fuga de cerebros... 4) Costes ecológicos. Práctica de ‘tierra quemada’, arrasamiento provocado por los refugiados, minas antipersonal... 5) Costes sociales. Destrucción de familias y comunidades, huérfanos de guerra, víctimas de violaciones... 6) Costes culturales. Destrucción del patrimonio cultural, sufrimiento, muerte, desplazamiento forzado de comunidades, pérdida de identidad durante largos periodos de refugiado, sustitución de la cultura de paz por una cultura de guerra, cinismo... 7) Costes psicológicos. El sufrimiento psíquico puede provocar nuevas violencias y reabrir viejas heridas, espirales de violencia entre las partes

causar las guerras bajo una lógica política en la que se ocasionen los mínimos perjuicios a quienes no participan directamente en las hostilidades, y para quienes habiendo participado ya no lo hacen. Esta lógica política del derecho humanitario tiene su fundamento en un sentimiento profundo hacia la dignidad humana, porque de lo contrario los conflictos armados tendrían desenlaces fatales en los que el denominador común sería la barbarie y la destrucción total.

De esta manera la humanización de la guerra, expresión que ha hecho carrera para denominar la aplicación del derecho humanitario en nuestro país, procura el respeto de los derechos humanos mínimos e inderogables en caso de conflicto armado. Su aplicación no significa la sustitución de la paz o la legalización de la guerra, ni mucho menos busca prolongarla en el tiempo u otorgarle estatus de beligerancia legítima a los grupos alzados en armas. La humanización de la guerra pretende civilizar el conflicto mediante la ejecución de principios como respetar a la población civil, recoger y curar a los heridos, tratar con dignidad a las personas detenidas, y proteger los bienes indispensables para la supervivencia. El derecho humanitario pretende disminuir las hostilidades, minimiza los efectos en la población civil y en sus bienes, y busca un trato humanitario para los combatientes, heridos o prisioneros. Al respecto ha dicho la Corte Constitucional:

En efecto, de manera insistente, la doctrina nacional e internacional han señalado que las normas humanitarias no se limitan a reducir los estragos de la guerra sino que tienen una finalidad tácita que puede ser, en ocasiones, mucho más preciosa: esta normatividad puede también facilitar la reconciliación entre las partes enfrentadas, porque evita crueldades innecesarias en las operaciones de guerra. De esa manera, al reconocer una mínima normatividad aplicable, una mínima racionalidad ética, el derecho internacional humanitario facilita un reconocimiento recíproco de

---

en conflicto, degeneración debido al estrés, enfermedades psíquicas (síndromes postraumáticos y de catástrofe)... 8) Costes espirituales. Cambios en el sentido de la vida y de los valores, sentimientos de inanidad, desconfianza, desesperación, venganza, odio...". Luc Reyckler, "Conflicts en Afrique", GRIP, Bruselas, núm. 215-217, pp. 26-40, citado en Vicenç Fisas, *Cultura de paz y gestión de conflictos*, ob. cit., p. 62.

los actores enfrentados, y por ende favorece la búsqueda de la paz y la reconciliación de las sociedades fracturadas por los conflictos armados.<sup>8</sup>

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado:

Efectivamente, pocos Estados miembros de la OEA han declarado tan públicamente su acogida al derecho internacional humanitario. También pocos Estados han buscado, de la misma manera como lo ha hecho el Estado colombiano, genuinamente difundir, con el apoyo invaluable del Comité Internacional de la Cruz Roja (“CICR”), los preceptos básicos del derecho internacional humanitario a sus fuerzas de seguridad, a las otras partes en el conflicto y a la ciudadanía en general. El gobierno colombiano y amplios sectores de la sociedad civil consideran que el respeto de las reglas básicas del derecho humanitario es indispensable para “hu-

---

<sup>8</sup> Corte Constitucional, sentencia C-225 de 1995, Revisión constitucional del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, M. P. Alejandro Martínez Caballero, 18 de mayo de 1995.

Dice otra sentencia de la Corte Constitucional: “Es indudable que el derecho humanitario tiene como principal finalidad, garantizar que las partes en contienda adopten las medidas para proteger a la persona humana y pretende facilitar un reconocimiento recíproco de los actores enfrentados. Y a su vez, esta humanización de la guerra tiene una especial trascendencia constitucional en la búsqueda de la reconciliación y la paz, que es en el constitucionalismo colombiano, un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento (CP, art. 22), lo cual confiere fundamento constitucional a los instrumentos internacionales objeto de revisión”. Corte Constitucional, sentencia C-156 de 1999, Revisión constitucional de la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, M. P. (e) Martha Victoria Sáchica Méndez, 10 de marzo de 1999. “La importancia de la aplicación del derecho internacional humanitario está asociada a dos cosas fundamentales: primero, a la necesidad de humanizar las acciones, en orden a proteger a los no combatientes, lo cual tiene un valor moral, y aún, estratégico, intrínseco, en cuanto de ello depende el apoyo poblacional, y constituye, además, una condición importante en el proceso de generación de confianza recíproca entre los enemigos, para posibilitar una paz negociada. Segundo, a la necesidad de construir un espacio jurídico-institucional, que en cuando fundado en el reconocimiento recíproco de los enemigos resulte adecuado para la tramitación del proceso de paz”. Iván Orozco Abad, *Combatientes, rebeldes, terroristas: guerra y derecho en Colombia*, Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional y Editorial Temis, Bogotá, 1992, p. 231.

manizar” el conflicto y, así, contribuir a crear condiciones propicias para las negociaciones entre las partes en contienda y el eventual restablecimiento de la paz.<sup>9</sup>

Por consiguiente, tanto el gobierno nacional como los grupos armados no estatales deben abandonar la actitud de reproche frente a las conductas de su adversario y empezar a reconocer en el otro, en su enemigo, y en el tercero inocente ajeno al conflicto, un ser humano que tiene derecho a ser persona. Las coincidencias deben convertirse en acuerdos mínimos, y la primera coincidencia de la especie humana es que es más digno de estima lo que nos aproxima como personas que lo que nos diferencia como ciudadanos. Los derechos humanos, entendidos como un catálogo de necesidades esenciales de las personas que protegen lo mismo bajo la diversidad, deben ser acatados en su doble significado: como respaldo a las divergencias y como respeto a un derecho que nos ampara a todos. La condición humana no es un hecho, sino un derecho, porque implica una exigencia hacia los demás y la aceptación de un compromiso esencial con el otro.<sup>10</sup>

Humanizar la guerra mientras se logra la paz es una alternativa que merece ser impulsada por las partes en conflicto y respaldada por la sociedad civil. Sujetar el comportamiento de las fuerzas militares colombianas y de los grupos armados no estatales a las normas humanitarias que establecen un mínimo de trato humanitario aplicable a los conflictos armados no internacionales, o a un acuerdo de derechos humanos suscrito por las partes, son mecanismos que pueden contribuir efectivamente a mitigar los estragos de la confrontación, y disminuir las operaciones de guerra, mientras se desarraiga de una vez por todas la lucha armada en nuestro país. Empezar a re-

---

<sup>9</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), *Tercer Informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia*, Capítulo IV, Violencia y violación del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, Washington, D.C, 1999, párr. 21.

<sup>10</sup> Véase Fernando Savater, *Ética como amor propio*, Mondadori, Madrid, 1988, y Rodrigo Uprimny Yepes, *La dialéctica de los derechos humanos en Colombia*, Fundación Universitaria Autónoma de Colombia, Bogotá, 1992.

conocer en el otro su derecho a ser humano es el primer paso para construir una paz duradera en Colombia.

... para transformar la guerra en lucha política “la condición previa es imponer limitaciones a la guerra en tanto que lucha militar. Si aspiramos, como deberíamos hacer, a lograr dicha transformación, debemos empezar por insistir en las reglas de la guerra y por hacer que los soldados se sujeten firmemente a las normas que tales reglas establecen. La limitación de la guerra es el comienzo de la paz”.<sup>11</sup>

Según el derecho humanitario, la finalidad del combate es eliminar el peligro que ocasionan los combatientes en circunstancias dadas, y no al ser humano como tal. Sobre el particular, la lógica de algunos considerandos de la Declaración de San Petersburgo de 1868 que prohíbe el uso de determinados proyectiles en tiempo de guerra, es fundamental:

...Considerando:

Que los progresos de la civilización deben tener por efecto atenuar en cuanto sea posible las calamidades de la guerra;

Que la única finalidad legítima que los Estados deben proponerse durante la guerra es el debilitamiento de las fuerzas militares del enemigo;

Que, a este fin, basta con poner fuera de combate al mayor número posible de hombres; ...

Si el enemigo puede ponerse fuera de combate haciéndolo prisionero, no debe ser herido; si puede ser herido, no debe ser matado; y si puede ser neutralizado mediante una herida leve, no debe ser herido de gravedad. Del mismo modo, el combatiente que cae en la confrontación es inviolable; el enemigo que se rinde debe salvar su vida; y el civil debe ser protegido de las secuelas del conflicto armado. En otras palabras, el término “fuera de combate” se refiere a un estado temporal, porque si no, las partes en conflicto no estarían

---

<sup>11</sup> Michael Walzer, *Guerras justas e injustas. Un razonamiento moral con ejemplos históricos*, Ediciones Paidós Ibérica, Barcelona, 2001, p. XI.

obligadas a prestar asistencia médica a los combatientes heridos para que puedan sanarse, o liberar a los prisioneros de guerra cuando finalicen las hostilidades.<sup>12</sup>

Sabemos que todo el derecho internacional humanitario resulta del equilibrio entre el principio de humanidad –o sea, el imperativo que empuja al hombre a actuar por el bien de sus semejantes– y el principio de necesidad, es decir, el deber de los poderes públicos de conservar el Estado, defender su integridad territorial y mantener el orden. Es el eterno enfrentamiento de Creón y de Antígona.<sup>13</sup>

Estos fines son respaldados por el principio del derecho humano, según el cual “las exigencias militares y el mantenimiento del orden público serán siempre compatibles con el respeto a la persona humana”, y el principio del derecho humanitario o de la violencia moderada según el cual “las partes en conflicto no causarán a su adversario males desproporcionados con respecto al objetivo de la guerra, que es destruir o debilitar el potencial militar del enemigo”. Según estos principios, no solamente son los civiles quienes deben ser protegidos, también lo son los combatientes, puesto que la obtención de una ventaja militar no puede ser equiparada al aniquilamiento de vidas humanas.

En cualquier combate, ya sea convencional o no convencional, hay un momento en el que las reglas de la guerra se pueden convertir en un obstáculo para la victoria de uno u otro de los bandos. Sin embargo, si en tal caso fuera posible dejar a un lado dichas reglas, es porque carecerían de cualquier tipo de valor. Precisamente entonces las limitaciones que imponen adquieren mayor importancia.<sup>14</sup>

En conclusión, el único fin lícito dentro del combate es el debilitamiento del enemigo, siempre y cuando se sujete al límite impuesto

---

<sup>12</sup> Louise Doswald-Beck y Gerald C. Cauderay, “El desarrollo de las nuevas armas antipersonal”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 102, Ginebra, 1990, p. 618.

<sup>13</sup> Jean Pictet, “La formación del derecho internacional humanitario”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 162, Ginebra, 2002, p. 92.

<sup>14</sup> Michael Walzer, *Guerras justas e injustas...*, ob. cit., p. 267.

por las normas de carácter humanitario. Para comprender de manera más adecuada este sentido, a continuación se presentarán algunos conceptos básicos sobre la materia como son la noción de conflicto armado, su desarrollo normativo, las relaciones con el derecho internacional de los derechos humanos y los principios básicos que la inspiran.

### 1. El *ius ad bellum* o el derecho a la guerra

La guerra puede ser vista como un fenómeno cultural en general y político en particular, con un alto contenido normativo y una amplia gama de funciones sociales. La guerra es una invención social,<sup>15</sup> en que la fuerza es utilizada por los hombres y contra los hombres,<sup>16</sup> es una prueba de que los hombres no son egoístas,<sup>17</sup> es un evento no necesario sino posible,<sup>18</sup> por eso es un ejemplo extremo de la anarquía de los significados morales.<sup>19</sup> “La guerra es tan horrorosa que nos vuelve cínicos respecto a la posibilidad de hacerla con restricciones y luego empeora tanto que logra que nos indignemos ante la ausencia de cortapisas. Nuestro cinismo es testimonio de la imperfección de la convención bélica y nuestra indignación da fe de su realidad y su dureza”.<sup>20</sup>

La guerra, desde un punto de vista normativo, ha sido vista por el derecho a través de dos importantes tradiciones: el *ius ad bellum* o derecho a la guerra, o el *ius in bellum* o derecho de la guerra.<sup>21</sup>

---

<sup>15</sup> David Adams, *El manifiesto de Sevilla sobre la violencia, de 1989*, Unesco, 1992, p. 47, citado en Vicenç Fisas, *Cultura de paz y gestión de conflictos*, ob. cit., p. 26.

<sup>16</sup> Michael Walzer, *Guerras justas e injustas...*, ob. cit., p. 62.

<sup>17</sup> Mary Kaldor, *Las Nuevas Guerras. La violencia organizada en la era global*, Tusquets Editores, Barcelona, 2001, p. 43.

<sup>18</sup> Norberto Bobbio, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Gedisa Editorial, Barcelona, 1992, p. 42.

<sup>19</sup> Michael Walzer, *Guerra, política y moral*, Ediciones Paidós Ibérica, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2001, p. 42.

<sup>20</sup> Michael Walzer, *Guerras justas e injustas...*, ob. cit., p. 84.

<sup>21</sup> “...hasta principios de la década de 1930, las expresiones *ius ad bellum* y *ius in bello* no se utilizaban. De hecho, comienzan a ser reconocidas a mediados de la

“*Ius* (o *jus*) *ad bellum* es el término dado a la rama del derecho que define las razones legítimas por las que un Estado puede librar una guerra y se centra en ciertos criterios que hacen una guerra *justa*. ...Por otro lado, *ius in bello* es un conjunto de normas que entran en vigor cuando ha empezado una guerra”.<sup>22</sup> Sobre esta diferencia ha dicho el profesor Walzer que “[e]l dualismo del *ius ad bellum* y el *ius in bello* se encuentra en el mismo corazón de lo que constituye la esencia más problemática de la realidad moral de la guerra”.<sup>23</sup> Incluso ya se ha empezado hablar de una tercera vertiente, el *ius post bellum*, el derecho después de la guerra, para hacer referencia a temas como los de la teoría y práctica de la pacificación, ocupación militar, reconciliación política<sup>24</sup> y justicia transicional. Esta última implicaría la satisfacción, a la sociedad afectada y a las víctimas de los derechos, a la verdad, a la justicia y a la reparación.<sup>25</sup>

El hombre ha formulado diversas concepciones de la guerra de diversa índole. Estas visiones, según su punto de vista, pueden agruparse como éticas o culturas, políticas, sociológicas o polemológicas

---

década de los 30, especialmente por influencia de la Escuela de Viena”. Robert Kolb, “Origen de la pareja terminológica *ius ad bellum/ius in bello*”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 143, Ginebra, 1997, p. 597.

<sup>22</sup> Roy Gutman y David Rieff, *Crímenes de guerra, lo que debemos saber*, Grupo Editorial Random House Mondadori, S.L., Barcelona, 2003, p. 293.

<sup>23</sup> Michael Walzer, *Guerras justas e injustas...*, ob. cit., p. 51.

<sup>24</sup> Michael Walzer, *Reflexiones sobre la guerra*, Paidós, Barcelona, 2004, pp. 18 y 19.

<sup>25</sup> Los dos instrumentos internacionales más importantes sobre esa materia son el Conjunto de principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad (Anexos actualizados al Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad. E/CN.4/2005/102, 18 de febrero de 2005, presentados a la Comisión de Derechos Humanos en 2005) y los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 60/147 del 16 de diciembre de 2005). Sobre el tema de reparación de las transgresiones del derecho humanitario véase Liesbeth Zegveld, “Recursos jurisdiccionales para las víctimas de violaciones del derecho internacional humanitario”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 851, Selección de artículos 2003, Buenos Aires, 2004, p. 189 a 220.

y jurídicas.<sup>26</sup> Dentro de las éticas o culturales, algunos entienden la guerra como arte: el arte de combatir no autoriza los excesos y aconseja más bien la medida (*El arte de la guerra* de Sun Tzu, *Del arte de la guerra* de Nicolás Maquiavelo), otros como juego: es una actividad reglada (*Homo Ludens* de Johan Huizinga), algunos otros como rito: es una agresión grupal ritualizada, es una ceremonia social compleja (*The rite of war* de Stan Windass), y otros más como duelo: la estructura horizontal y bipolar del enfrentamiento garantiza por sí misma una cierta justicia formal o procedimental a los duelistas o combatientes (*El nomos de la tierra en el derecho de gentes del ius publicum europeum* de Carl Schmitt, *Más allá de la justicia* de Agnes Heller).

Dentro de las visiones políticas se destacan la clásica formulación de Carl von Clausewitz: “la guerra no es simplemente un acto político, sino un verdadero instrumento político, una continuación de la actividad política, una realización de la misma por otros medios” (De la guerra), y la relectura de este postulado realizada por Michel Foucault: si la guerra no es más que la continuación de la política por otros medios, la política es la continuación de la guerra por otros medios (*Defender la sociedad*).<sup>27</sup> Las sociológicas o polemológicas señalan que las nuevas guerras se caracterizan por su irregularidad y por su proclividad cada vez mayor a confundirse con o a servirse de la criminalidad (*El hombre rebelde* de Albert Camus, Hans Magnus Enzensberger, *El mal menor: ética política en la época del terror*

<sup>26</sup> Las visiones que se presentan a continuación, junto con sus autores, son de la autoría de Hernando Valencia Villa. Con excepción de la visión sociológica y la relación de sus autores, las demás aparecen en la primera parte de su obra *La justicia de las armas: una crítica normativa a la guerra metodológica en Colombia*, Tercer Mundo Editores, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2003, p. 29 y ss. Otro texto que presenta concepciones de esta índole es el de José García Caneiro y Francisco Javier Vidarte, *Guerra y filosofía, concepciones de la guerra en la historia del pensamiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

<sup>27</sup> Michel Foucault no escribió ningún texto específico sobre la guerra, el tema fue tratado por él en el curso dictado en 1976 en el Colegio de Francia, lecciones que tratan en últimas de “... la relación perpetua e insoslayable entre la guerra contada por la historia y la historia atravesada por la guerra que cuenta”. Estas lecciones aparecen publicadas en Michel Foucault, *Defender la sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 2002. La anterior cita aparece en la p. 163 de ese libro.

de Michael Ignatieff, *Las nuevas guerras* de Mary Kaldor, *The transformation of war* de Martin Van Creveld, *Las guerras justa e injustas* de Michael Walzer, *Las lecciones del terror: una historia de la guerra contra los civiles* de Caleb Carr).

Dentro de las visiones jurídicas está la tradicional tesis de Francisco de Vitoria, que señala que es una sanción prevista por el derecho de gentes para reparar los agravios contra el orden mundial (*Relecciones del estado, de los indios y del derecho de la guerra*, 1557). La de Alberico Gentili, para quien es la contienda justa entre ejércitos públicos (*Commentatio de Jure Belli*, 1588). La de Hugo Grocio, que entiende que es el estado de los que litigan por la fuerza (*De Jure Belli ac Pacis*, 1625). La de Robert L. Phillips, quien manifiesta que es esencialmente un acuerdo entre dos Estados para zanjar una disputa mediante el arbitraje de las armas (*War and Justice*, 1938). Norberto Bobbio, en *El problema de la guerra y las vías de la paz*, escrito en 1979, distingue cuatro grandes escuelas de pensamiento: la guerra como antítesis del derecho: existe una contradicción esencial entre guerra y derecho (Thomas Hobbes y Hans Kelsen); la guerra como medio del derecho: es una modalidad de solución de conflictos (San Agustín y Santo Tomás); la guerra como objeto del derecho: la mejor respuesta a la guerra es su acotación normativa (Emeric de Vattel, Jean Jacques Rousseau, Francis Lieber); y la guerra como fuente del derecho: es un fenómeno revolucionario (autores socialistas y comunistas).

El propósito de este texto no es ahondar en estas diferentes teorías que se han formulado en torno al *ius ad bellum*.<sup>28</sup> Lo que se quiere subrayar es que el uso de la fuerza está prohibido desde el Pacto - Briand Kellog de 1928, y por el numeral 4º del artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas.<sup>29</sup> “Un paso decisivo en el desarrollo del principio del uso de la fuerza fue el Pacto general de renuncia a la guerra

<sup>28</sup> Un análisis sobre la evolución histórica de los conceptos de guerra y guerra civil escrito en nuestro medio es el de Jorge Giraldo Ramírez, *Guerra, paz y guerra civil*, Escuela Nacional Sindical, Foro Nacional por Colombia, Viva la Ciudadanía, Bogotá, 2001.

<sup>29</sup> Sobre el particular véase Alberto Ruiz de los Paños Brusi, “La prohibición del uso de la fuerza: sistema inconstitucionalizado de seguridad colectiva”, en José Luis

firmado en París el 27 de agosto de 1928, conocido con el nombre de Pacto Briand-Kellog, debido a los patrocinadores que lo impulsaron: el político francés Aristide Briand (1862-1932) y el secretario de Estado norteamericano Frank B. Kellog (1856-1937)...”.<sup>30</sup>

De igual manera,

En el art. 2 de la Carta de las Naciones Unidas, conforme al Capítulo VII, se consagra con carácter general el principio de la prohibición del uso de la fuerza: “Los miembros de la Organización en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas” (art. 2, n. 4). La norma tiene una formulación más completa que la prohibición contenida en el Pacto Briand-Kellog porque, en primer lugar, no se refiere exclusivamente a la guerra sino al “uso de la fuerza”; en segundo lugar, la prohibición comprende no sólo el uso de la fuerza, sino también la “amenaza” de uso de la fuerza.<sup>31</sup>

Sobre este punto, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha señalado lo siguiente:

El Comité observa que la guerra y otros actos de violencia masiva siguen siendo un flagelo de la humanidad que arrebatada cada año la vida de millares de seres humanos inocentes. La Carta de las Naciones Unidas prohíbe ya la amenaza o el uso de la fuerza por un Estado contra otro, salvo en ejercicio del derecho intrínseco de la defensa propia. El Comité estima que los Estados tienen la suprema obligación de evitar las guerras, los actos de genocidio y demás actos de violencia de masas que causan la pérdida arbitraria de vidas humanas. Todos los esfuerzos que realicen

---

Rodríguez-Villasante Prieto (coord.), *Derecho internacional humanitario*, Cruz Roja Española, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 603-620.

<sup>30</sup> Manuel Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 823.

<sup>31</sup> *Ibíd.*

para evitar el peligro de guerra, especialmente de guerra termonuclear, y para fortalecer la paz y la seguridad internacionales, constituirán la condición y garantía más importante para la protección del derecho a la vida. A este respecto, el Comité observa, en particular, que existe una vinculación entre el artículo 6 y el artículo 20, [del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos] que dispone que estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra (párr. 1), así como toda actividad que constituya incitación a la violencia (párr. 2), según se define en el artículo.<sup>32</sup>

Sobre el valor de este postulado se ha dicho:

En la actualidad la norma que prohíbe la amenaza o el uso de la fuerza constituye como ha dicho la Corte Internacional de Justicia en la sentencia de 1986 en el *asunto de Nicaragua* “un principio de derecho internacional consuetudinario”, así se deduce de su consagración en el art. 2, número 4, de la Carta de las Naciones Unidas y de la *opinio iuris* expresada mediante la aprobación de la Declaración aneja (sic) a la resolución 2625 (XXV).<sup>33</sup>

Resumamos así: la construcción subjetiva de un derecho a la guerra por ciertas causas impide la emergencia de un *ius in bello* autónomo; pero, al mismo tiempo, la doctrina de las causas lícitas de guerra sofoca la afirmación de una simple competencia para hacer la guerra (*ius ad bellum*). Lo uno y lo otro, en tal sistema, habrían sido nociones extrajurídicas. El derecho se sitúa aun más arriba de lo uno y de lo otro.<sup>34</sup>

... la efectividad del derecho, en realidad, no radica tanto en el hecho de que no sea violado nunca, lo que resulta inverosímil, dado su carácter normativo, y ni siquiera en el hecho de que su violación se vea acom-

<sup>32</sup> Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General núm. 6, “El derecho a la vida”, párr. 2.

<sup>33</sup> Corte Internacional de Justicia (CIJ), “Asunto de las actividades militares y paramilitares en Nicaragua”, Rec., 1986, pp. 24-135, citado en Manuel Díez de Velasco, ob. cit., p. 825.

<sup>34</sup> Robert Kolb, ob. cit., p. 592.

pañada siempre de una sanción. Reside antes y en mayor grado en el hecho de que sus violaciones sean percibidas como tales: es decir, en el sentido común, arraigado y generalizado, del carácter vinculante de las normas y de la ilicitud de su transgresión. Que es, justamente, lo que ha sucedido en relación con la prohibición de la guerra, como nunca antes había sucedido en la historia.<sup>35</sup>

Sin embargo, conforme a la Carta de las Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad puede autorizar el uso de la fuerza militar por una coalición de Estados miembros o por una organización o agrupación regional. Para ser legítimo, el uso la fuerza debe utilizarse como último recurso, cuando se han agotado las vías pacíficas para el arreglo de la controversia; suponer necesariamente la subsistencia de una situación de grave peligro, calificada como una amenaza o quebrantamiento de la paz; destinarse exclusivamente a la consecución del objetivo que el Consejo de Seguridad ha considerado indispensable para restablecer la paz y la seguridad de la región, y ser llevado a cabo bajo el control atento y constante del propio Consejo de Seguridad. Esta autorización se ha otorgado en casos como la acción de Estados Unidos en Corea (Resolución 83 del 27 de junio de 1950), la acción de la coalición contra Irak con miras a la liberación de Kuwait (Resolución 678 del 29 de noviembre de 1990) y la intervención de las fuerzas de la OTAN en la antigua Yugoslavia (R. 816 del 31 de marzo de 1993 y otras resoluciones posteriores). “Hoy en día se entiende por ‘guerra justa’ una guerra librada en legítima defensa, según lo autorizado por el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas. ...Recientemente, la expresión ‘guerra justa’ ha sido reemplazada por la expresión ‘uso legítimo de la fuerza’”.<sup>36</sup>

---

<sup>35</sup> Luigi Ferrajoli, “Epílogo”, en Linda Bimbi, *No en mi nombre. Guerra y derecho*, Editorial Trotta, Madrid, 2003, p. 228.

<sup>36</sup> Roy Gutman y David Rieff, *Crímenes de guerra...*, ob., cit., p. 235.

## 2. El *ius in bellum* o el derecho internacional humanitario

La evolución del derecho internacional humanitario, como el derecho internacional público y el derecho internacional de los derechos humanos, se ha dado a través de normas que no son otra cosa que preceptos jurídicos que consagran derechos. Esas normas pueden tener un reconocimiento consuetudinario o convencional. Por un lado, los usos y las costumbres de la guerra se vienen respetando desde tiempos inmemoriales, y algunos han alcanzado el estatus de derecho consuetudinario, es decir, prácticas generalizadas aceptadas por la comunidad internacional que se estiman obligatorias y que por tanto deben respetarse en todo conflicto armado. Por otro lado, algunas de esas normas han sido recogidas y recopiladas por instrumentos internacionales. Ambos reconocimientos han sido considerados como fuentes del derecho internacional por el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Aunque se consideran de mayor relevancia como fuente de derecho los instrumentos internacionales, en los últimos años, como se verá, cada vez tiene más trascendencia el derecho consuetudinario como fuente del derecho humanitario. A continuación se presentarán las principales convenciones de derecho humanitario, y se hará referencia al derecho consuetudinario como fuente del mismo.

### *a) El derecho convencional: el derecho de La Haya y el derecho de Ginebra*

Si bien prácticas de derecho humanitario se encuentran en diferentes momentos de la historia, el desarrollo del derecho humanitario como un corpus del derecho internacional ocurre hacia mediados del siglo XIX. La Convención de Ginebra de 1864, aprobada gracias a la iniciativa de Henry Dunant, fundador del Movimiento Universal de la Cruz Roja, y la Declaración de San Petersburgo de 1868, impulsada por el zar Alejandro II de Rusia, son las primeras convenciones dignas de mencionar. Ambas inauguran dos importantes tradiciones cuales son las del derecho humanitario propiamente dicho y el derecho de la guerra.

La evolución del derecho convencional de manera tradicional se ha traducido en dos ramas: el derecho de La Haya o derecho de la guerra, y el derecho de Ginebra o derecho humanitario propiamente dicho. El primero desarrolla el principio de limitación y el segundo regula el principio de distinción, los dos principios básicos del derecho humanitario. El primero se dedica a la regulación de las hostilidades y limita la elección de los medios y métodos de combate. El segundo distingue a la población civil de los combatientes, y la protege al igual que a las víctimas de los conflictos armados.

El derecho de La Haya o derecho de la guerra establece pautas sobre la conducción de hostilidades, y limita la elección de los medios y métodos de combate. Establece, entre otras reglas, que las hostilidades solo pueden dirigirse contra combatientes y objetivos militares, prohíbe los medios de combate que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios, y proscribire las armas y los medios que causen a las personas civiles daños excesivos con respecto a la ventaja militar concreta y directa prevista.

El derecho de Ginebra o derecho internacional humanitario procura el respeto de los derechos humanos mínimos o inderogables, en caso de conflicto armado. Esta normatividad protege esencialmente a la población civil no combatiente, es decir, a todas las personas que no participan directamente en las hostilidades, asiste a las víctimas de los conflictos armados tanto en campaña como en el mar, y otorga respeto humanitario a todo combatiente que caiga en poder del enemigo. Tres son los principios que fundamentan esta legalidad: el de neutralidad (la asistencia humanitaria nunca es una injerencia en el conflicto), el de normalidad (las personas protegidas deben llevar la vida más normal posible), y el de protección (el Estado debe asumir la protección nacional e internacional de las personas que tenga en su poder).

Hasta antes de la aprobación del Protocolo I de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, se consideraba que hacían parte de la tradición del derecho de La Haya los siguientes instrumentos: la Declaración de San Petersburgo de 1868 que prohíbe el uso de determinados proyectiles en tiempos de guerra; la Declaración de La Haya de 1899 que prohíbe el empleo de balas que se hinchan o aplastan

fácilmente en el cuerpo humano; los Convenios de La Haya de 1907; el Protocolo de Ginebra de 1925 que prohíbe la utilización de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos; la Convención de 1972 sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas), tóxicas (sic) y sobre su destrucción; y la Convención de 1976 sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles.

Hasta antes de la aprobación del Protocolo I de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, se consideraban que hacían parte del derecho de Ginebra: la Convención de Ginebra de 1864 sobre la protección de heridos y enfermos en campaña, revisada y actualizada en 1906; la Convención de Ginebra de 1899 sobre la protección de heridos y enfermos en el mar (náufragos), posteriormente revisada y actualizada en 1907; la Convención de Ginebra de 1929 sobre la protección de prisioneros de guerra; y los cuatro Convenios de Ginebra de 1949.

La aprobación del Protocolo I de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 desdibuja esta tradición. Aunque este instrumento debería incluirse en la rama del derecho de Ginebra por complementar sus instrumentos más importantes, el Protocolo I reafirma los principios y las reglas sentados en las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907 en lo que respecta a las restricciones impuestas en la conducción de hostilidades (por ejemplo, el Título III del Protocolo I contempla lo relativo a los métodos y medios de guerra y el estatus de combatiente y de prisionero de guerra), y los complementan con reglas que denotan las preocupaciones contemporáneas (como la protección al medioambiente) que revisan no solo las Convenciones de Ginebra sino sobre todo el derecho de La Haya. Es por esta razón que a partir de 1977 no se quiere hablar ya del derecho de La Haya y del derecho de Ginebra. Aunque se prefiera enmarcar todos estos instrumentos bajo la denominación del derecho de los conflictos armados o del derecho humanitario, unos autores sostienen que "...los Protocolos adicionales de 1977 no [han] tenido como efecto la creación por primera vez de un cuerpo unificado de derecho humanitario en el que se integran estos dos elementos, sino más bien el

de eliminar lo que siempre había sido una distinción artificial y equivocada”.<sup>37</sup>

La Corte Internacional de Justicia llegó a la misma conclusión en su Opinión Consultiva del 8 de julio de 1996 sobre la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares: “Estas dos ramas del derecho aplicable en los conflictos armados han desarrollado vínculos tan estrechos que se considera que, en forma gradual, han formado un único sistema complejo, hoy llamado derecho internacional humanitario. Las disposiciones de los Protocolos adicionales de 1977 expresan y dan prueba de la unidad y la complejidad de ese derecho”.<sup>38</sup>

Si se examina la distinción entre el derecho de Ginebra y el derecho de La Haya, se comprueba que no existe ninguna línea divisoria claramente definida entre esas dos normativas, sino que se trata de un *continuum* de normas, agrupadas bajo dos nombres distintos.<sup>39</sup>

La distinción entre el derecho de Ginebra y el derecho de La Haya es una distinción esencialmente analítica, a la que no se puede atribuir un alcance jurídico claramente definido; muchas normas pertenecen tanto al derecho de Ginebra como al derecho de La Haya, y ambas corrientes convergieron en el marco de los Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra, que actualizaron las normas del derecho de la conducción de las hostilidades, reafirmando y completando las disposiciones de los Convenios de Ginebra.<sup>40</sup>

---

<sup>37</sup> Louise Doswald-Beck, “El derecho internacional humanitario y la Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 139, Ginebra, 1997, p. 37.

<sup>38</sup> Licitud de la amenaza o del empleo de las armas nucleares, Opinión Consultiva del 8 de julio de 1996, CIJ, Rec. 1996, p. 34, citado en François Bugnion, “El derecho de Ginebra y el derecho de La Haya”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 160, 2001, p. 267.

<sup>39</sup> *Ibíd.*, p. 265.

<sup>40</sup> Licitud de la amenaza o del empleo de las armas nucleares, Opinión Consultiva del 8 de julio de 1996, CIJ, Rec. 1996, p. 34, citado en *ibíd.*, p. 277.

Por esta razón, a continuación se presentan de manera breve los principales instrumentos internacionales de carácter general de derecho internacional humanitario que hasta la fecha ha aprobado la comunidad internacional. La alusión al contenido específico de algunos artículos de estos instrumentos será abordada en otros apartes del libro. En este listado no se incluyen instrumentos con alcances particulares en algunas latitudes como son, por ejemplo, los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales.

- **La Convención de Ginebra de 1864 sobre la protección de heridos y enfermos en campaña**

Fue firmada el 22 de agosto de 1864 durante una Conferencia Diplomática en Ginebra con el fin de establecer unos principios mínimos de protección a los heridos y enfermos en conflictos que se libran en tierra. Este instrumento, que inaugura la tradición de Ginebra,

coincide con una profunda revolución en la consideración moral de los heridos y los muertos en el campo de batalla: es un intento de recuperar las antiguas tradiciones militares del honor, aplicándolas a la guerra democrática y extender las normas de conducta en cuanto a la asistencia a los heridos y recuerdo de los muertos –hasta entonces circunscritas a una élite de guerreros aristocráticos– al hombre común, al nuevo héroe de esta época.<sup>41</sup>

Este instrumento fue considerado obligatorio para los casos de guerra civil por el Código Militar colombiano de 1881 (art. 1134) y fue revisado y actualizado por la Convención de Ginebra de 1906.

- **La Declaración de San Petersburgo de 1868 que prohíbe el uso de determinados proyectiles en tiempos de guerra**

Del 29 de noviembre al 11 de diciembre 1868, se reunió en la ciudad de San Petersburgo una comisión militar internacional, pro-

---

<sup>41</sup> Michael Ignatieff, *El honor del guerrero*, ob. cit., p. 111.

puesta por el Gabinete Imperial de Rusia, con el objeto de examinar la conveniencia de prohibir el uso de determinados proyectiles. Este instrumento, adoptado durante esta reunión, compromete a los Estados a renunciar al empleo de proyectiles cuyo peso sea inferior a 400 gramos y que sean explosivos, o que estén cargados con materias explosivas o inflamables. También fue considerado obligatorio para los casos de guerra civil por el Código Militar colombiano de 1881 (art. 1054).

- **La Convención de Ginebra de 1899 sobre la protección de heridos y enfermos en el mar (náufragos)**

Esta Convención, inspirada en la Convención de 1864 y aprobada de manera simultánea durante su revisión, pretende proteger a las víctimas de los conflictos marítimos. Posteriormente fue revisada y actualizada por la Convención de Ginebra de 1907.

- **La Declaración de La Haya de 1899 que prohíbe el empleo de balas que se hinchan o aplastan fácilmente en el cuerpo humano**

Este instrumento, aprobado el 26 de julio de 1899 durante la Conferencia Internacional de Paz, tiene como objeto prohibir el empleo de balas que se ensanchan o se aplastan fácilmente en el cuerpo humano, tales como las balas de envoltura dura, la cual no cubriera enteramente el núcleo o estuviera provista de incisiones.

- **Los Convenios de La Haya de 1907**

Los principales Convenios de La Haya del 18 de octubre de 1907 tratan de: el arreglo pacífico de los conflictos internacionales (Convenio I);<sup>42</sup> el inicio de hostilidades (Convenio III); las leyes y costumbres de la guerra (Convenio IV con los anexos y reglamentos cuya base es el Convenio II de 1899); los derechos y deberes de las po-

---

<sup>42</sup> Fue aprobado en Colombia mediante la Ley 251 de 1995.

tencias y personas neutrales en caso de guerra en tierra (Convenio V); el régimen de los barcos de comercio enemigo al inicio de las hostilidades (Convenio VI); la transformación de barcos de comercio en barcos de guerra (Convenio VII); poner minas submarinas automáticas de contacto (Convenio VIII); el bombardeo por las fuerzas navales en tiempo de guerra (Convenio IX); la adaptación a la guerra marítima de los principios del Convenio de Ginebra de 1906 (Convenio X); determinadas restricciones al ejercicio del derecho de captura en la guerra marítima (Convenio XI); establecimiento de un Tribunal Internacional de persecución (Convenio XII); los derechos y deberes de las potencias neutrales en caso de guerra marítima (Convenio XIII).<sup>43</sup> Con carácter histórico también puede mencionarse la Declaración XIV de La Haya del año 1907 que reemplazó a la Declaración I de 1899 (también de La Haya), relativa a la guerra en globos.<sup>44</sup>

Estos convenios fueron adoptados durante la Segunda Conferencia Internacional de Paz, propuesta por el presidente de Estados Unidos, el zar de Rusia y la reina de los Países Bajos. Aunque la delegación colombiana las firmó, estas convenciones nunca se presentaron para la aprobación del Congreso de la República.

- **El Protocolo de Ginebra de 1925 que prohíbe la utilización de gases asfixiantes, tóxicos o similares, y de medios bacteriológicos**

Este Protocolo

... firmado en Ginebra el 17 de junio de 1925, ha sido durante medio siglo el único convenio general que prohibía expresamente la guerra bio-

<sup>43</sup> Bouchet-Saulnier, *Diccionario práctico de derecho humanitario*, Ediciones Península, Barcelona, 2001, p. 167.

<sup>44</sup> “Adam Roberts y Richard Guelff, autores ingleses, enfatizan en su texto *Laws of war* que ‘no existe en vigencia ningún acuerdo internacional relevante que considere exclusivamente... la guerra aérea... Con todo, muchos acuerdos internacionales en vigencia... poseen una relación considerable con esta materia’”. En Renato Nuño Luco, “La guerra aérea y el derecho internacional humanitario”, en Gabriel Pablo Valladares, *Lecciones y ensayos*, derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas, LexisNexis Abeledo-Perrot, CICR, Buenos Aires, 2003, p. 205.

lógica. La prohibición de las armas biológicas en este tratado cubre tan sólo ciertos aspectos de su utilización. Efectivamente, el Protocolo prohíbe el “empleo en la guerra” de los medios químicos y bacteriológicos, tanto en supuestos defensivos como ofensivos, tácticos o estratégicos. La expresión “empleo en la guerra” implica que ni la producción, desarrollo de tales medios ni la investigación o el almacenamiento están prohibidos por el Protocolo.<sup>45</sup>

Este instrumento se aprueba como reacción al uso de gases durante la Primera Guerra Mundial:

Durante la Primera Guerra Mundial, las tropas alemanas fueron las primeras en utilizar gases (cloro) en combate. El gas era liberado silenciosamente de unos recipientes cilíndricos, y formaba nubes que flotaban en dirección a las posiciones enemigas. El primer ataque que tuvo lugar el 22 de abril de 1915, causó 20.000 bajas, 5.000 de ellas fatales. La respuesta inglesa apareció seis meses más tarde. En julio de 1917, los alemanes empezaron a utilizar otra modalidad de ataque químico, empleando granadas de “gas de mostaza”. Cuando terminó el conflicto, los gases tóxicos habían causado 1.300.000 bajas, de las cuales 92.000 habían sido fatales. Para obtener estos resultados, las naciones que intervinieron en la guerra utilizaron un total de 124.000 toneladas de gases.<sup>46</sup>

El Congreso colombiano aprobó este Protocolo en virtud de la Ley 10 de 1980, pero este instrumento nunca fue ratificado. Hasta el 17 de abril de 2007, 134 Estados son parte de este Protocolo. El artículo 81 de la Constitución Política en su primer inciso prohíbe la posesión y el uso de armas biológicas.

---

<sup>45</sup> José Roberto Pérez Salom, “Derecho internacional, armas biológicas y verificación”, en Consuelo Ramón Chornet (coord.), *El derecho internacional humanitario ante los nuevos conflictos armados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 206-208.

<sup>46</sup> En [http://geosalud.com/guerra%20biol%F3gica/guerra\\_quimica.htm](http://geosalud.com/guerra%20biol%F3gica/guerra_quimica.htm)

- **La Convención de Ginebra de 1929 sobre la protección de prisioneros de guerra**

Una de las dramáticas consecuencias de la Primera Guerra Mundial fue la situación de los combatientes que cayeron en poder del enemigo. Por esta razón se aprueba una nueva Convención de Ginebra que otorgue protección a estas personas. "... [L]os principios subyacentes al estatuto de prisioneros de guerra y al trato que éstos deben recibir dimanar de los tradicionales conceptos militares de caballería, que suponen un respeto por el honor de los combatientes".<sup>47</sup>

- **Los cuatro Convenios de Ginebra de 1949**

Los cuatro Convenios fueron adoptados el 12 de agosto de 1949 y son los más importantes en el marco del derecho internacional humanitario. Su objetivo principal es el brindar protección a aquellas personas que no participan directamente de las hostilidades, como la población civil, y aquellas que han dejado de participar en las mismas, como los heridos, enfermos, los prisioneros de guerra, entre otros. "Los Convenios de 1949, ...[s]in estar exentos de defectos o de omisiones, llenan en efecto los vacíos más graves revelados por la Segunda Guerra Mundial y los conflictos que la precedieron".<sup>48</sup>

Los cuatro Convenios son los siguientes: el primero para aliviar la suerte que corren los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña (Convenio I), que actualiza el aprobado en 1864 y que había sido revisado en 1906; el segundo para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar (Convenio II), que actualiza el aprobado en 1899 y que había sido revisado en 1907;<sup>49</sup> el tercero relativo al trato debido a los

---

<sup>47</sup> Yasmin Naqvi, "Estatuto de prisionero de guerra: 'casos de duda'", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 163, Ginebra, 2002, p. 235.

<sup>48</sup> Catherine Rey-Schyr, "Los Convenios de Ginebra de 1949: un progreso decisivo", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 151, Ginebra, 1999, p. 74.

<sup>49</sup> Con posterioridad a este Convenio no existe ningún tratado internacional que regule esta materia. "... [U]n grupo internacional de juristas y de expertos navales, bajo los auspicios del Instituto Internacional de Derecho Humanitario de

prisioneros de guerra (Convenio III), que actualiza el aprobado en 1929;<sup>50</sup> y el cuarto relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV), instrumento nuevo.

Una de las grandes novedades de los Convenios de Ginebra es el artículo 3 común, disposición que se convierte a partir de esa fecha en la primera norma aplicable a los conflictos armados no internacionales. Más adelante se hace un análisis pormenorizado de este artículo.

La Comisión de Derecho Internacional reconoció en 1980 que estos cuatro convenios expresan “principios generales de base del derecho humanitario”. El Secretario General de la ONU igualmente ha estimado en su informe sobre la creación del tribunal penal de la antigua Yugoslavia, que los Convenios de Ginebra formaban parte del derecho internacional consuetudinario (informe S/25704 de 3 de mayo de 1993). El Consejo de Seguridad también aprobó este informe en su resolución 827 (25 de mayo de 1993).<sup>51</sup>

Colombia es parte de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, aprobados mediante la ley 5 de 1960, depositados ante la Confederación Suiza el 8 de noviembre de 1961 y vigentes desde el 8 de mayo de 1962. El 2 de agosto de 2006 se alcanzó un importante hito para el derecho humanitario ya que a esa fecha todos los Estados del mundo son parte de estos tratados, siendo el primer tratado de derecho internacional que alcanza un reconocimiento universal.

---

San Remo y con estrecha cooperación del CICR, redactaron, en 1994, el *Manual de San Remo sobre el derecho internacional aplicable a los conflictos armados en el mar*. A pesar de que no es un tratado, merece nuestra atención, aunque sólo sea por el esfuerzo y la experiencia que se han volcado en él y por ser una importante contribución para el desarrollo del derecho de la guerra marítima”. Frits Kalshoven y Liesbeth Zegveld, *Restricciones en la conducción de la guerra. Introducción al derecho internacional humanitario*, Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 2001, p. 40.

<sup>50</sup> Véase José Luis Doménech Omedas, “La protección del prisionero de guerra”, en José Luis Rodríguez-Villasante Prieto, *Derecho Internacional Humanitario*, ob. cit., pp. 311-333.

<sup>51</sup> Bouchet-Saulnier, *Diccionario práctico de derecho humanitario*, ob. cit., p. 187.

En vista de que “...se ha reprochado a los legisladores de 1949 el hecho de haber ‘preparado la última guerra’, en otros términos de haber elaborado textos demasiado orientados hacia el pasado que no anticipan suficientemente el futuro”,<sup>52</sup> estos instrumentos fueron complementados de manera particular con los dos Protocolos de 1977.

- **La Convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado**

Esta convención fue aprobada el 14 de mayo de 1954, bajo el auspicio de la Unesco, y tiene como objetivo primordial la conservación de los bienes culturales en caso de conflictos armados. Según el artículo 1 se consideran bienes culturales cualquiera que sea su origen y propietario:

- a) los bienes, muebles o inmuebles, que tengan una gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos, tales como los monumentos de arquitectura, de arte o de historia, religiosos o seculares, los campos arqueológicos, los grupos de construcciones que por su conjunto ofrezcan un gran interés histórico o artístico, las obras de arte, manuscritos, libros y otros objetos de interés histórico, artístico o arqueológico, así como las colecciones científicas y las colecciones importantes de libros, de archivos o de reproducciones de los bienes antes definidos;
- b) los edificios cuyo destino principal y efectivo sea conservar o exponer los bienes culturales muebles definidos en el apartado (a), tales como los museos, las grandes bibliotecas, los depósitos de archivos, así como los refugios destinados a proteger en caso de conflicto armado los bienes culturales muebles definidos en el apartado (a);
- c) los centros que comprendan un número considerable de bienes culturales definidos en los apartados (a) y (b), que se denominarán “centros monumentales”.<sup>53</sup>

---

<sup>52</sup> Jean Pictet, “La formación del derecho internacional humanitario”, ob. cit., p. 86.

<sup>53</sup> “No obstante, se puede argumentar que la definición de bienes culturales que figura en el artículo 1 de la Convención (bienes muebles o inmuebles que tengan

De manera más general se pueden definir como:

...todas aquellas cosas con entidad real que, con independencia de su naturaleza mueble e inmueble, y cualesquiera que sean su régimen jurídico y su titularidad dominical, constituyen el testimonio material de un valor de civilización, es decir, poseen un valor cultural objetivo, independientemente del económico, para la colectividad humana en general.<sup>54</sup>

La Convención establece la salvaguarda y el respeto de los bienes culturales, señalando una protección especial al transporte destinado al traslado de esos bienes y al personal encargado de su protección, así como a unos refugios destinados a su preservación. Para tal efecto se debe emplear un emblema que la propia Convención crea. Dicha Convención fue aprobada con un reglamento para su aplicación con disposiciones relativas a la vigilancia e inspección de los bienes culturales, al registro internacional de los bienes culturales bajo protección especial, al transporte de los bienes culturales y a la colocación del emblema. A su vez, se aprobó un Protocolo a dicha Convención que busca impedir la exportación de bienes culturales.

Como novedad importante, el artículo 19 de la Convención permite que las partes en un conflicto armado no internacional puedan poner en vigor, mediante acuerdos especiales, las disposiciones de la Convención o parte de ellas, y permite que la Unesco pueda ofrecer sus servicios a las partes en conflicto. Después del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, es la segunda disposición expresa

---

una gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos, edificios destinados a conservar y exponer bienes culturales muebles y centros que alberguen monumentos) no se extiende al patrimonio cultural intangible". Jan Hladík, "Protección de los bienes culturales durante las hostilidades: reunión de expertos en América Latina", en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 163, septiembre de 2002, p. 261.

<sup>54</sup> Fernando Pignatelli Meca, "Consideraciones sobre la protección reforzada y las infracciones penales en el Segundo Protocolo de la Convención de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado de 26 de marzo de 1999", en Consuelo Ramón Chornet (ed.), *Los retos humanitarios en el siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 151 y 152.

de un instrumento internacional de derecho humanitario aplicable a conflictos armados no internacionales.

El Estado colombiano aprobó este instrumento en virtud de la Ley 340 de 1996, depositada en la Unesco el 18 de junio de 1998, y entró en vigor para Colombia el 18 de septiembre de 1998. La Corte Constitucional la declaró exequible en su sentencia C-467 de 1997. Hasta el 17 de abril de 2007, 116 Estados son parte de esta Convención y 93 del Protocolo adicional de 1954.

- **La Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas), tóxicas (sic) y sobre su destrucción**

Esta Convención fue adoptada el 10 de abril de 1972, en la ciudad de Londres, y entró en vigor el 26 de marzo de 1975. Es el “...primer tratado internacional que proscribe una categoría completa de armas”.<sup>55</sup> Según su preámbulo, su objetivo primordial es excluir completamente la posibilidad de que los agentes bacteriológicos (biológicos) y las toxinas se utilicen como armas. Es complementaria del Protocolo de 1925, y los Estados se comprometen a no desarrollar, producir, almacenar o de otra forma adquirir o retener, nunca y bajo ninguna circunstancia, agentes microbianos u otros agentes biológicos, o toxinas, armas, equipos o vectores destinados a utilizar esos agentes o toxinas con fines hostiles o en conflictos armados (art. 1). También se comprometen a destruir o a desviar hacia fines pacíficos lo antes posible todos los agentes, toxinas, armas, equipos y vectores especificados que estén en su poder o bajo su control (art. 2); a no traspasar a nadie, directa o indirectamente, ninguno de estos elementos, y a no ayudar, alentar o inducir en forma alguna a ningún Estado, grupo de Estados u organizaciones internacionales a fabricarlos o adquirirlos de otra manera (art. 3). “A juicio de una parte de la doctrina

---

<sup>55</sup> José Roberto Pérez Salom, “Derecho internacional, armas biológicas y verificación”, ob. cit., p. 200.

de los jurisconsultos, la Convención sobre las armas biológicas puede considerarse como *ius cogens*".<sup>56</sup>

Esta Convención, que busca proscribir la denominada biología negra, no dispone hasta el momento de ningún instrumento de verificación, y hasta la fecha se ha venido aplazando la negociación de un Protocolo en ese sentido, en particular por la posición de Estados Unidos que señala que tal instrumento va contra los intereses comerciales y de seguridad norteamericanos.<sup>57</sup> Así mismo esta Convención, como el Protocolo de 1925, "...no recoge disposiciones que impidan las manipulaciones genéticas y otros avances potencialmente peligrosos que la biotecnología permite en la actualidad".<sup>58</sup>

La *guerra biológica* o bacteriológica consiste en el uso militar de organismos vivos o sus productos tóxicos con el propósito de causar la muerte, la incapacidad o daños a una población civil o militar, la enfermedad o destrucción de una población animal o de la vida vegetal y de los cultivos o para causar el deterioro de bienes u otras propiedades materiales.<sup>59</sup>

Los principales agentes biológicos susceptibles de ser utilizados militarmente pueden ser vivos o moleculares. A su vez, los agentes vivos pueden ser catalogados en dos categorías: las bacterias, rickettsias y micosis, por un lado, y los virus por el otro. Como ejemplos

<sup>56</sup> Gérard Peytrignet, "Últimos desarrollos en materia de normas de derecho internacional humanitario relativas a la prohibición o restricción del empleo de ciertas armas: contribución y expectativas del Comité Internacional de la Cruz Roja", en Gabriel Pablo Valladares, *Lecciones y Ensayos*, ob. cit., p. 257.

<sup>57</sup> Patrice Binder y Oliver Lepick, *Qué son las armas bacteriológicas*, Integral, Barcelona, 2003, p. 118.

<sup>58</sup> Vicente Otero Solana, "Los agentes biológicos, la amenaza biológica y el derecho internacional humanitario", en José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto (coord.), *El derecho internacional humanitario ante los retos de los conflictos armados actuales*, Fundación Rafael del Pino, Cruz Roja Española, Madrid, 2006, p. 132.

<sup>59</sup> A. V. Wyne Thomas y A. J. Thomas Jr., "Legal limits on the use of chemical and biological weapons", Dallas: Southern Methodist University Press, 1997, pp. 16-23; H. Meyrowitz, *Les armes biologiques et le droit international (Droit de la guerre et désarmement)*, Paris, Editions A. Pedone, citados en José Roberto Pérez Salom, "Derecho internacional, armas biológicas y verificación", ob. cit., pp. 201-202.

de bacterias se tienen el ántrax, el agente de la peste, el agente de la tularemia, el agente de la fiebre Q; son virus la viruela o el responsable de la encefalitis. Son agentes naturales moleculares las toxinas proteicas y policíclicas como los péptidos endógenos tales como la endotelina y la tetrodotoxina.<sup>60</sup>

...[E]n algunos casos, las armas bacteriológicas son más peligrosas que las químicas, incluso más que las nucleares: mientras que la zona destruida con armas nucleares por un bombardeo estratégico puede ser de hasta 30 km<sup>2</sup> y la de las armas químicas, de hasta 60 km<sup>2</sup>, la zona afectada por las armas bacteriológicas puede ser hasta de 100 km<sup>2</sup>. Las armas biológicas pueden afectar amplias zonas con sólo mínimos recursos humanos y materiales, y las enfermedades se desarrollarán, por mínimas que sean las dosis del arma que se introduzca en el cuerpo humano.<sup>61</sup>

... [L]os estudios demuestran que un misil que disemine 30 kilos de esporas de ántrax en una zona urbana puede matar entre 80.000 y 100.000 personas, en un radio de unos 10 kilómetros cuadrados, si no tienen una protección especial. Por su parte, un arma nuclear de 12,5 toneladas (del tamaño de la de Hiroshima) lanzada sobre un área similar de 7,8 kilómetros cuadrados puede matar entre 23.000 y 80.000 personas (además de causar considerables daños materiales). Para que un agente químico sea accionado y cause un número de bajas similar al de una AB [atómica o biológica] descrita posteriormente, se necesitarían muchos más kilos del agente. Por ejemplo, 300 kilos de un agente químico letal como el sarín, un gas neurotóxico, diseminados sobre un objetivo militar similar quizá podría causar la muerte de entre 80 y 200 personas, y solo abarcaría una

---

<sup>60</sup> Véase Patrice Binder y Oliver Lepick, *Qué son las armas bacteriológicas*, ob. cit., pp. 17 y ss. También puede consultarse a Vicente Otero Solana, “Los agentes biológicos, la amenaza biológica y el derecho internacional humanitario”, ob. cit., pp. 16 y ss.

<sup>61</sup> Valentín Romanov, “El alcance humanitario de la convención sobre armas silenciosas”, página web del CICR, <http://cicr.org/spa>, citado en Gérard Peytrignet, “Últimos desarrollos en materia de normas de derecho internacional humanitario”, ob. cit., p. 257.

ínfima porción de la zona afectada por una cantidad diez veces menor de ántrax.<sup>62</sup>

Incluso las ventajas económicas de su utilización son evidentes. Mientras el coste expresado en dólares de producir el mismo daño en un kilómetro cuadrado de un arma convencional es de 2000 dólares, el de un arma nuclear es de 800 dólares, el de un arma química es de 600 dólares, y el de un arma biológica es de un dólar.<sup>63</sup>

El Estado colombiano aprobó este instrumento en virtud de la Ley 10 de 1980, fue depositado ante el gobierno de Estados Unidos el 19 de diciembre de 1983, y entró en vigor en la misma fecha. Hasta el 17 de abril de 2007, 155 Estados son parte de esta Convención. El artículo 81 de la Constitución Política en su primer inciso prohíbe la fabricación e importación de armas biológicas.

- **La Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles**

Se ocupa de lo que se ha denominado “la guerra meteorológica”<sup>64</sup> o la guerra geofísica. Este Convenio, creado “...en respuesta al uso estadounidense de defoliantes en Vietnam, impone límites complementarios a los estragos causados por la guerra”.<sup>65</sup> “[se] roció con agente naranja, un poderoso agente químico con propiedades defoliantes, un área de 10 millones de hectáreas de Vietnam del Sur durante casi cuatro años”.<sup>66</sup>

---

<sup>62</sup> Roy Gutman y David Rieff, *Crímenes de guerra, lo que debemos saber*, ob. cit., pp. 69-70.

<sup>63</sup> Vicente Otero Solana, “Los agentes biológicos, la amenaza biológica y el derecho internacional humanitario”, ob. cit., p. 103.

<sup>64</sup> Manuel Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, ob. cit., p. 856.

<sup>65</sup> Roy Gutman y David Rieff, *Crímenes de guerra, lo que debemos saber*, ob. cit., p. 239.

<sup>66</sup> José Roberto Pérez Salom, “El derecho internacional y la prohibición de la guerra ambiental: el convenio Enmod”, en Consuelo Ramón Chornet (ed.), *Los retos humanitarios del siglo XXI*, ob. cit., p. 116. “Vietnam estima en tres millones (los norteamericanos reconocen solamente un millón), el número de habitantes

El Agente Naranja es el nombre en código para un herbicida desarrollado para uso militar, principalmente en zonas de densa vegetación y selváticas. Aunque su creación fue a mediados de los años 40, su uso militar no comenzó hasta los años 60. La finalidad de su utilización por el ejército, radicaba en un intento de privar al enemigo de ocultarse en la maleza y en la profunda vegetación selvática. El producto se probó en Vietnam a principios de los 60, pero su mayor utilización fue durante los años de mayor apogeo de la guerra (1967-68), después de este periodo su uso fue disminuyendo hasta el año 1971 que prácticamente dejó de utilizarse. El nombre de Agente Naranja se le dio por la banda anaranjada que se le pintó en los barriles de almacenamiento para su identificación.<sup>67</sup>

Aprobado el 10 de diciembre de 1976 en la ciudad de Ginebra, su objeto principal es la prohibición efectiva de la utilización de las técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles a fin de eliminar los peligros que para la humanidad entrañaría esa utilización. Con esta Convención, “[e]l ambiente resulta doblemente protegido, por ser un bien civil en sí y por ser elemento necesario para la supervivencia y desarrollo del ser humano en general, no siendo dable distinguir al dañarlo efectos frente a beligerantes o civiles”.<sup>68</sup>

Según su artículo 2, por técnicas de modificación ambiental se entenderán aquellas “que tienen por objeto alterar –mediante la manipulación deliberada de los procesos naturales– la dinámica, la composición o estructura de la Tierra, incluida su biótica, su litosfera, su hidrosfera y su atmósfera, o del espacio ultraterrestre”. En virtud de esta Convención, los Estados se comprometen a no utilizar estas téc-

---

que sufren diversas enfermedades y limitaciones, como cáncer del pulmón y de la próstata, ceguera, diabetes, malformaciones congénitas y parálisis. El agente naranja afectó también la fauna y devastó, además, 3,3 millones de hectáreas de bosques y arrozales”, en <http://www.rel-uita.org/agricultura/agrotoxicos/dioxina-vietnam.htm>

<sup>67</sup> En <http://www.museodevietnam.com/agente.htm>

<sup>68</sup> Zlata Drnas de Clément, “El daño deliberado y sustancial al medio ambiente, como objetivo, medio o método de guerra constituye violación de la norma imperativa de derecho internacional general”, en Gabriel Pablo Valladares, *Lecciones y ensayos*, ob. cit., p. 286.

nicas con el fin de causar destrucción, daños o perjuicios a otros Estados (art. 1). No prohíbe la utilización de técnicas de modificación ambiental con fines pacíficos, y alienta a los Estados a que cooperen intercambiando información científica y tecnológica sobre la utilización de las técnicas de modificación ambiental con el fin de preservar, mejorar y utilizar el medio ambiente para estos fines (art. 2).

La guerra geofísica se refiere, por ejemplo, a la modificación del tiempo atmosférico o del clima o al desencadenamiento de terremotos. Está prohibida por la Convención de las Naciones Unidas sobre la prohibición de Utilizar Técnicas de Modificación Ambiental con Fines Militares u otros Fines Hostiles respecto de todo Estado Parte en esta Convención. Se trata de una medida de desarme, válida tanto en tiempo de paz como de guerra. El umbral de validez de esta prohibición viene determinado por la amplitud de los daños, el periodo durante el cual son causados o su gravedad. El orden de magnitud es de varios cientos de kilómetros cuadrados por lo que respecta a la extensión, de algunos meses o de una estación en cuanto a la duración, y de una perturbación grave para la vida humana y los recursos naturales o de otra índole por lo que se refiere a la gravedad.<sup>69</sup>

Este instrumento, aprobado por una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, va a determinar a partir de esta década un mayor compromiso de esta organización con el derecho humanitario.<sup>70</sup> El Convenio no incorporó un sistema de verificación realmente efectivo, de modo que las Partes únicamente pueden recu-

---

<sup>69</sup> CICR, *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)*, tomo I, Plaza & Janés, Bogotá, 2001, párr. 1461.

<sup>70</sup> En suma, las actividades de las Naciones Unidas relativas a la reafirmación y al desarrollo del derecho a la guerra en el decenio de 1970 fueron significativas en tres aspectos. En primer lugar, contribuyeron a que el tema dejara de ser un tabú. En segundo lugar, pusieron de relieve la idea de protección de los derechos fundamentales del ser humano, incluso en tiempo de conflicto armado. Y en tercer lugar, hicieron una importante contribución al debate sobre cuestiones específicas, especialmente la situación de los combatientes de la guerrilla en las

rrir a las consultas y la cooperación, al Comité Consultivo de Expertos del Convenio y, en caso de violación, al Consejo de Seguridad.<sup>71</sup> Colombia no es parte de este instrumento del cual tan solo, hasta el 17 de abril de 2007, 72 Estados son Parte.

- **Los Protocolos Adicionales de 1977 a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949**

Los Convenios de Ginebra de 1949 fueron adicionados con dos Protocolos adoptados el 8 de junio de 1977 durante una conferencia diplomática convocada por el gobierno de Suiza y celebrada en esa ciudad. El Protocolo I protege a las víctimas de los conflictos armados internacionales y el Protocolo II protege a las víctimas de los conflictos armados no internacionales. La aprobación de estos instrumentos obedeció a “...dos imperativos mayores: proteger a la población civil contra los peligros de la guerra, especialmente los bombardeos aéreos –una materia perteneciente al derecho de La Haya, que había permanecido abandonada desde 1907– y perfeccionar el artículo 3, relativo a los conflictos interiores, que no era todavía más que un primer paso”.<sup>72</sup>

Como los conflictos armados en que se lucha contra la dominación colonial y la ocupación extranjera, y contra los regímenes racistas en el ejercicio del derecho a la libre determinación de los pueblos, fueron cobijados por el Protocolo I, las discusiones que se dieron en el Protocolo II no fueron tan extensas y profundas como se puede pensar. La participación de los movimientos de liberación nacional en los debates del Protocolo I ocasionó que los Estados participantes de la Conferencia fueran más complacientes en la reglamentación de los conflictos internacionales y más intransigentes en la regulación de los

---

guerras de liberación nacional. Frits Kalshoven y Liesbeth Zegveld, *Restricciones en la conducción de la guerra*, ob. cit., p. 36.

<sup>71</sup> José Roberto Pérez Salom, “El derecho internacional y la prohibición de la guerra ambiental: el convenio Enmod”, en Consuelo Ramón Chornet (ed.), *Los retos humanitarios del siglo XXI*, ob. cit., pp. 129 y ss.

<sup>72</sup> Jean Pictet, “La formación del derecho internacional humanitario”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 162, Ginebra, 2002, p. 88.

conflictos internos. De ahí que se cuente con un Protocolo I con 102 artículos y un Protocolo II con escasamente 28 artículos.<sup>73</sup>

El Protocolo I de 1977 se caracteriza por dos aportes específicos. El primero, que se acaba de indicar, corresponde a que la noción de conflicto armado internacional se amplía en relación con los Convenios de Ginebra de 1949. Este instrumento no sólo se aplica en situaciones de conflictos armados entre dos o más Estados, o en casos de ocupación total o parcial del territorio de un Estado tal como la prevé el artículo 2 común de los Convenios de Ginebra, sino también a “los conflictos en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación...”, en los términos del artículo 1 del Protocolo I. El segundo es una actualización en el campo de protección y en el aspecto conceptual de materias vinculadas tanto en lo que antes era la tradición del derecho de La Haya como del derecho de Ginebra. El Título III del Protocolo regula lo relacionado con medios y métodos de combate, estatuto de combatiente y de prisionero de guerra, y el Título IV sobre la población civil. A la fecha, lo regulado en estos dos títulos constituye uno de los conjuntos de normas más relevantes del derecho humanitario.

El Protocolo II de 1977 complementa y desarrolla el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 ampliando su protección en cuanto a las prohibiciones establecidas por ese artículo, en lo relativo al trato de los heridos, enfermos y náufragos, y en la protección de la población civil. Más adelante se analizará con algún detalle su contenido y su ámbito de aplicación.

El Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra, aprobado por el Estado colombiano en virtud de la Ley 11 de 1992, fue ratificado el 1 de septiembre de 1993 y su entrada en vigor para Colombia fue

---

<sup>73</sup> “Aunque la problemática del estatuto de combatiente privilegiado se eliminó antes en el proceso, las normas sobre la conducción de las hostilidades, la asistencia, la misión médica y los mecanismos de aplicación no se abandonaron hasta la última ‘ronda’ diplomática”. René Kosirnik, “Los Protocolos adicionales de 1977: un desarrollo necesario del derecho internacional humanitario”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 143, Ginebra, 1997, p. 522.

el 1 de marzo de 1994. La Corte Constitucional lo declaró exequible mediante sentencia C-574 de 1992. Hasta el 17 de abril de 2007, 167 Estados son parte de este Protocolo.

Por otra parte, el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra fue aprobado en virtud de la Ley 171 de 1994, Colombia se adhirió el 14 de agosto de 1995, y su entrada en vigor fue el 15 de febrero de 1996. La Corte Constitucional lo declaró exequible mediante sentencia C-225 de 1995. Hasta el 17 de abril de 2007, 163 Estados son parte de este Protocolo.

- **La Convención sobre la prohibición y restricción del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados**

Aprobada el 10 de octubre de 1980, sentó las bases para limitar o prohibir el uso de armas que causen efectos indiscriminados o daños superfluos e innecesarios. Esta Convención cuenta con cinco protocolos que rigen el uso de armas específicas y, según el artículo 8.2.a, se podrán adicionar más cuando los Estados Partes lo consideren necesario. El objetivo principal de esta Convención y de sus cinco protocolos es el de proteger a la población civil contra los efectos de las hostilidades y a los combatientes contra los sufrimientos excesivos causados por la guerra. Inicialmente estos instrumentos solo eran aplicables a conflictos armados internacionales, pero durante la Segunda Conferencia de Examen, realizada en 2001, se enmendó el artículo 1º con el fin de ampliar su ámbito de aplicación a los conflictos armados no internacionales.<sup>74</sup>

Los siguientes son sus protocolos adicionales: el Protocolo I sobre fragmentos no localizables con rayos X en el cuerpo humano.

El Protocolo II sobre el empleo de minas, armas trampa y otros artefactos. Este Protocolo es de particular relevancia porque “en los

---

<sup>74</sup> “A través de la enmienda al art. 1,... todos los protocolos existentes son aplicables a los conflictos armados no internacionales”. Véase Gérard Peytrignet, “Últimos desarrollos en materia de normas de derecho internacional humanitario...”, ob. cit., p. 248.

últimos años han llegado a existir en el mercado hasta 700 modelos de minas”,<sup>75</sup> y restringe el empleo de estas “armas como medio de ataque, como medio de defensa o a título de represalia, contra la población civil como tal o contra personas civiles” (art. 3), en zonas pobladas (art. 4), de minas lanzadas a distancia (art. 5), la prohibición de ciertas armas trampa (art. 6). Además, obliga a las partes a que elaboren un registro de los campos de minas que hayan sido sembrados y de todas las zonas donde hayan utilizado armas trampa (art. 7), facilitar el intercambio de equipos y conocimiento (art. 11), celebrar conferencias anuales (art. 12), y tomar todas las medidas nacionales del caso para la aplicación del Protocolo.

Aunque su aprobación suponía un paso adelante, diversas deficiencias se pusieron de manifiesto a la hora de hacer efectivos los preceptos contenidos en el Protocolo, entre los que cabe destacar: no aplicación a los conflictos internos; no asignación de responsabilidades inequívocas respecto a la eliminación de las minas; no prohibición de las no detectables; escaso rigor en las disposiciones que se referían a las colocadas a mano y las teledirigidas y, finalmente, que no existían sistemas de aplicación o control que velasen por su efectividad.<sup>76</sup>

Por esta razón, en mayo de 1996

... Se aprueba la revisión del Protocolo II y existe unanimidad a la hora de destacar algunas de las mejoras que se recogen en el nuevo texto, bien es verdad que siempre enfocado a la restricción pero no a la prohibición, como eran: ampliación del ámbito de aplicación a los conflictos armados sin carácter internacional; incorporar mecanismos de detección y autodestrucción, así como normas de transferencia; atribución clara de la obligación de reprimir violaciones graves de su contenido y estableci-

---

<sup>75</sup> José Luis Doménech Omedas, “La protección de la población civil ante el uso de determinadas armas pequeñas: minas, residuos explosivos y armas portátiles y ligeras”, en José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto (coord.), *El derecho internacional humanitario ante los retos de los conflictos armados actuales*, ob. cit., p. 67.

<sup>76</sup> *Ibíd.*, p. 217.

miento de consultas anuales entre las Partes. Parecía que con esas modificaciones sería suficiente para dar respuestas a las demandas sociales que en esos momentos se planteaban.<sup>77</sup>

El Protocolo III sobre las armas incendiarias. Como su nombre lo indica, este Protocolo tiene como objeto prohibir el uso contra la población civil de armas concebidas para incendiar objetos o causar quemaduras a las personas mediante la acción de las llamas. Así mismo, el Protocolo prohíbe el uso de este tipo de armas en bosques u otros tipos de cubierta vegetal, salvo cuando éstos sean utilizados como camuflaje de combatientes o sean objetivos militares en sí.

Este Protocolo III se aprobó entre otras para reaccionar ante el uso del napalm,<sup>78</sup> la bomba incendiaria por excelencia que se venía utilizando desde la Segunda Guerra Mundial, cuyo uso se masificó en la guerra de Vietnam. Durante la Segunda Guerra Mundial, los Estados Unidos habían lanzado 14.000 toneladas de napalm, primordialmente contra Japón. Durante la guerra de Corea, los aviones estadounidenses soltaron más de 32.000 toneladas de napalm, y en la guerra de Vietnam, entre 1963 y 1971, este mismo país lanzó alrededor de 373.000 toneladas de un tipo de napalm más nuevo y eficaz.<sup>79</sup>

El Protocolo IV sobre armas láser cegadoras, aprobado el 13 de octubre de 1995, es el único instrumentos de derecho humanitario preventivo, "...pues la prohibición se negoció antes de que las armas fueran efectivamente utilizadas en la batalla".<sup>80</sup> El Protocolo prohíbe el uso de armas que estén concebidas para causar ceguera permanente (art. 1); los Estados deben tomar todas las medidas para evitar

---

<sup>77</sup> Gonzalo Jar Consuelo, "Las minas antipersonal", en José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, *Derecho Internacional Humanitario*, ob. cit., p. 218.

<sup>78</sup> Su nombre se deriva de las primeras sílabas de los principales elementos que lo componen cuales son la nafta o gasolina, el naftaleno de aluminio y el palmitato de aluminio. Véase Sven Lindqvist, *Historia de los bombardeos*, Turner, Madrid, 2002, párr. 219.

<sup>79</sup> *Ibíd.*, párr. 345.

<sup>80</sup> Robert Mathews y Timothy L. H. McCormack, "La influencia de los principios humanitarios en la negociación de tratados sobre limitación de armamentos", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 150, Ginebra, 1999, p. 211.

el riesgo de ocasionar ceguera permanente en las personas con la utilización de sistemas láser.

El Protocolo V sobre residuos explosivos de guerra (REG), aprobado el 23 de noviembre de 2003,

dispone que las partes en conflicto armado tendrán que: 1. Eliminar los residuos explosivos de guerra en las zonas que se hallen bajo su control, una vez terminado el conflicto. 2. Proporcionar ayuda técnica, material y económica en zonas que no se hallen bajo su control, con miras a facilitar la remoción de municiones sin estallar o que hayan sido abandonadas tras sus operaciones militares. 3. Recabar información sobre municiones explosivas utilizadas por sus fuerzas armadas y compartir esa información con las organizaciones encargadas de la recogida y eliminación de los residuos explosivos de guerra. 4. Advertir a los civiles sobre el peligro que entrañan los REG en zonas específicas.<sup>81</sup>

Los REG sin explotar, aun cuando puedan atribuirse al uso legal de armas legales, no discriminan en cuanto al momento o la elección de la víctima. Basándose en estimaciones de la OTAN, se puede dar por sentado que después del conflicto en Kosovo quedaron aproximadamente 30.000 submuniciones de bombas-racimo sin explotar. Al cabo de un año transcurrido desde el final del conflicto, unas 150 personas resultaron muertas o heridas por submuniciones de bombas-racimo. A diferencia de los incidentes causados por minas antipersonal, los que ocasionaba por contacto con los REG suelen matar o herir a varias personas al mismo tiempo, debido a su mayor potencia explosiva. La eliminación o destrucción de submuniciones de bombas-racimo se considera más peligrosa, incluso, y más delicada que la remoción de las minas antipersonal.<sup>82</sup>

---

<sup>81</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, "Primer tratado internacional sobre residuos explosivos de guerra", Comunicado de prensa, 28 de noviembre de 2003, en [www.cicr.org](http://www.cicr.org).

<sup>82</sup> Gérard Peytrignet, "Últimos desarrollos en materia de normas de derecho internacional humanitario", *ob. cit.*, p. 250.

Esta Convención, aprobada por el Estado colombiano mediante la Ley 469 de 1998, fue ratificada el 6 de marzo de 2000 y entró en vigor para Colombia el 6 de septiembre de 2000. Declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-156 de 1999. Aún Colombia no es parte del Protocolo V. Hasta el 17 de abril de 2007, 102 Estados son parte de la Convención de 1980; 100 del Protocolo I; 89 del Protocolo II; 95 del Protocolo III; 84 del Protocolo IV; 30 del Protocolo V y 87 de la revisión del Protocolo II de 1996. La enmienda del 2001 que extiende su aplicación a los conflictos armados no internacionales hasta el 17 de abril de 2007 ha sido aprobada por 49 Estados y fue aprobada por el Estado colombiano mediante la Ley 1072 de 2006.

- **La Convención sobre la prohibición del desarrollo, producción, almacenamiento y empleo de armas químicas y sobre su destrucción**

Aprobada el 3 de enero de 1993 en la ciudad de París, esta Convención reafirma los principios del Protocolo de Ginebra de 1925 y de la Convención de Londres de 1972, y compromete a los Estados a: 1) no desarrollar, producir, almacenar o conservar, ni transferir este tipo de armas, como tampoco, a emplear, ayudar, alentar o inducir a la utilización de las mismas; 2) destruir todas las armas químicas y las instalaciones que tenga en su poder o que se encuentren en su jurisdicción, así como aquellas que hayan sido abandonadas en otros Estados; 3) no emplear agentes de represión de disturbios como método de guerra.

Hasta la fecha sigue siendo el tratado de desarme y de no proliferación más completo nunca negociado, refuerza la prohibición del empleo de las armas químicas del Protocolo de 1925, instaura un sistema de verificación internacional con el propósito de asegurar que los Estados Partes no desarrollen actividades ilícitas de las prohibidas por esta Convención, y es pionero en la exigencia a los Estados Partes de la adopción de medidas nacionales necesarias para cumplir con las obligaciones contraídas en virtud de este instrumento.

Esta Convención, aprobada por el Estado colombiano en virtud de la Ley 525 de 1999, fue ratificada el 5 de abril de 2000, y entró en vigor para Colombia el 5 de mayo del mismo año. Fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-991 de 2000. Hasta el 17 de abril de 2007, 182 Estados son parte de esta Convención. El artículo 81 de la Constitución Política en su primer inciso prohíbe la fabricación, importación, posesión y uso de armas químicas.

- **La Convención sobre la seguridad personal de las Naciones Unidas y del personal asociado**

Este instrumento fue adoptado por la Asamblea General de la ONU el 9 de diciembre de 1994 (A/RES/49/59), y entró en vigor el 15 de enero de 1999.

Aunque adoptada precisamente para reforzar la protección del personal de la ONU, el artículo 20 de la Convención reconoce explícitamente la aplicación del derecho internacional humanitario a las fuerzas de Naciones Unidas: “Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a: a) La aplicabilidad del derecho internacional humanitario ni de las normas universalmente reconocidas de derechos humanos según figuran en instrumentos internacionales en relación con la protección de las operaciones de las Naciones Unidas y del personal de las Naciones Unidas y el personal asociado, ni a la responsabilidad de ese personal de respetar ese derecho y esas normas...”<sup>83</sup>

De manera particular, sobre la aplicación del derecho humanitario por parte de personal de las Naciones Unidas existe un “...Boletín del Secretario General, promulgado el 6 de agosto de 1999 y que entró en vigor seis días después, el 12 de agosto de 1999, coincidiendo por lo tanto con el cincuentenario de la adopción de los cuatro

---

<sup>83</sup> Pilar Pozo Serrano, “La aplicación del derecho internacional humanitario a las fuerzas de Naciones Unidas: algunos interrogantes”, en Consuelo Ramón Chornet, *El derecho internacional humanitario ante los nuevos conflictos armados*, ob. cit., p. 341.

Convenios de Ginebra”.<sup>84</sup> Aunque estas directrices no tienen fuerza vinculante, y los principios y normas enunciados en ellas no son exhaustivos,<sup>85</sup> sí son un parámetro de interpretación tanto de la aludida Convención como de las normas humanitarias.

Esta Convención fue aprobada mediante la Ley 877 de 2004 y declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-863 de 2004.

- **La Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal**

Llamada también la Convención de Ottawa, fue adoptada el 18 de septiembre de 1997. “[E]s, ante todo, un instrumento interestatal para el desarme...”.<sup>86</sup> “Los elementos del Tratado que pueden considerarse esenciales son: prohibición total de uso, almacenamiento, producción y transferencia; destrucción tanto de existencias como las que se vayan desminando; cooperación y asistencia internacional para limpieza de países afectados y asistencia a las víctimas”.<sup>87</sup> “[Q]uizá el aspecto más notable del tratado de Ottawa es que su celebración representa la primera ocasión en que un acuerdo sobre control de armamentos que proscribía una categoría completa de armas ha sido motivado fundamentalmente por precauciones humanitarias”.<sup>88</sup>

<sup>84</sup> D. Sarga, “United Nations Peacekeeping Operations: Applicability of International Humanitarian Law and responsibility for Operations related Damage”, citado en *ibíd.*, p. 346.

<sup>85</sup> Anne Ryniker, “Respeto del derecho internacional humanitario por las fuerzas de las Naciones Unidas: algunos comentarios a propósito del boletín del secretario general de las Naciones Unidas, del 6 de agosto de 1999”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 152, 1999, p. 263.

<sup>86</sup> Frits Kalshoven y Liesbeth Zegveld, *Restricciones en la conducción de la guerra*, *ob. cit.*, p. 196.

<sup>87</sup> Gonzalo Jar Consuelo, “Las minas antipersonal”, en José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, *Derecho Internacional Humanitario*, *ob. cit.*, pp. 221-222.

<sup>88</sup> Robert J. Mathews, Timothy L. H. McCormack, “La influencia de los principios humanitarios en la negociación de tratados sobre limitación de armamentos”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 150, Ginebra 1999, p. 210.

El primer proyecto austriaco contenía un artículo relativo al ámbito de aplicación del tratado propuesto, según el cual la Convención se aplicaría “en todas las circunstancias, incluso en caso de conflicto y en tiempo de paz”. En la Reunión de Viena se debatió la cuestión de saber si era pertinente prever tal disposición en un tratado, por el que se prohibiría totalmente el empleo de un arma. Tras estas deliberaciones, en el segundo proyecto austriaco se suprimió el artículo relativo al ámbito de aplicación, porque se consideraba superfluo en un acuerdo en el que los Estados Partes se comprometen “a nunca desarrollar, producir, almacenar transferir o emplear minas antipersonal”. La ausencia de tal disposición implicó, sin embargo, que no se hiciera referencia específica alguna a la aplicación del tratado a todas las partes en un conflicto. Esto truncó las esperanzas de varios países, particularmente de Colombia, y de la ICBM [Compañía Internacional de Erradicación de las Minas Terrestres], en el sentido de que el tratado habría permitido así reglamentar expresamente el comportamiento de todos los protagonistas en un conflicto, y no sólo el de los Estados. No obstante, al firmar el Tratado de Ottawa, Colombia dejó constancia de que, aunque la Convención no influye en el estatuto jurídico de las diversas partes implicadas, se aplica a todas las partes contendientes que son sujetos de derecho internacional humanitario (esto es, de conformidad con el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y su Protocolo adicional II de 1977); lo cual no se impugnó.<sup>89</sup>

La mina puede describirse como un combatiente que nunca yerra el blanco, que ataca a ciegas, que no porta armas abiertamente y que puede causar víctimas mucho después de que hayan cesado las

---

<sup>89</sup> Stuart Maslen y Peter Herby, “Prohibición internacional de las minas antipersonal”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 148, Ginebra, 1998, pp. 753-754. “Vale la pena destacar, que acorde con esa situación, el Gobierno Nacional hizo una declaración durante la Conferencia Diplomática que adoptó la presente Convención, señalando que los grupos armados irregulares en Colombia están igualmente obligados a abandonar en la práctica la utilización de las minas quiebrapatas, poniendo en vigor las disposiciones del convenio por la vía de los acuerdos especiales. Dicho señalamiento resulta concordante con lo ya señalado”. Corte Constitucional, sentencia C-991 de 2000, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

hostilidades. Es uno de los mayores infractores del derecho internacional humanitario.<sup>90</sup> “En cuanto a consideraciones estratégicas hay que decir que ha triunfado la tesis de que las minas antipersonal son armas cuyo costo humanitario en vidas humanas supera con creces su limitado valor militar”.<sup>91</sup>

Se las identifica como el “soldado perfecto”, pues nunca duerme y nunca falla, no dejan de actuar frente a un cese de actividades bélicas y aunque han sido creadas para fines de guerra, no distinguen entre combatientes, adultos ni niños, pues se observa que sólo el diez por ciento de sus víctimas son combatientes; es decir, sus efectos no se limitan a soldados y sus propósitos a resultados exclusivamente militares sino que cobijan a la población civil cuando desarrolla las más sencillas actividades cotidianas.<sup>92</sup>

Las minas antipersonal constituyen un arma de guerra nociva y con efectos indiscriminados, a las cuales se les ha dado un uso irresponsable. Están diseñadas para matar y, en su defecto, para mutilar partes del cuerpo humano, dejando repercusiones psicológicas profundas en sus víctimas. Tienen una particularidad especial pues el daño que infligen no sólo se produce durante la situación de conflicto armado –internacional o interno–, sino que al permanecer activas indefinidamente, su amenaza se torna latente.<sup>93</sup>

<sup>90</sup> Opinión de un ex delegado del CICR, Gerald C. Cauderay, “Las minas antipersonal”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Ginebra, 1993, pp. 289 a 305. Sobre las minas antipersonal véase Gonzalo Jar Consuelo, “Las minas antipersonal”, en José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, *Derecho Internacional Humanitario*, ob. cit., pp. 211-226.

<sup>91</sup> José Luis Doménech Omedas, “La protección de la población civil ante el uso de determinadas armas pequeñas: minas, residuos explosivos y armas portátiles y ligeras”, en José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto (coord.), *El derecho internacional humanitario*, ob. cit., p. 77.

<sup>92</sup> Corte Constitucional, sentencia C-991 de 2000, M. P. Álvaro Tafur Galvis. “Algunas autoridades han sugerido que el uso de minas quebrapatas necesariamente viola el principio de distinción, ya que la población civil no puede ser protegida adecuadamente del daño que causan las minas”. CIDH, *Tercer Informe*, ob. cit., párr. 104.

<sup>93</sup> Corte Constitucional, sentencia C-991 de 2000, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

“La guerra civil en Camboya, donde en los últimos 25 años se sembraron más de 4 millones de minas, fue la primera en la historia en que las víctimas de estas armas fueron superiores a las de todas las demás”.<sup>94</sup> “En la actualidad, el término ‘mina’ ha dejado de ser únicamente el nombre de un arma para evocar una crisis humanitaria de proporciones inconmensurables”.<sup>95</sup>

Las tres cuartas partes de las víctimas de minas son civiles y un tercio son niños menores de quince años. Existen 110 millones de minas dispersas en setenta países. Según la organización humanitaria *Handicap International*, causan una víctima cada veinte minutos (es decir 26.000 víctimas al año). Una mina cuesta solamente entre 3 y 30 dólares; el desminado de un único artefacto cuesta entre 300 y 1.000 dólares. Según la campaña internacional para la prohibición de las minas, al ritmo actual de desminado, hará falta más de un milenio y 33 millones de dólares para hacer desaparecer todas las minas existentes en el mundo.<sup>96</sup>

Las minas afectan especialmente a las comunidades rurales en desarrollo, puesto que impiden la siembra o recolección de campos.<sup>97</sup>

Las minas también afectan el equilibrio ecológico, al alterar los suelos, destruir la vegetación y la vida animal, e introducir sustancias nocivas en el medio ambiente. En la guerra del Golfo se demostró que la utilización de minas provocó daños irreversibles a los ecosistemas, incluso daños prolongados al suelo por destrozos y desplazamientos, destrucción de la

---

<sup>94</sup> Gonzalo Jar Consuelo, “Las minas antipersonal”, en José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, *Derecho Internacional Humanitario*, ob. cit., p. 212. También de este autor puede consultarse su artículo “Las minas antipersonal. ¿una cuestión resuelta?”, en Consuelo Ramón Chornet (ed.), *Los retos humanitarios del siglo XXI*, ob. cit., pp. 67 a 94.

<sup>95</sup> Lucía Alonso Ollacarizqueta, “Las minas antipersonal”, en Mariano Aguirre y Tamara Osorio, *Guerras periféricas, derechos humanos y prevención de conflictos*, Anuario CIP 1998, Icaria Editorial, Madrid, 1998, p. 149.

<sup>96</sup> Bouchet-Saulnier, *Diccionario práctico de derecho humanitario*, ob. cit., p. 439.

<sup>97</sup> Vicenç Fisas, *Cultura de paz y gestión de conflictos*, ob. cit., p. 309.

estructura del suelo y un aumento de la vulnerabilidad de los suelos a la erosión del agua y el viento.<sup>98</sup>

“El desminado es un proceso sumamente lento. Hay que hacerlo a mano, y sólo pueden desminarse de 20 a 50 m<sup>2</sup> al día”.<sup>99</sup> “Al ritmo actual de desminado, harán falta once siglos para deshacerse por completo de las minas”.<sup>100</sup> “Muchas empresas fabricantes de minas se dedican también al desminado. El cinismo es total. El desminado les proporciona más beneficios que el propio minado”.<sup>101</sup>

En relación con este instrumento se dice que:

... no cambiará la realidad de la devastación causada por las minas terrestres antipersonal aún enterradas y en espera de explotar y, en segundo lugar, varios de los importantes protectores, usuarios y exportadores de minas terrestres antipersonal no participaron en las negociaciones y han afirmado que no adherirán al tratado.<sup>102</sup>

Se puede señalar que en países en situación posconflicto, como Bosnia-Herzegovina, Camboya y Croacia, el número anual de víctimas ha disminuido en más del 65% después de aplicarse la prohibición del empleo de minas terrestres antipersonal y los requisitos de limpieza y de sensibilización al peligro de esas armas.<sup>103</sup>

Este tratado fue aprobado por el Estado colombiano en virtud de la Ley 554 de 2000, fue ratificado el 6 de septiembre de 2000, y entró en vigor para Colombia el 1 de marzo de 2001. La Corte Constitucional

<sup>98</sup> *Ibíd.*, p. 310.

<sup>99</sup> *Ibíd.*, p. 309.

<sup>100</sup> Bouchet-Saulnier, *Diccionario práctico de derecho humanitario*, ob. cit. p. 439.

<sup>101</sup> Vicenç Fisas, *Cultura de paz y gestión de conflictos*, ob. cit., p. 309.

<sup>102</sup> Robert J. Mathews y Timothy L. H. McCormack, “La influencia de los principios humanitarios en la negociación de tratados sobre limitación de armamentos”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 834, 1999, p. 210.

<sup>103</sup> Gérard Peytrignet, “Últimos desarrollos en materia de normas de derecho internacional humanitario”, ob. cit., p. 255.

lo declaró exequible mediante sentencia C-991 de 2000. Hasta el 17 de abril de 2007, 152 Estados son parte de esta Convención. “Colombia es el único país de las Américas en el que se siguen plantando minas antipersonal”.<sup>104</sup>

### • El Estatuto de la Corte Penal Internacional

Este instrumento internacional, aprobado en Roma el 17 de julio de 1998, se estableció entre otras para conocer de los crímenes de guerra que no son otra cosa que las infracciones graves al derecho humanitario. Estos crímenes se pueden cometer tanto en conflictos armados internacionales como en conflictos armados no internacionales. “... [E]l Estatuto de Roma es el primer *tratado multilateral* que establece la responsabilidad penal del individuo por violaciones graves del derecho internacional humanitario aplicable a los conflictos armados no internacionales”.<sup>105</sup>

La consagración de estos crímenes se debe en buena parte a los resultados arrojados por los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda en la sanción de estas conductas.

Con el establecimiento de los Tribunales y de la CPI [Corte Penal Internacional] se busca alcanzar varios objetivos: hacer que los criminales de guerra comparezcan ante la justicia, especialmente cuando los Estados no tienen la disposición o la capacidad de hacerlo; instar a los Estados a investigar los crímenes y a enjuiciar a los criminales en los tribunales nacionales; contribuir a la prevención de los crímenes internacionales; y por último, de manera más general, reforzar la paz y la seguridad internacional promoviendo el imperio de la ley en países que sufren las consecuencias de conflictos y crímenes de guerra.<sup>106</sup>

<sup>104</sup> Human Rights Watch, “*Aprenderás a no llorar: niños combatientes en Colombia*”, Estados Unidos, septiembre de 2003, p. 51.

<sup>105</sup> Citado en Fernando Pignatelly y Meca, “Los crímenes de guerra en el estatuto de la Corte Penal Internacional”, en Consuelo Ramón Chornet (ed.), *El derecho internacional humanitario ante los nuevos conflictos armados*, ob. cit., p. 301.

<sup>106</sup> Frits Kalshoven y Liesbeth Zegveld, *Restricciones en la conducción de la guerra*, ob. cit., p. 218.

El Estatuto de la Corte Penal Internacional fue aprobado por el Estado colombiano en virtud de la Ley 472 de 2002 de 5 de junio del mismo año, y entró en vigor para Colombia el 1º de noviembre de 2002. La Corte Constitucional lo declaró exequible mediante sentencia C-578 de 2002. Hasta el 17 de abril de 2007, 104 Estados son parte de la Corte Penal Internacional. En el Capítulo II se hará referencia de manera pormenorizada a los crímenes de guerra estipulados para conflictos armados en particular de los no internacionales, al igual que algunas características generales de la Corte.

- **El Protocolo II de 1999 de la Convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado**

Este protocolo fue aprobado el 26 de marzo de 1999, con el fin de mejorar la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, de reforzar el sistema de protección de los mismos y de complementar las disposiciones de la Convención de la Haya de 1954. Este instrumento se adoptó en vista de que “[l]a eficacia de la Convención de 1954 se convirtió en materia de preocupación general a comienzos de los años noventa, durante la segunda guerra del Golfo y la guerra de la antigua Yugoslavia”.<sup>107</sup>

El Protocolo enfrenta las debilidades de la Convención de 1954 y ofrece soluciones adecuadas. Sus logros más importantes son los siguientes: - aclara las obligaciones de tomar medidas preventivas y de difundir la Convención y el Segundo Protocolo; - actualiza la Convención de 1954 mediante la introducción de conceptos contenidos en el Protocolo adicional I de 1977; - brinda la oportunidad de hacer efectivo el régimen de “protección especial” reemplazándolo por un sistema nuevo y perfeccio-

---

<sup>107</sup> Jean-Marie Henkaerts, “Nuevas normas para la protección de los bienes culturales durante un conflicto armado: la importancia del Segundo Protocolo a la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 151, septiembre de 1999, p. 104.

nado de “protección reforzada”; - perfecciona el mecanismo de obligación del cumplimiento mediante la definición de las violaciones graves que deben ser castigadas con una sanción penal y mediante la imposición a los Estados del deber de ejercer jurisdicción sobre esas violaciones; - desarrolla el derecho humanitario mediante la definición de esas violaciones graves y la extensión del ámbito de aplicación a los conflictos armados no internacionales.<sup>108</sup>

Aunque este instrumento fue aprobado por la Ley 899 de 2004, ésta fue declarada inconstitucional por vicios de forma según la sentencia C-400 del 14 de abril de 2005 de la Corte Constitucional, y fue nuevamente aprobado por la Ley 1130 de 2007. Hasta el 17 de abril de 2007, 44 Estados son parte de este Protocolo.

- **El Protocolo facultativo a la Convención sobre los derechos del niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados**

Este protocolo fue adoptado en la ciudad de Nueva York el 25 de mayo de 2000, con el objeto fundamental de proteger a los niños que participan directamente en las hostilidades. Con la adopción de este instrumento, los Estados Parte se comprometen elevar la edad mínima de reclutamiento voluntario de personas a dieciocho años, por encima de la fijada en la Convención sobre los Derechos del Niño, y en el Protocolo I de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 1949. De igual manera, prohíbe a los grupos armados diferentes a las fuerzas armadas de un Estado a reclutar menores de edad en sus fuerzas. Los Estados se ven en la obligación de adoptar todas las medidas para impedir el reclutamiento y la utilización de menores de edad en conflictos armados.

---

<sup>108</sup> Jean-Marie Henkaerts, *ibíd.*, pp. 129-130. Sobre este Protocolo en este mismo sentido puede verse también a Fernando Pignatelli Meca, “Consideraciones sobre la protección reforzada y las infracciones penales en el Segundo Protocolo de la Convención de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado de 26 de marzo de 1999”, en Consuelo Ramón Chornet (ed.), *Los retos humanitarios en el siglo XXI*, *ob. cit.*, pp. 139 y ss.

Este Protocolo fue firmado por Colombia el 6 de septiembre de 2000, aprobado por el Estado colombiano en virtud de la Ley 833 de 2003, y declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-318 de 2003. Entró en vigor para Colombia el 25 de junio de 2005, y hasta el 17 de abril de 2007, 114 Estados son parte de este Protocolo.

- **Protocolo III adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 que crea un emblema adicional a la Cruz Roja y a la Media Luna Roja**

Este instrumento, aprobado el 8 de diciembre de 2005, crea un emblema adicional, denominado el cristal rojo, que ofrecerá una solución global y duradera en esta materia. Se trata de un marco rojo cuadrado sobre fondo blanco, colocado sobre uno de sus vértices y exento de toda connotación religiosa, política o de cualquier otra índole. Al 17 de abril de 2007, 12 Estados son partes de este instrumento que entró en vigor internacional el 14 de enero de 2007, y que fue firmado por el Estado colombiano el 8 de diciembre de 2005.

El recorrido que acabamos de hacer demuestra que no hay una frontera hermética entre el derecho de Ginebra y el derecho de La Haya. Se trata de dos conjuntos de normas que se completan recíprocamente y que, por comodidad, agrupamos bajo dos nombres diferentes. Sería un error atribuirles un alcance jurídico claramente diferenciado. En realidad, desde la aprobación de los Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949, la distinción entre el derecho de Ginebra y el derecho de La Haya tiene, sobre todo un valor histórico.<sup>109</sup>

Aunque los compromisos internacionales asumidos por los Estados pueden ser muy heterogéneos,<sup>110</sup> y se considere que su respeto

---

<sup>109</sup> François Bugnion, “El derecho de Ginebra y el derecho de La Haya”, ob. cit., p. 267.

<sup>110</sup> Esperanza Orihuela Catalayud, “Aplicación del derecho internacional humanitario por las jurisdicciones nacionales”, en Javier F. Quel López (ed.), *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Colección Escuela Diplomática, núm. 4, Escuela Diplomática y Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Madrid, 2000, p. 256.

por las partes en conflicto es irreal o utópico, precisamente por ser estas leyes de la guerra tan vagas, inconstantes e incoherentes, jamás exigen ser desobedecidas.<sup>111</sup>

Pero la capacidad de la ley para imponerse a la guerra ha sido siempre muy relativa y nada se conseguirá mientras el guerrero no posea un concepto de lo que resulta honorable o no para un hombre armado, una capacidad propia de reprimir eficazmente las prácticas inhumanas. Con palabras de John Keegan, un historiador militar británico: “No existe un sustituto del honor capaz de imponer la decencia en el campo de batalla, nunca ha existido y nunca existirá, porque en el lugar donde se mata no habrá nunca jueces o policías”.<sup>112</sup>

#### *b) El derecho consuetudinario*

La relevancia de determinar qué normas del derecho humanitario constituyen derecho consuetudinario, es decir, cuáles son prácticas de los Estados generalizadas que se estiman obligatorias, y que por tanto deben respetarse en todo conflicto armado, radica en varias razones esenciales. La primera es que dicha calificación le permite exigir a determinados Estados el respeto de ciertas normas humanitarias que descansan en instrumentos internacionales que no han sido aprobados en su legislación interna. La segunda, es que permite que algunas normas convencionales de los conflictos armados internacionales sean aplicables a los conflictos armados no internacionales.<sup>113</sup> La tercera, es que permite identificar ciertos usos y costumbres de la

---

<sup>111</sup> Wasserstrom, “The responsibility of the individual”, citado en Michael Walzer, *Guerras justas e injustas*, ob. cit., p. 414.

<sup>112</sup> Michael Ignatieff, *El honor del guerrero*, ob. cit., p. 115.

<sup>113</sup> “...las lagunas en la regulación de la conducción de las hostilidades que establece el Protocolo adicional II las ha colmado, en gran medida, la práctica de los Estados, que ha dado lugar a la creación de normas paralelas a las del Protocolo adicional I pero que son aplicables, como derecho consuetudinario, a los conflictos armados no internacionales”. Jean-Marie Henckaerts, “Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario: una contribución a la comprensión y al respeto de los conflictos armados”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 857, en [www.cicr.org/spa](http://www.cicr.org/spa), p. 9.

guerra que no están regulados por ningún instrumento internacional pero que deben ser acatados por las partes en un conflicto armado.

Para que una costumbre sea fuente de derecho se requiere que sea una práctica lo suficientemente densa, en términos de uniformidad, extensión y representatividad,<sup>114</sup> y que tenga *opinio juris*, o sea que dicha práctica se estime obligatoria en virtud de que es en derecho. Cuando una norma alcanza ese estatus obliga a los Estados.

Existe una gran identidad entre el actual derecho convencional y el derecho consuetudinario. "...[El] corpus del derecho internacional humanitario, tal como figura en los grandes convenios que lo codifican, es la parte esencial del derecho internacional general y consuetudinario".<sup>115</sup> "El hecho de reconocer que un tratado de DIH recoge el derecho consuetudinario fortalece la exigencia moral de su cumplimiento en la comunidad internacional al acentuar su carácter moral y sus profundas raíces en los valores de la comunidad".<sup>116</sup>

La adhesión universal a los Convenios de Ginebra ha hecho considerar que estos instrumentos tengan carácter consuetudinario. "Aunque el Protocolo adicional I carece aún de ratificación universal [hasta el 17 de abril de 2007, 167 Estados Partes], no se cuestiona que la mayoría de sus normas relativas a la conducción de las hostilidades reflejan también el derecho internacional consuetudinario".<sup>117</sup>

En su sentencia en el caso *Furundzja*, el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia dispuso lo siguiente:

La transformación de dichas disposiciones de los tratados en normas consuetudinarias está evidenciada por distintos factores. Primero, dichos tratados y, en particular, los Convenios de Ginebra han sido ratificados

<sup>114</sup> Sobre este tema de la evaluación de la práctica estatal, véase *ibíd.*, pp. 4 y 5.

<sup>115</sup> Luigi Condorelli, "La Corte Internacional de Justicia bajo el peso de las armas nucleares", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 139, Ginebra, 1997, p. 13.

<sup>116</sup> Roy Gutman y David Rieff, *Crímenes de guerra, lo que debemos saber*, *ob. cit.*, p. 163.

<sup>117</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, XXVIII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, diciembre de 2003, "El derecho internacional humanitario y los retos de los conflictos armados contemporáneos. Informe preparado por el Comité Internacional de la Cruz Roja", septiembre de 2003, p. 9.

por casi todos los Estados del mundo. Cierto es que las disposiciones de dichos tratados guardan esta calidad y cualquier Estado Parte tiene, formalmente, el derecho a liberarse de sus obligaciones mediante la denuncia del tratado (posibilidad que en la realidad parece sumamente remota). ...<sup>118</sup>

Con respecto al Protocolo adicional I de 1977, la Corte [Internacional de Justicia] declara que “todos los Estados están obligados por estas normas... que, cuando se aprobaron, no eran sino la expresión de un derecho consuetudinario ya existente” [CIJ, Licitud de la amenaza o del empleo de las armas nucleares, Opinión Consultiva del 8 de julio de 1996, dictamen disidente del juez Weeramantry]. Esta declaración da poca orientación con respecto a la índole consuetudinaria de las normas de este Protocolo más allá de las que se comentan específicamente en otras partes de la Opinión. Sin embargo, cabe señalar que las normas de los tratados pueden llegar a ser consuetudinarias después de la adopción de un tratado, y se supone que la Corte no trata de excluir la posibilidad de que así haya sido con respecto a algunas de las disposiciones de los Protocolos.<sup>119</sup>

La Corte Constitucional, cuando declaró exequible el Protocolo I de 1977, reconoció el derecho de los conflictos armados como derecho consuetudinario:

En síntesis, los principios del derecho internacional humanitario plasmados en los Convenios de Ginebra y en sus dos Protocolos, por el hecho de constituir un catálogo ético mínimo aplicable a situaciones de conflicto nacional e internacional, ampliamente aceptado por la comunidad internacional, hacen parte del *ius cogens* o derecho consuetudinario de los pueblos. En consecuencia, su fuerza vinculante proviene de la universal aceptación y reconocimiento que la comunidad internacional de Estados

---

<sup>118</sup> TPYI, The prosecutor vs. Furundzija, judgement in trial chamber II, 10 december 1998, párr. 138.

<sup>119</sup> Louise Doswald-Beck, “El derecho internacional humanitario y la Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares”, ob. cit., p. 38.

en su conjunto le ha dado al adherir a esa axiología y al considerar que no admite norma o práctica en contrario. No de su eventual codificación como normas de derecho internacional, como se analizará con algún detalle más adelante. De ahí que su respeto sea independiente de la ratificación o adhesión que hayan prestado o dejado prestar los Estados a los instrumentos internacionales que recogen dichos principios.

El derecho internacional humanitario es, ante todo, un catálogo axiológico cuya validez absoluta y universal no depende de su consagración en el ordenamiento positivo. ... Los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales I y II de 1977 constituyen pura y simplemente, la expresión formal y por escrito, esto es, la codificación de los principios ya existentes en el derecho internacional consuetudinario.<sup>120</sup>

La Procuraduría General de la Nación, en su examen de constitucionalidad del Protocolo II de 1977, expresó:

Sobre el carácter de *ius cogens*, que informa el Protocolo II, el cual fue ampliamente reconocido entre nosotros a través de sentencia No. 574 de octubre 28 de 1992, por medio de la cual se estableció la constitucionalidad del Protocolo I adicional a los convenios de Ginebra de 1949, hablan, entre otras cosas, la cláusula Martens sobre la regulación de los casos no previstos en las normas convencionales, incorporada no sólo a los convenios de La Haya de 1907, sino también a los convenios de Ginebra de 1949 y al preámbulo del Protocolo II, y aquellas disposiciones del artículo 3º común y del Protocolo II que afirman explícitamente el carácter incondicional –vg. para toda circunstancia– de su vigencia.<sup>121</sup>

Esto mismo lo vuelve a reconocer la Corte en la sentencia de exequibilidad del Protocolo II de 1977:

<sup>120</sup> Corte Constitucional, sentencia 574, Revisión oficiosa del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), 28 de octubre de 1992, pp. 95 y 96.

<sup>121</sup> Procuraduría General de la Nación, Examen de constitucionalidad de la Ley 171 de 1994, enviado a la Corte Constitucional el 3 de marzo de 1995, pp. 7-8.

El derecho internacional humanitario ha sido fruto esencialmente de unas prácticas consuetudinarias, que se entienden incorporadas al llamado derecho consuetudinario de los pueblos civilizados. Por ello, la mayoría de los convenios de derecho internacional humanitario deben ser entendidos más como la simple codificación de obligaciones existentes que como la creación de principios y reglas nuevas. Así, esta Corporación, en las sentencias citadas, y en concordancia con la más autorizada doctrina y jurisprudencia internacionales, ha considerado que las normas de derecho internacional humanitario son parte integrante del *ius cogens*. Ahora bien, al tenor del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, se entiende por norma *ius cogens* o norma imperativa de derecho internacional general “una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”. Por ello, según este mismo artículo de la Convención de Viena, todo tratado que contradiga esos principios es nulo frente al derecho internacional. Esto explica que las normas humanitarias sean obligatorias para los Estados y las partes en conflicto, incluso si éstos no han aprobado los tratados respectivos, por cuanto la imperatividad de esta normatividad no deriva del consentimiento de los Estados sino de su carácter consuetudinario.<sup>122</sup>

Incluso este razonamiento, basado en el carácter de *ius cogens* del derecho humanitario, ha sido utilizado por la Corte Constitucional para señalar que los instrumentos internacionales que regulan los conflictos armados internacionales son aplicables a los conflictos armados no internacionales. A propósito de la exequibilidad de la Convención de 1980 que prohíbe y restringe el empleo de ciertas armas

---

<sup>122</sup> Corte Constitucional, sentencia C-225 de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero. En otras sentencias se reitera este aspecto: “...tanto los tratados de derechos humanos como los convenios de derecho humanitario, son normas de *ius cogens* que buscan ante todo, proteger la dignidad de la persona humana, garantizada por el artículo 1o. de la Carta Política Colombiana, como un principio constitucional”. Corte Constitucional, sentencia C-156 de 1999, M. P. Martha Victoria Sánchez Méndez.

convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, la Corte Constitucional señaló:

Igualmente, las normas de otros convenios de derecho internacional humanitario que sean compatibles con la naturaleza de los conflictos no internacionales se deben, en general, considerar aplicables a los mismos, incluso si ellas no aparecen en la Convención y los Protocolos, en particular el Protocolo II, ya que las disposiciones codificadas en este campo aparecen como una expresión convencional de principios de *ius cogens* que se entienden automáticamente incorporados al derecho interno colombiano, según lo determinó esta Corporación en anteriores decisiones.<sup>123</sup>

Sin embargo, esta equiparación del derecho consuetudinario y el *ius cogens* ha sido criticada porque:

Contrario a lo que la Corte Constitucional ha dicho y reiterado sistemáticamente, el derecho consuetudinario no equivale, según la definición usual, al *ius cogens*. Por otra parte, los tratados sobre DIH no son, sin más, costumbre internacional, y aunque lo fueran, ello no implica validez universal y absoluta de sus contenidos, independientemente de la voluntad de obligarse por parte de los Estados.<sup>124</sup>

Efectivamente, la costumbre internacional o el derecho consuetudinario es bien diferente al *ius cogens* que no es otra cosa que las

<sup>123</sup> Corte Constitucional, sentencia C-156 de 1999, M. P. Martha Victoria Sánchez Méndez.

<sup>124</sup> Alexandra Letts y Pablo Rueda Sáiz, “La incorporación del derecho internacional humanitario al ordenamiento jurídico colombiano en la jurisprudencia constitucional”, *Derecho constitucional perspectivas críticas*, núm. 2, Universidad de los Andes, Legis, Bogotá, 2001, pp. 81-82. “Sin embargo, los intentos doctrinales por determinar qué normas son de *ius cogens* han coincidido, en su mayoría, en señalar principalmente la prohibición del uso de la fuerza, el principio de autodeterminación de los pueblos, y la prohibición de las prácticas de piratería, genocidio, esclavitud y apartheid. Las normas consuetudinarias, en cambio, son mucho más numerosas, y diversas, y bastan la práctica y *opinio iuris* para que sean oponibles a los Estados. Entonces, *ius cogens* y costumbre no son los mismo”. *Ibíd.*, p. 83.

normas imperativas de derecho internacional.<sup>125</sup> No es preciso pues otorgarle el carácter de costumbre, y mucho menos de *ius cogens* a todas las normas que integran el derecho humanitario.<sup>126</sup> Los tribunales penales internacionales, y la Corte Internacional de Justicia, han reservado esa calificación sólo para las normas más fundamentales.

La Corte Internacional de Justicia en varias oportunidades ha determinado que las normas fundamentales del derecho internacional humanitario hacen parte del derecho consuetudinario. En la sentencia del 9 de abril de 1949, en el asunto del canal de Corfú, precisó que las consideraciones elementales de humanidad son principios de

<sup>125</sup> Una norma imperativa de derecho internacional general o de *ius cogens*, conforme al artículo 53 de la Convención de Viena sobre los tratados “es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”. Por su carácter imperativo de no admitir pacto en contrario, y porque sólo puede ser modificada por otra norma de la misma jerarquía y fuerza vinculante, estas normas no son derogables por cualquier práctica de un Estado. Del mismo modo, cualquier disposición en contrario es nula según el mismo artículo de la Convención de Viena y cualquier violación de las mismas por parte de un Estado compromete la responsabilidad internacional y es considerada un crimen internacional según el caso Barcelona Traction de la Corte Internacional de Justicia.

<sup>126</sup> “El problema que suscita la forma como la Corte ha incorporado automáticamente el DIH al ordenamiento interno está determinado en gran medida por la falsedad de la premisa de la cual parte: el carácter consuetudinario de todo el DIH. Ello no es así, y como la parte del DIH que realmente es consuetudinario está codificado en tratados, lo único que se está logrando con la incorporación automática es introducir al ordenamiento normas convencionales, sin que se surta el proceso de celebración de los respectivos tratados y, por consiguiente, sin que medie la voluntad compleja de las diversas ramas del poder público del Estado”. Alexandra Letts y Pablo Rueda Sáiz, “La incorporación del derecho internacional humanitario al ordenamiento jurídico colombiano en la jurisprudencia constitucional”, ob. cit., p. 86.

“En la sentencia que consideró la aprobación del Protocolo II, la Corte hizo una interpretación en la que confundió las normas imperativas (*jus cogens*) del derecho internacional que son contadas en los dedos de una mano, con el *derecho consuetudinario* internacional del cual no todas las normas han sido codificadas”. Rafael Nieto Navia, “Derecho imperativo internacional, derecho internacional humanitario y bloque de constitucionalidad”, en Ricardo Abello Galvis (ed.), *Derecho internacional contemporáneo, lo público, lo privado, los derechos humanos*, Liber amicorum en homenaje a Germán Cavalier, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2006, p. 86.

derecho humanitario que también son aplicables en tiempos de paz. En la Opinión Consultiva del 8 de julio de 1996, sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares, señaló que las normas fundamentales del derecho humanitario son “principios intransgredibles del derecho internacional consuetudinario” (párrafo 79).<sup>127</sup>

Esta última expresión no pertenece al vocabulario jurídico existente y antes era desconocida en derecho internacional. Como bien observa el profesor Condorelli, “cabe dudar que la Corte haya querido indicar simplemente [...] que los principios en cuestión no deben ser transgredidos: en realidad, esto sucede con cualquier norma jurídica en la que se estipule una obligación”. El tono solemne de la frase y la redacción muestran, por el contrario, que la Corte trataba de subrayar la importancia de las normas humanitarias para el derecho y el orden internacionales en su conjunto, así como la particularidad de esas normas en comparación con las demás normas consuetudinarias usuales de derecho internacional. Por consiguiente, la enigmática expresión de “principios intransgredibles” puede interpretarse de dos maneras. Por un lado, la Corte podría querer sugerir que los principios fundamentales de derecho humanitario constituyen normas de *jus cogens in statu nascendi*, es decir que están convirtiéndose en normas imperativas de derecho internacional, pero todavía no pueden ser consideradas plenamente como tales. Por otro lado, puede argüirse que, al subrayar el carácter intransgredible de las normas fundamentales de derecho humanitario, la Corte admite implícitamente el carácter imperativo de esas normas, pero se abstiene de hacerlo de manera explícita porque está tratando la cuestión más limitada de la aplicabilidad de esas normas al caso en consideración.<sup>128</sup>

En el fallo del 27 de junio de 1986, relativo a las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua, enfatiza que el respeto

<sup>127</sup> Luigi Condorelli, “La Corte Internacional de Justicia bajo el peso de las armas nucleares”, ob. cit., p. 15.

<sup>128</sup> Vincent Chetail, “La contribución de la Corte Internacional de Justicia al derecho internacional humanitario”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 850, Selección de artículos 2003, Buenos Aires, 2004, p. 95.

al derecho humanitario no nace tanto de la obligatoriedad que le imprime el artículo primero común a los Convenios,<sup>129</sup> sino de los principios generales de derecho humanitario respecto de los cuales los Convenios no son más que la expresión concreta.<sup>130</sup>

Se destaca como uno de los logros más importantes de la CIJ, en lo que nos interesa, la verificación de las normas consuetudinarias que conforman los llamados principios generales –a los cuales calificó también como “cardinales” o “fundamentales”, según la oportunidad– del DIH, a saber: las consideraciones elementales de humanidad –aplicables a todo tipo de conflicto armado e incluso en tiempos de paz–; la obligación de respetar y hacer respetar las disposiciones de los Convenios de Ginebra de 1949; la protección de la población civil y de los bienes de carácter civil que establece la obligación de distinguir entre combatientes y población civil –aplicable en todo tipo de conflicto armado–; la prohibición de causar sufrimientos innecesarios a los combatientes y la Cláusula Martens.<sup>131</sup>

La importancia de la interpretación de la Corte es tal que, afirmar que los principios del derecho humanitario hacen parte del derecho consuetudinario de los pueblos, permite establecer a la costumbre como una fuente del derecho de importante jerarquía y sostener la obligatoriedad de su cumplimiento para los miembros de la comunidad internacional civilizada, aunque los Estados no sean signatarios de los diferentes instrumentos.<sup>132</sup>

---

<sup>129</sup> Artículo 1. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a respetar y a hacer respetar el presente Convenio en todas las circunstancias. “Algunos autores entienden que la función principal de este artículo 1 común es la de influir en el desarrollo del derecho consuetudinario. Véase Claude Bruderlein, “La costumbre en el derecho internacional humanitario”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 106, Ginebra, 1991, p. 629.

<sup>130</sup> International Court of Justice, Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua, judgment of June 27, 1986, p. 104.

<sup>131</sup> Fabián Raimondo, *Corte Internacional de Justicia, derecho internacional humanitario y crimen internacional de genocidio*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 102. Esta obra analiza los aportes de la CIJ en la interpretación del derecho humanitario, sobre todo a partir de la p. 43.

<sup>132</sup> Rosemary Abi-Saab, “El derecho Humanitario según la Corte de La Haya”, *Boletín de la Comisión Andina de Juristas*, núm. 17, Lima, febrero de 1988, pp. 47 a 54.

Lo anterior es ratificado por la cláusula Martens, texto que apareció por primera vez en el Preámbulo del II Convenio de La Haya de 1899 relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, e inscrito en casi todos los instrumentos internacionales que lo incorporan:

Las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública.

Sobre esta cláusula se han formulado importantes interpretaciones:

...Efectivamente, la cláusula puede ser interpretada de dos maneras. Por un lado, se puede entender que simplemente se propone recordar la relevancia permanente del derecho consuetudinario cuando el derecho convencional no es aplicable, en cuyo caso los “principios de humanidad” y los “dictados de la conciencia pública” a los que hace referencia la cláusula serían redundantes y sólo proporcionarían la base ética de las leyes consuetudinarias de la guerra. Por otro lado, sin embargo, se puede argüir que los “principios de derecho internacional” a los que hace referencia la cláusula derivan de tres fuentes diferentes y autónomas, a saber los “usos establecidos”, los “principios de humanidad” y los “dictados de la conciencia pública”. En cierta medida, la cláusula de Martens permite ir más allá del derecho convencional y del derecho consuetudinario, y considerar los principios de humanidad y los dictados de la conciencia pública como criterios separados y jurídicamente vinculantes.<sup>133</sup>

La importancia decisiva de esta [cláusula] radica en tres aspectos fundamentales: confirma la validez de la costumbre como fuente del derecho en el campo de los conflictos armados; permite la aplicación analógica o extensiva de las leyes y costumbres de la guerra; e insiste en el carácter

---

<sup>133</sup> Vincent Chetail, “La contribución de la Corte Internacional de Justicia al derecho internacional humanitario”, *ob. cit.*, pp. 102 y 103.

acotado del enfrentamiento bélico, que se traduce tanto en la regulación de los medios y métodos de combate como en la separación entre combatientes y no combatientes.<sup>134</sup>

A este respecto, es significativo que la Corte Internacional de Justicia [en su Opinión Consultiva de sobre la licitud de las armas nucleares] haya resaltado la importancia de la cláusula de Martens, “cuya existencia y aplicabilidad continuadas no pueden ponerse en duda”, asegurando que “ha demostrado ser un medio eficaz de hacer frente a la rápida evolución de la tecnología militar”. La Corte afirmó asimismo que el derecho internacional humanitario era aplicable a todos los tipos de armas y que su “novedad” no impedía la aplicación de este cuerpo de derecho.<sup>135</sup>

La cláusula de Martens sirve de vínculo entre las normas positivas de derecho internacional relativas a los conflictos armados y el derecho natural. Uno de los motivos del ocaso del derecho natural fue su total subjetividad. Los Estados opuestos denunciaron el apoyo de las contradictorias normas de derecho natural. No obstante, en la cláusula de Martens se prevé un medio objetivo para definir el derecho natural: los dictados de la conciencia pública. Esto enriquece, en gran medida, el derecho de los conflictos armados y permite que todos los Estados participen en su desarrollo. Los Estados militarmente poderosos siempre se han opuesto a la influencia del derecho natural en el derecho de los conflictos armados, a pesar de haberse basado ellos mismos en el derecho natural durante los juicios de Nuremberg. La CIJ no aclara en la Opinión hasta qué punto la cláusula de Martens permite que las nociones de derecho natural influyan en el desarrollo del derecho de los conflictos armados. Por ello, su correcta interpretación sigue siendo poco clara. No obstante, la Opinión

---

<sup>134</sup> Hernando Valencia Villa, *Diccionario de Derechos Humanos*, Espasa-Calpe, Madrid, 2003, p. 290.

<sup>135</sup> Isabelle Daoust, Robin Coupland y Rikke Ishoey, “¿Nuevas guerras, nuevas armas? La obligación de los Estados de examinar la licitud de los medios y métodos de guerra”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 162, Ginebra, 2002, p. 102.

da lugar a un importante debate sobre esta significativa, y frecuentemente olvidada, cláusula del derecho de los conflictos armados.<sup>136</sup>

El juez Shahabuddeen da más detalles. Declara que la cláusula de Martens no se limita a afirmar el derecho consuetudinario, puesto que esto sería innecesario, sino que autoriza a considerar los principios de humanidad y los dictados de la conciencia pública como principios de derecho internacional que deben ser evaluados a la luz de la evolución de las circunstancias. Cita al tribunal militar de los Estados Unidos en Nuremberg en el caso Krupp, en 1948, que declaró que la cláusula de Martens: “es más que una declaración piadosa. Es una cláusula general que hace que las costumbres establecidas en las naciones civilizadas, las normas de humanidad y los dictados de la conciencia pública se conviertan en el criterio jurídico que ha de aplicarse cuando las disposiciones pertinentes del Convenio ...no se refieran a determinados casos...”.<sup>137</sup>

La cláusula Martens se ha revestido, pues, a lo largo de más de un siglo, de validez continuada, por cuanto, por más avanzada que sea la codificación de la normativa humanitaria, difícilmente podrá ser esta última considerada verdaderamente completa.<sup>138</sup>

La propia Corte Constitucional ha recurrido a esta Cláusula para argumentar la aplicación de algunos preceptos aplicables en conflictos armados internacionales a conflictos armados no internacionales:

El preámbulo de la Convención y del Protocolo II [se refiere a la Convención de 1980 que prohíbe y restringe el empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados] incluyen lo que la doctrina internacional ha denomina-

---

<sup>136</sup> Rupert Ticehurst, “La Cláusula Martens y el derecho de los conflictos armados”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 140, Ginebra, 1997, p. 141.

<sup>137</sup> Louise Doswald-Beck, “El derecho internacional humanitario y la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares”, *ob. cit.*, pp. 37-58.

<sup>138</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Barrios Altos, sentencia del 14 de marzo de 2001, voto concurrente del juez A. A. Cançado Trindade, párr. 23.

do la Cláusula Martens”, esto es, el principio según el cual “en los casos no previstos por el derecho vigente, la persona humana queda bajo la salvaguardia de los principios de la humanidad y de las exigencias de la conciencia pública.” Esta cláusula indica que la Convención y los Protocolos I, II, III y IV no deben ser interpretados de manera aislada sino que deben ser relacionados con el conjunto de principios humanitarios, ya que estos instrumentos son desarrollo y concreción de tales principios y por ende son aplicables a los conflictos armados no internacionales.<sup>139</sup>

En otra sentencia, la Corte Constitucional estimó que:

La obligación constitucional de respetar en los estados de guerra y de conmoción interior (art. 214 numeral 2) el derecho internacional humanitario, deriva en el deber del Estado colombiano de asegurar que, en todo conflicto bélico o interno, tales normas se apliquen. De igual manera, siguiendo la cláusula Martens, y en evidente conexión con el principio de dignidad humana, el Estado colombiano estará obligado a lograr la no utilización de medios que tengan efectos desproporcionados contra los no combatientes o que afecten la población civil. Es decir, tiene el deber de evitar la fabricación y el uso de cualquier arma de destrucción masiva, ya sea en el conflicto interno o en sus acciones bélicas internacionales.<sup>140</sup>

Entre las normas fundamentales que han sido consideradas derecho consuetudinario se encuentran los artículos 1 y 3 comunes a los Convenios de Ginebra, y aquellas obligaciones que se desprenden de los principios de distinción, limitación, proporcionalidad e inmunidad de la población civil.<sup>141</sup>

---

<sup>139</sup> Corte Constitucional, sentencia C-156 de 1999, M. P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

<sup>140</sup> Corte Constitucional, sentencia C-328 de 2000, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, fundamento 10.

<sup>141</sup> Véanse por ejemplo los principios de conflictos armados internacionales que se aplican en conflictos armados no internacionales, que son considerados derecho consuetudinario y que se citan en infra p. 118.

Así podemos estimar que reciben esta consideración: la prohibición de ataques deliberados contra la población civil, en tanto no participe directamente en las hostilidades, y los dirigidos a sembrar el terror (arts. 51, 1, 2 y 3); los ataques indiscriminados, incluidos aquellos cuyas consecuencias se consideran *excesivas* con relación a la ventaja militar concreta y directa prevista (arts. 51, 4 y 5); la regla, ya contenida en el art. 28 del IV Convenio de Ginebra de 1949, que prohíbe utilizar a la población civil para evitar el ataque contra objetivos militares (art. 51,7); la prohibición de atacar los bienes civiles (art. 52,1), la definición de objetivo militar (art. 52, 2); la protección de los bienes culturales (art. 53); y buena parte de las medidas de precaución contenidas en los art. 57 y 58, aunque en algunos casos van más allá. Frente a ello, no han recibido esta consideración, a pesar de que en algunos casos sería deseable, la prohibición de represalias contra la población y los bienes civiles (arts. 51, 6 y 52, 1); la presunción del carácter civil de determinadas personas y bienes (arts. 50, 1 y 52, 3); y la protección de determinados bienes civiles, como las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas (art. 56) o el medio ambiente natural (art. 55). Sin embargo, en este último caso parece apuntarse una tendencia a favor de la cristalización de una regla consuetudinaria en este sentido, especialmente a partir de la práctica derivada de la guerra de Golfo.<sup>142</sup>

Así mismo, existen otra serie instrumentos de carácter no convencional que son reconocidos como de derecho consuetudinario, como son las conclusiones del Consejo del Instituto Internacional de Derecho Humanitario reunido en Taormina el 7 de abril de 1990, sobre normas generales relativas a la conducción de las hostilidades aplicables en caso de conflicto armado no internacional y sobre prohibiciones y limitaciones del empleo de ciertas armas en los conflictos armados no internacionales, conocida como la Declaración de Taormina.<sup>143</sup> Sobre este instrumento dijo la Corte Constitucional cuando

<sup>142</sup> Julio Jorge Urbina, *Protección de las víctimas de los conflictos armados*, Naciones Unidas y derecho internacional humanitario, Cruz Roja Española, Tiran lo Blanch, Valencia, 2000, p. 160.

<sup>143</sup> La Misión de las Naciones Unidas en El Salvador (ONUSAL), en su tarea de verificación de la situación de derechos humanos, ha tenido en cuenta frecuente-

declaró constitucional el Protocolo II de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 1949:

En efecto, el 7 de abril de 1990, en Taormina, Italia, el Consejo del Instituto Internacional de Derecho Humanitario aprobó una declaración sobre las “normas de derecho internacional humanitario relativas a la conducción de las hostilidades en los conflictos armados no internacionales”.\* Según esta declaración, que puede ser considerada la expresión más autorizada de la doctrina internacional en este campo, son aplicables a los conflictos no internacionales las reglas sobre conducción de las hostilidades que, en función del principio de proporcionalidad, limitan el derecho de las partes a elegir los medios de guerra, con el fin de evitar los males superfluos o innecesarios. Por consiguiente, si bien ninguna de las normas convencionales expresamente aplicables a los conflictos internos excluye los ataques indiscriminados o la utilización de ciertas armas, la Declaración de Taormina considera que esas prohibiciones –en parte consuetudinarias, en parte convencionales– sobre utilización de armas químicas o bacteriológicas, minas trampa, balas dum dum y similares, se aplican a los conflictos armados no internacionales, no sólo porque ellas hacen parte del derecho consuetudinario de los pueblos sino, además, porque ellas son una obvia consecuencia de la norma general que prohíbe lanzar ataques contra la población civil.<sup>144</sup>

La jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia ha señalado el carácter consuetudinario de ciertas reglas relativas a la protección de la población civil frente a los efectos de las hostilidades, el artículo 3 común de los Convenios de Gine-

---

mente lo estipulado por el Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra, las resoluciones de la Asamblea General, las interpretaciones de la doctrina más autorizada y declaraciones de derecho consuetudinario como la de Taormina que formula como primera recomendación que “la enseñanza de las normas del derecho internacional humanitario relativas a la conducción de las hostilidades impartida en el marco de la instrucción de los militares no debe hacer distinción alguna según la naturaleza internacional o no internacional del conflicto”.

\* Véase el texto de tal declaración en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 101, septiembre-octubre de 1990, pp. 434-438.

<sup>144</sup> Corte Constitucional, sentencia C-225 de 1995, M. P. Alejandro Martínez, párr. 23.

bra de 1949, los preceptos del Protocolo II de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 que desarrollan y complementan las prohibiciones el artículo 3 común, y determinadas reglas sobre la conducción de hostilidades.<sup>145</sup> Como se observa, estas apreciaciones del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia coinciden con los preceptos señalados como derecho consuetudinario tanto por la Corte Internacional de Justicia y la Corte Constitucional, como por la doctrina.

En marzo de 2005, el Comité Internacional de la Cruz Roja públicamente dio a conocer un estudio en el que identificó normas existentes de derecho consuetudinario aplicables en conflictos armados.<sup>146</sup> La investigación identificó 161 normas, 159 aplicables a conflictos armados internacionales y 149 aplicables a conflictos armados no internacionales. Una de las más importantes novedades es que las normas consuetudinarias para conflictos armados no internacionales definen de manera más detallada las obligaciones de las partes en conflicto que el propio derecho convencional. El estudio se fundamenta en un análisis de los conflictos armados más recientes en el mundo y de la práctica de los Estados.<sup>147</sup> A modo de ilustración a continuación se presenta la clasificación de las reglas identificadas, ya que de manera puntual en los apartes correspondientes se citarán las normas pertinentes:<sup>148</sup>

<sup>145</sup> Juan Bautista Delgado Cánovas, *El derecho internacional humanitario a la luz del Estatuto y de la jurisprudencia del tribunal penal para la antigua Yugoslavia*, Editorial Comares, Granada, 2000, pp. 111 y ss. El autor critica la solidez de los argumentos del Tribunal al señalar que las reiteradas y sistemáticas infracciones al derecho humanitario demuestran de alguna manera una práctica reiterada y constante de las partes en conflicto que se constituye en un factor esencial para tomar en cuenta a la hora de determinar el carácter consuetudinario de una regla. *Ibíd.*, pp. 126 y ss.

<sup>146</sup> International Committee of the Red Cross, *Customary International Humanitarian Law*, Edited by Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck, ICRC, Cambridge University Press, Boxed Set of 3 Hardback Books, 2005.

<sup>147</sup> El estudio es destacado en el Informe del Secretario General de las Naciones Unidas sobre Normas básicas de la humanidad, E/CN.4/2006/87 del 3 de marzo de 2006.

<sup>148</sup> Para la consulta de las normas pertinentes se utiliza la traducción que aparece en el apéndice del artículo de Jean-Marie Henkaerts, "Estudio sobre el derecho in-

Parte I. El principio de distinción: 1. Distinción entre civiles y combatiente (Reglas 1-6); 2. Distinción entre objetivos civiles y militares (Reglas 7-10); 3. Ataques indiscriminados (Reglas 11-13); 4. Proporcionalidad en los ataques (Regla 14); 5. Precauciones en el ataque (Reglas 15-21); 6. Precauciones frente a los efectos de los ataques (Reglas 22-24);

Parte II. Específicamente, personas y objetos protegidos: 7. Personal y objetos médicos y religiosos (Reglas 25-30); 8. Personal y objetos de ayuda humanitaria (Reglas 31-32); 9. Personal y objetos involucrados en misiones de mantenimiento de paz (Reglas 33); 10. Periodistas (Regla 34); 11. Zonas protegidas (Reglas 35-27); 12. Propiedad cultural (Reglas 38-41); 13. Obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas (Regla 42); 14. El medio ambiente natural (Reglas 43-45);

Parte III. Métodos específicos de guerra: 15. No dar cuartel (Reglas 46-48); 16. Destrucción y toma de propiedades (Reglas 49-52); 17. Hambre y acceso a ayuda humanitaria (Reglas 53-56); 18. Perfidia (Reglas 57-65); 19. Comunicación con el enemigo (Reglas 66-69);

Parte IV. Armas: 20. Principios generales en el uso de armas (Reglas 70-71); 21. Veneno (Regla 72); 22. Armas nucleares; 23. Armas biológicas (regla 73); 24. Armas químicas (Regla 74-76); 25. Balas expansivas (Reglas 77); 26. Balas explosivas (Regla 78); 27. Armas que producen heridas por fragmentos no localizables (Regla 79); 28. Armas-trampa (Reglas 80); 29. Minas terrestres (Reglas 81-83); 30. Armas incendiarias (Reglas 84-85); 31. Armas láser cegadoras (Regla 86);

Parte V. Tratamiento de civiles y personas fuera de combate 32. Garantías fundamentales (Reglas 87-105); 33. Combatientes y prisioneros de guerra (Reglas 106-108); 34. Los heridos, enfermos y náufragos (Reglas 109-111); 35. Los muertos (Reglas 112-166); 36. Personas desaparecidas

---

ternacional humanitario consuetudinario: una contribución a la comprensión y al respeto del derecho de los conflictos armados”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 857, marzo de 2005, pp. 175 a 212, versión en español en [www.cicr.org/spa](http://www.cicr.org/spa)

(Regla 117); 37. Personas privadas de la libertad (Reglas 118-128); 38. Desplazamiento y personas desplazadas (Reglas 129 -133); 39. Otras personas con protección específica (Reglas 134-138);

Parte VI. Implementación: 40. Cumplimiento del derecho internacional humanitario (Reglas 139-143); 41. Entrada en vigor del derecho internacional humanitario (Reglas 144-148); 42. Responsabilidad y reparación (reglas 149-150); 43. Responsabilidad individual (Reglas 151-155); 44. Crímenes de guerra (Reglas 156-161).<sup>149</sup>

“Las reglas de la guerra, pese a ser frecuentemente ajenas a nuestro sentido de lo que es mejor, resultan obligatorias gracias al consenso generalizado de la humanidad”.<sup>150</sup>

### 3. La Noción de conflicto armado

El derecho humanitario se aplica en conflictos armados. Aunque la palabra “guerra” es de uso corriente,<sup>151</sup> el derecho humanitario utiliza la expresión “conflicto armado”, por no tener una carga emotiva histórica y políticamente tan fuerte como la primera.<sup>152</sup> Esta noción

<sup>149</sup> *Ibíd.*, pp. v a vii.

<sup>150</sup> Michael Walzer, *Guerras justas e injustas...*, ob. cit., p. 85.

<sup>151</sup> “La guerra es la realización organizada de la violencia colectiva entre grandes grupos sociales, ya sean ejércitos regulares de países, tribus, bandos, grupos paramilitares, guerrilleros o milicias civiles”. Wolfgang Sofsky, *Tiempos de horror, amok, violencia, guerra*, Siglo XXI, Madrid, 2004, p.130. “La guerra es, al mismo tiempo, una ley de la naturaleza y una invención humana, una pulsión humana y una construcción jurídica”. Yvon Garlan, *La guerra en la antigüedad*, Aldebarán, Madrid, 2003, p. 15.

<sup>152</sup> “El término ‘guerra’ conocido desde hace siglos, sigue ejerciendo su influencia en el lenguaje corriente; pero desde el punto de vista jurídico, ya la perdió hace algunos decenios, dado que la ‘guerra’ como tal ha sido como puesta gradualmente fuera de la ley, aunque, llamase ‘guerra’ o no, el recurso a la fuerza no desaparece. Así, el término ‘conflicto armado’ resulta hoy día, más correcto y la ventaja de su uso consiste precisamente en su falta de precisión jurídica”. Stanislaw Nahlik, “Compendio de derecho internacional humanitario”, separata de la *Revista Internacional de la Cruz Roja*, julio-agosto de 1984, p. 7.

no aparece definida por los instrumentos de derecho internacional humanitario. No toda forma de oposición violenta puede considerarse conflicto armado, y son la doctrina y la jurisprudencia internacional las que han definido este concepto.

Se puede aceptar como una definición general de conflicto: “Cualquier grado de enfrentamiento o antagonismo, sin necesidad de manifestar violencia, y en la que su finalidad última puede no ser la eliminación de la otra parte, sino el sometimiento de su voluntad”.<sup>153</sup> El informe sobre conflictos, derechos humanos y construcción de paz realizado anualmente por la Unidad de Alerta de la Escola de Cultura de Pau de la Universitat Autònoma de Barcelona,

considera conflicto armado todo enfrentamiento protagonizado por grupos de diversa índole, tales como fuerzas militares regulares o irregulares, guerrillas, grupos armados de oposición, grupos paramilitares, o comunidades étnicas o religiosas que, usando armas u otros medios de destrucción, provocan más de 100 víctimas en un año. La cifra de 100 muertes debe relativizarse en función de otros elementos, como la población total del país y el alcance geográfico del conflicto armado, así como el nivel de destrucción generado y los desplazamientos forzados de población que conlleva. En un mismo Estado puede haber más de un conflicto armado.<sup>154</sup>

El Stockholm International Peace Research Institute (Sipri) en sus *Yearbooks* de 1989 y 1990, señala que un conflicto armado importante es “un combate prolongado entre las fuerzas militares de dos o más gobiernos, o de un gobierno y movimientos de resistencia organizados, utilizando armas fabricadas y en el que el número de

---

<sup>153</sup> Javier Guisández Gómez, “La protección de las víctimas en los conflictos de carácter no internacional”, en José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto (coord.), *Derecho Internacional Humanitario*, ob. cit., p. 435.

<sup>154</sup> Unidad de Alerta de la Escola de Cultura de Pau, *Alerta 2004! Informe sobre conflictos, derechos humanos y construcción de paz*, Icaria Editorial, 2004, pp. 17 y 100.

muertos resultantes de los enfrentamientos es de mil personas como mínimo”.<sup>155</sup>

Según el proyecto COW [Correlates of War Project de la Universidad de Michigan], se debe hablar de conflicto armado interno cuando 1) existen combates armados en 2) el territorio de un Estado, 3) que involucran al Estado y a otras fuerzas organizadas, y 4) existen al menos mil muertos relacionados con esos combates, de los cuales 5) al menos un 5% fue ocasionado por el actor más débil.<sup>156</sup>

“Esas definiciones han sido objeto de importantes críticas; en especial, algunos analistas cuestionan la arbitrariedad de la cifra de muertos planteada, puesto que no es claro por qué escoger 25 o por qué mil, ni por qué tener en cuenta números absolutos y no cifras per cápita”.<sup>157</sup> El *Diccionario de términos del conflicto y de la paz* lo define como un “[e]nfrentamiento continuo y sostenido entre dos o más Partes que recurren a la fuerza para dirimir la controversia suscitada por la oposición entre sus voluntades, intereses o puntos de vista”.<sup>158</sup>

Aunque estas definiciones difieren en la duración o en el número de víctimas, coinciden en señalar que las hostilidades que se libren entre Estados o entre diferentes grupos armados al interior de un Estado constituyen un conflicto armado. Estos conflictos armados

---

<sup>155</sup> Véase Christer Ahlström, *Las víctimas de los conflictos*, Departamento de Investigaciones sobre Paz y Conflictos, Universidad de Uppsala, Suecia, 1991, p. 3. En un artículo de Rodrigo Uprimny que cita en una versión más reciente el proyecto de Uppsala se modifica esta definición en cuanto al número de muertos y señala que si el número es de 25 muertos en un año se denomina conflicto armado y que si alcanza el número de mil se está ante una guerra. Véase Rodrigo Uprimny Yepes, “¿Existe o no conflicto armado?”, en Plataforma colombiana derechos humanos, democracia y desarrollo, *Más allá del embrujo, tercer año de gobierno de Álvaro Uribe Vélez*, Bogotá, 2005, p. 138.

<sup>156</sup> Idem.

<sup>157</sup> Idem.

<sup>158</sup> Corporación Medios para la Paz, *Para desarmar la palabra. Diccionario de términos del conflicto y de la paz*, Bogotá, 1999, p. 62.

pueden ser internacionales o no internacionales, es decir, entre dos o más Estados o al interior de un Estado.

Para el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia:

...existe un conflicto armado siempre que se recurra a la fuerza armada entre los Estados o violencia armada prolongada entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados, o entre tales grupos de un Estado. El derecho internacional humanitario se aplica desde el inicio de tales conflictos armados y se extiende más allá de la cesación de hostilidades hasta que se celebra un tratado de paz; o, en el caso de conflictos internos, se alcanza un acuerdo pacífico. Hasta ese momento, el derecho internacional humanitario continúa aplicándose en el territorio entero de los Estados en guerra o, en caso de conflictos internos, todo el territorio bajo control de una parte, si ahí toma lugar o no un combate real.<sup>159</sup>

Algunos tratados de derecho internacional humanitario, sobre todo los que hacen referencia a conflictos armados no internacionales, exigen que el conflicto armado tenga ciertas características para que el tratado en cuestión pueda ser aplicado. En particular son el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949, el artículo 1 del Protocolo II de 1977 y el artículo 8.2 f del Estatuto de la Corte Penal Internacional. El concepto más amplio es el del artículo 3 común y el más restringido es el del artículo 1 del Protocolo II de 1977.

El primer párrafo del artículo 3 común dice: “En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:...”

---

<sup>159</sup> Tribunal Penal Internacional de la antigua Yugoslavia, caso Tadic, decisión del 2 de octubre de 1995, segunda instancia, párr. 70. Traducción no oficial de Rafael AS Prieto Sanjuán, “Tadic: internacionalización de conflictos internos y responsabilidad individual”, Pontificia Universidad Javeriana, Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá, 2005, p. 126.

El artículo 1º del Protocolo de 1977 establece:

1. El presente Protocolo, que desarrolla y completa el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, sin modificar sus actuales condiciones de aplicación, se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo.

2. El presente Protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados.

El artículo 8.2 f del Estatuto de la Corte Penal Internacional señala que los crímenes de guerra en conflictos armados no internacionales son aquellos que “tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos”.

El artículo 3 común exige simplemente que el conflicto armado se libere al interior del territorio de un Estado; el artículo 8.2 f del Estatuto de la Corte Penal Internacional requiere que ese conflicto armado sea prolongado y que las partes contendientes sean organizadas; el artículo 1º del Protocolo II de 1977 requiere que siempre uno de los actores armados sean las fuerzas armadas del Estado y exige que la otra parte en el conflicto posea control territorial, organización y mando responsable, que pueda realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y que tenga capacidad de aplicar el Protocolo.<sup>160</sup>

---

<sup>160</sup> Más adelante se analizarán estos requisitos, véase *infra* p. 216.

Tanto para la doctrina y la jurisprudencia como para los instrumentos convencionales los actos de violencia individual, la utilización de la fuerza que no constituya una acción típica militar, o los hechos delincuenciales o criminales<sup>161</sup> no constituyen conflicto armado. Por esta razón, los actos aislados y esporádicos de violencia, definidos por el artículo primero del Protocolo II como tensiones internas y disturbios interiores, no son conflictos armados.<sup>162</sup>

<sup>161</sup> “El hecho de que personas o grupos puedan ahora dirigir su violencia traspasando fronteras internacionales o crear redes transnacionales no justifica, en sí mismo, el calificar este fenómeno criminal como conflicto armado”. Comité Internacional de la Cruz Roja, XXVIII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, diciembre de 2003, “El derecho internacional humanitario y los retos de los conflictos armados contemporáneos. Informe preparado por el Comité Internacional de la Cruz Roja”, septiembre de 2003, p. 20.

<sup>162</sup> El Comité Internacional de la Cruz Roja los define de la siguiente manera: Se trata de situaciones [los disturbios interiores] en las que, sin que haya, propiamente hablando, conflicto armado sin carácter internacional, existe sin embargo, a nivel interior, un afrontamiento (sic) que presenta cierto carácter de gravedad o de duración y que da lugar a la realización de actos de violencia. Estos últimos pueden revestir formas variables, que van desde la generación espontánea de actos de sublevamiento hasta la lucha de grupos más o menos organizados y las autoridades que ejercen el poder. En estas situaciones, que no generan forzosamente en lucha abierta, las autoridades que ejercen el poder apelan a vastas fuerzas de policía, o bien a las fuerzas armadas, para restablecer el orden interno. El número elevado de víctimas ha hecho necesaria la aplicación de un mínimo de reglas humanitarias.

En cuanto a las tensiones internas, se trata, en particular:

a) de situaciones de tensión grave (política, religiosa, racial, social, económica, etc.) o b) de secuelas de un conflicto armado o de disturbios interiores.

Estas situaciones presentan una u otra de las siguientes características, cuando no todas a la vez:

1. arrestos masivos,
2. elevado número de personas detenidas por razones de seguridad,
3. detención administrativa, sobre todo para largos periodos,
4. probable existencia de malos tratos, de tortura o de condiciones materiales o psicológicas de detención que pueden atentar gravemente contra la integridad física, mental o moral de los detenidos,
5. mantenimiento de detenidos incomunicados durante largos periodos,
6. medidas de represión para con los miembros de la familia o los allegados de las personas privadas de la libertad arriba mencionadas,
7. suspensión de las garantías judiciales fundamentales sea por haberse decretado el estado de excepción, sea debido a una situación de hecho,

Para el Tribunal Penal Internacional de Ruanda:

[el] término “conflicto armado” sugiere en sí mismo la existencia de hostilidades entre fuerzas armadas organizadas en mayor o menor grado. Por lo tanto esto deja por fuera las situaciones de tensiones internas y disturbios interiores. Para decidir la existencia de un conflicto armado interno..., entonces, será necesario evaluar la intensidad del conflicto y la organización de las partes en conflicto.<sup>163</sup>

---

8. instauración, en gran escala, de medidas restrictivas de la libertad, tales como la relegación, el exilio, la asignación de prisión domiciliaria, los desplazamientos, 9. alegaciones de desapariciones forzadas,

10. multiplicación de actos de violencia que ponen en peligro a personas indefensas (tales como el secuestro y la toma de rehenes) o propagan el terror en la población civil.

“Actividades de protección y asistencia del CICR en las situaciones que no abarca el derecho internacional humanitario”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 85, Ginebra, 1988, pp. 12 y 13.

El Informe sobre conflictos, derechos humanos y construcción de paz realizado anualmente por la Unidad de Alerta de la Escola de Cultura de Pau de la Universitat Autònoma de Barcelona, diferencia los conflictos armados de las situaciones de tensión y alto riesgo. Define estas últimas como “aquellos contextos en los que se producen graves situaciones de polarización social o política, con enfrentamientos entre grupos políticos, étnicos o religiosos o entre éstos y el Estado, con alteraciones del funcionamiento ordinario de las instituciones del Estado (golpes de Estado, toques de queda y Estados de excepción o de emergencia) y con índices importantes de destrucción, víctimas mortales o desplazamientos forzados de la población”. Unidad de Alerta de la Escola de Cultura de Pau, *Alerta 2004! Informe sobre conflictos, derechos humanos y construcción de paz*, ob., cit., pp. 26 y 100.

“Sea con el objeto de mantener o de restablecer el orden público, lo cierto es que en ambos casos el Estado adopta decisiones que recaen en dos grandes ámbitos: por una parte en el uso de la fuerza sobre una parte o toda la población y por otra en la restricción del ejercicio de derechos fundamentales de la persona”. Sonia Güell Peris, *Conflictos armados internos y aplicabilidad del derecho internacional humanitario*, Instituto de Estudios Europeos de la Universidad San Pablo Ceu, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 300 y 301.

<sup>163</sup> Tribunal Penal Internacional para Ruanda (en adelante TPIR), judgment, The prosecutor v. Sejan Paul Akayesu, ICTR-96-4-T, párr. 120, citado en Knut Dormänn, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court. Sources and Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 386. Traducción no oficial.

El TPIY [Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia] siguió el mismo razonamiento en el caso de Tadi al manifestar: “La evaluación aplicada por la Sección de Apelaciones a la existencia de un conflicto armado, teniendo en cuenta los propósitos de las reglas contenidas en el artículo 3º Común se enfocaron en dos aspectos del conflicto: la intensidad del conflicto y la organización de las partes en conflicto. En un conflicto armado de carácter interno o mixto, estos criterios son utilizados con el propósito, como mínimo, de distinguir un conflicto armado del bandolerismo, insurrecciones desorganizadas y de corta duración, o actividades terroristas, que no están sujetas al derecho internacional humanitario. Factores relevantes a esta determinación son mencionadas en el Comentario del CICR al artículo 3º común a los Convenios de Ginebra”.<sup>164</sup>

Teniendo en cuenta la definición de conflictos internos incluida en el artículo 3º común de los Convenios de Ginebra, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda sostiene que: “El artículo 3º común se aplica en caso de ‘conflicto armado que no sea de índole internacional’... Debería insistirse que la intensidad de un conflicto no internacional no depende de los juicios subjetivos de las partes en conflicto. Debería recordarse que las cuatro Convenciones de Ginebra, así como los dos Protocolos adicionales, fueron adoptados primordialmente para proteger a las víctimas, así como las víctimas potenciales, de conflictos armados. Si la aplicación del derecho internacional humanitario dependiera únicamente del juicio discrecional de las partes en conflicto, en la mayor parte de los casos habría una tendencia por parte de éstas a minimizar el conflicto. De este modo, en base a criterios objetivos... el artículo 3º común... aplicaría una vez se ha establecido que existe un conflicto armado interno que cumple con los respectivos y predeterminados criterios”.<sup>165</sup>

Por su parte, el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia sostuvo, en el caso Delalic, que en conflictos armados no inter-

---

<sup>164</sup> TPIY, judgement, *The prosecutor v. Dusko Tadic*, IT.94-1-T párr. 562 (pie de página omitido): 112 ILR 1 at 179, citado en *idem*.

<sup>165</sup> TPIR, judgment, *The prosecutor v. Sejan Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, párrs. 602-3, citado en *ibíd.*, pp. 384-385.

nacionales, “...con el fin de distinguirlos de los casos de malestar civil y actividades terroristas, el énfasis se hace sobre la prolongación de la violencia armada y la organización de las partes involucradas”.<sup>166</sup>

Esta característica de la intensidad o prolongación del conflicto armado desarrollado por la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales no aparece en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949. Esta norma no exige ningún requisito adicional. Sin duda alguna el interés de estos tribunales al incluir este criterio de interpretación es el de diferenciar un conflicto armado de las situaciones de tensiones internas y disturbios interiores.<sup>167</sup> Tal vez por esta razón el criterio de prolongado fue recogido por el Estatuto de la Corte Penal Internacional en el artículo 8.2.f para señalar que los crímenes de guerra en conflictos armados no internacionales son aquellos que “tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un

<sup>166</sup> TPIY, judgement, The prosecutor vs. Zejnil Delalic and Others, IT-94-1-T, párr., 184, citado en *ibíd.*, p. 386. Este aspecto ya había sido mencionado en el caso Tadic: “El criterio aplicado por la Sala de Apelación en cuanto a la existencia de un conflicto armado para efectos de las disposiciones del artículo 3 común, se concentra en dos aspectos de un conflicto: su intensidad y la organización de las partes en este conflicto. En un conflicto amado de carácter interno o mixto, estos criterios estrechamente vinculados sirven, como mínimo, solamente con el objeto de distinguir un conflicto armado del bandolerismo, de insurrecciones no organizadas y de corta duración o de actividades terroristas, que no están incluidas en el derecho internacional humanitario. ...” Tribunal Penal Internacional de la antigua Yugoslavia, Caso Tadic, decisión del 7 de mayo de 1997, primera instancia, párr. 562. Traducción no oficial de Rafael AS Prieto Sanjuán, “Tadic: internacionalización de conflictos internos y responsabilidad individual”, *ob. cit.*, p. 301.

<sup>167</sup> En vista de que la protección de la persona por el derecho internacional es más débil en las situaciones de violencia interna que en caso de conflicto armado interno o internacional y que en tiempo de paz, Naciones Unidas viene impulsado desde hace varios años la redacción de unas normas fundamentales de humanidad. El esfuerzo más interesante en ese sentido es la “Declaración de normas humanitarias mínimas”, aprobada por una reunión de expertos organizada por el Instituto de Derechos Humanos, Universidad Abo Akademi en Turku/Abo (Finlandia) del 30 de noviembre al 2 de diciembre de 1990, y revisada después en una reunión del Instituto Noruego de Derechos Humanos celebrada en Oslo (Noruega) el 29 y 30 de noviembre de 1994. Puede consultarse este documento en E/CN.4/1995/116 del 31 de enero de 1995. Véase también Jean-Daniel Vigny y Cecilia Thompson, “¿Cuál es el porvenir de las normas fundamentales de la humanidad?”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 156, Ginebra, 2000, p. 262.

conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos”.

Aunque

... la duración de los actos de violencia puede desempeñar un papel en la distinción entre un conflicto armado no internacional y una situación de tensión interior o disturbios internos[,] [l]a consagración de este criterio suscitó objeciones debido a que no figuraba ni el artículo 3 común ni en el Protocolo adicional II y que parecía inadaptado a ciertos tipos de conflictos, sobre todo en los contextos de guerras asimétricas caracterizadas por recrudescimientos ocasionales y esporádicos de violencia.<sup>168</sup>

Como se puede observar, esta definición es menos amplia que el artículo 3 común pero más amplia que la del artículo 1.1 del Protocolo II de 1977. Menos amplia que el artículo 3 común porque añade el calificativo de prolongado, expresión que ha sido criticada como desafortunada,<sup>169</sup> y más amplia que el Protocolo II porque no exige que el conflicto involucre necesariamente a las fuerzas armadas de un país ni que exista control efectivo de territorio.<sup>170</sup> “Su objetivo

---

<sup>168</sup> Instituto Internacional de Derecho Humanitario, Comité Internacional de la Cruz Roja, “XXVII Mesa Redonda sobre Problemas Actuales del derecho internacional humanitario: Derecho internacional humanitario y otros regímenes jurídicos. Interacción en las situaciones de violencia. Informe resumido preparado por el Comité Internacional de la Cruz Roja, que completa el informe El derecho internacional humanitario y los retos de los conflictos armados contemporáneos”, noviembre de 2003, p. 6.

<sup>169</sup> Frits Kalshoven y Liesbeth Zegveld, *Restricciones en la conducción de la guerra*, ob. cit., p. 224.

<sup>170</sup> “El propio concepto de conflicto armado interno que utiliza el Estatuto ha sido objeto de cierta crítica, ya que si bien se apunta que es más amplio que el recogido en el art. 1.1 del Protocolo Adicional II, puesto que incluye no sólo los conflictos entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados, sino también los existentes entre tales grupos, se subraya la limitación que se deriva de la referencia al carácter ‘prolongado’ del mismo”. En Isabel Lorola Delgado y Magdalena M. Martín Martínez, *La Corte Penal Internacional, justicia versus impunidad*, Editorial Ariel, Barcelona, 2001, p. 129. En este mismo sentido véase Cristina Pellandini, “Los crímenes de guerra”, en Juan Antonio Yáñez-Barnuevo (coord.), *La justicia penal internacional: una perspectiva iberoamericana. En-*

consiste sin duda en flexibilizar y ampliar la estricta noción de conflicto armado no internacional establecida en el Protocolo adicional II de 1977”.<sup>171</sup>

El alcance geográfico de un conflicto armado no internacional no está explícitamente especificado en la Convención de Ginebra. Sin embargo, a ese respecto, el TPIY sostiene que: “el hecho de que los beneficiarios del artículo 3º Común a los Convenios de Ginebra sean aquellos que no participen directamente (o que han dejado de ser parte activa) en las hostilidades... indica que las reglas contenidas en el artículo 3º también se aplican fuera del limitado contexto geográfico del teatro actual de operaciones de combate. Igualmente, determinado lenguaje del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra... también sugiere un alcance más amplio”.<sup>172</sup>

Concluye que: “hasta que un arreglo pacífico sea alcanzado, el derecho internacional humanitario continua aplicándose... en todo el territorio bajo el control de una de las partes, ya sea que se lleven, o no se lleven, a cabo combates”.<sup>173</sup>

---

*cuentro Iberoamericano sobre justicia penal internacional*, Casa de América, Madrid, 2001, p. 123.

<sup>171</sup> María Teresa Comellas Aguirrezábal, “El Estatuto de Roma y los crímenes de guerra en los conflictos armados no internacionales”, en Juan Antonio Carrillo Salcedo (coord.), *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, p. 351.

<sup>172</sup> TPIY, Appeals Chamber, decision on the defense motion for interlocutory appeal on jurisdiction. *The prosecutor v. Dusko Tadic*, IT-94-1-AR 72, párr. 69; 105 ILR 453 at 487. El Tribunal hace referencia especialmente al artículo 2(2) del Protocolo II Adicional, que trata con la privación o restricción de la libertad por razones relacionadas con dicho conflicto, y señala: “Bajo esta... provisión, el alcance temporal de las reglas aplicables va claramente más allá de las mismas hostilidades. Más aún, la relativamente suelta naturaleza del lenguaje ‘razones relacionadas con el conflicto’, sugiere también un alcance geográfico más amplio. Este nexa necesario es solamente una relación entre el conflicto y la privación de la libertad, sin que la privación ocurra en el medio de la batalla”. Citado en Knut Dormann, *ob. cit.*, p. 387.

<sup>173</sup> TPIY, Appeals Chamber, Decision on the defense motion for interlocutory appeal on jurisdiction. *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, IT-94-1-AR72, párr. 70; 105 ILR 453 at 488. Véase también TPIY, judgment, *The prosecutor v. Zejnil Delalic and Others*, IT-96-21-T, párr.194, citado en *ibíd.*, p. 387.

Por lo que se refiere al requisito territorial, no existe una limitación con respecto al territorio de la Alta Parte Contratante, ya que el artículo 3 común y el Protocolo Adicional II se aplicarán en todo su territorio, sin limitarse al frente de guerra o al lugar donde se están produciendo los combates.<sup>174</sup>

Sobre este punto, y en referencia al conflicto armado colombiano, ha dicho la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

La Comisión también desea hacer énfasis en que, en conflictos armados internos, el derecho humanitario se aplica en todo el territorio nacional, no solamente en áreas geográficas específicas donde se llevan a cabo las hostilidades. Por consiguiente, cuando el derecho humanitario prohíbe a las partes del conflicto dirigir ataques contra personas civiles o tomar rehenes en cualquier circunstancia, prohíbe dichos actos en todas partes. Por lo tanto, dichos actos de violencia cometidos por las partes en áreas en las que no hay hostilidades no son menos violatorios del derecho internacional humanitario que aquellos que se cometen en las zonas más conflictivas del país.<sup>175</sup>

#### **4. La distinción entre conflictos armados internacionales o no internacionales**

Para efectos del derecho humanitario, los conflictos armados internacionales son los que surgen entre dos o más Estados, háyase o no declarado la guerra, aunque uno de los Estados no haya reconocido el estado de guerra (artículo 2 común de los Convenios de Ginebra de 1949) o aquellos “...en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho a la libre determinación...”

---

<sup>174</sup> Párr. 284 de la sentencia del 27 de enero de 2000 del Tribunal Penal Internacional para Ruanda en el asunto el Fiscal contra el Sr. Alfred Musema, citado en María Torres Pérez y Franch Valentín Bou, *La contribución del Tribunal Penal Internacional para Ruanda a la configuración jurídica de los crímenes internacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 408.

<sup>175</sup> CIDH, *Tercer Informe*, Capítulo IV, ob. cit., párr. 83.

(artículo 1.4 del Protocolo II de 1977). Los conflictos armados no internacionales son los que surgen en el territorio de un Estado (artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949):

un conflicto armado interno constituye toda situación de violencia regular, generalizada e incontrolable que se produce en la esfera interna de un Estado y ello al margen del eventual grado de organización interna que tengan las partes enfrentadas así como del grado de nitidez con que pueda procederse a la identificación de las fuerzas gubernamentales y no gubernamentales.<sup>176</sup>

Para que un conflicto armado sea internacional, es indisputable que tenga lugar entre dos o más Estados. En suma, en el caso en el que un conflicto interno armado irrumpe el territorio de otro Estado, se convertirá en internacional (o, dependiendo de las circunstancias, adquirirá el carácter de internacional a lo largo de un conflicto armado interno), si (i) otro Estado interviene en el conflicto con sus tropas, o alternatively, si (ii) algunos de los participantes de un conflicto armado interno actúan en interés de otro Estado.<sup>177</sup>

¿Cuál es la razón de que se insista en diferenciar los conflictos armados internacionales de los no internacionales? La razón esencial reside en la aplicación de los instrumentos internacionales. En los conflictos armados internacionales se aplican prácticamente casi todos los instrumentos del derecho humanitario, mientras que en los conflictos armados no internacionales la aplicación de los instrumentos es mucho más limitada. La justificación de esta diferenciación reside en dos argumentos esenciales; el primero, en que como los Estados son soberanos en el manejo de su orden público interno, tra-

---

<sup>176</sup> Sonia Güell Peris, *Conflictos armados internos y aplicabilidad del derecho internacional humanitario*, Instituto de Estudios Europeos de la Universidad San Pablo Ceu, Dykinson, Madrid, 2005, p. 127.

<sup>177</sup> Tribunal Penal Internacional de la antigua Yugoslavia, caso Tadic, decisión del 15 de julio de 1999, segunda instancia, párr. 84. Traducción no oficial de Rafael AS Prieto Sanjuán, "Tadic: internacionalización de conflictos internos y responsabilidad individual", ob. cit., p. 443.

dicionalmente las normas humanitarias para los conflictos armados no internacionales han generado muchas más reservas por parte de los Estados en su elaboración. Por ejemplo, es muy dicente toda la discusión y aprobación del Protocolo II adicional de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949, ya que de un proyecto inicial generoso se aprobó un instrumento con escasos 28 artículos. El segundo radica en que como el derecho humanitario convive con la legislación interna de los países en los casos de conflictos armados no internacionales, y los Estados continúan con toda la legitimidad de perseguir y castigar con base en sus normas a quienes participen en el conflicto armado, las normas para este tipo de conflictos son más limitadas y más cuidadosas en su redacción, para evitar cualquier incompatibilidad legal con las normas internas de cualquier Estado.

Sin embargo, esta situación ha generado profundas desigualdades en la aplicación del derecho humanitario. “Los comentaristas reconocen que la distinción es ‘arbitraria’, ‘no deseable’, ‘difícil de justificar’, y que ‘frustra el propósito humanitario del derecho de la guerra en la mayoría de los conflictos bélicos actuales’”.<sup>178</sup> Por un lado, no se puede desconocer que la mayoría de los actuales conflictos armados son de índole no internacional. Entre 1989 y 1998 se considera que fueron librados 61 conflictos armados entre los más conocidos, de los cuales 58 tuvieron el carácter de no internacional.<sup>179</sup> “... [E]n el periodo 1989-2002, el 94% de los 116 conflictos producidos han sido intraestatales, y sólo el 6% restante conflictos entre Estados”.<sup>180</sup> Por el otro, temas tan relevantes como la utilización de ciertos medios y métodos de combate carecen de absoluta regulación en los conflictos armados no internacionales. Por estas razones, independientemente

---

<sup>178</sup> James Stewart, “Hacia una definición única de conflicto armado en el derecho internacional humanitario. Una crítica de los conflictos armados internacionalizados”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 850, Selección de artículos 2003, Buenos Aires, 2004, p. 115.

<sup>179</sup> Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Informe sobre desarrollo humano 1999*, Madrid, Mundi Prensa, 1999, p. 5, citado por Socorro Ramírez, *Intervención en conflictos internos. El caso colombiano 1994- 2003*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2004, p. 20.

<sup>180</sup> Vicenç Fisas, *Procesos de paz y negociación de conflictos armados*, Paidós, Barcelona, 2004, p. 22.

de que no se pueda esperar un cambio fundamental en la actitud de los Estados en acatar más el derecho humanitario en los conflictos armados no internacionales, ya que en la práctica “[l]as normas humanitarias siempre han tenido menos posibilidades de ser acatadas en los conflictos internos que en los conflictos internacionales”,<sup>181</sup> desde hace varios años se vienen dando pasos significativos para aplicar de una manera más integral el derecho humanitario indistintamente del tipo del conflicto armado.

En primer lugar, los instrumentos internacionales que la comunidad internacional viene aprobando en esta materia en los últimos años son de aplicación en los conflictos armados no internacionales. Es el caso de la Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción (1997); el Protocolo II de la Convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado (1999); el Protocolo facultativo a la Convención sobre los derechos del niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados (2000). Con una enmienda aprobada en el 2001, los cuatro Protocolos de la Convención de 1980 sobre la prohibición y la restricción del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados (Protocolo I sobre fragmentos no localizables con rayos X; Protocolo II sobre el empleo de minas, armas trampa y otros artefactos, enmendado en 1996; Protocolo III sobre Armas incendiarias; Protocolo IV sobre armas láser cegadoras de 1995); y el Protocolo V, sobre residuos explosivos de guerra, de la Convención de 1980 sobre armas convencionales (2003).

Es igualmente revelador que prácticamente todos los tratados de derecho humanitario celebrados en estos últimos años se han hecho aplicables a los conflictos armados tanto internacionales como internos. Sin embargo, no puede pasarse por alto que no sería posible aplicar todas las disposi-

---

<sup>181</sup> Dietrich Schindler, “Importancia de los Convenios de Ginebra para el mundo contemporáneo”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 152, Ginebra, 1999, p. 189.

ciones del derecho de los conflictos armados internacionales a los conflictos armados internos.<sup>182</sup>

En segundo lugar, "...aunque las normas aplicables a conflictos armados internos todavía estén menos desarrolladas que el derecho aplicable a los conflictos internacionales, el establecimiento de Tribunales *ad hoc*, así como el trabajo que éstos han realizado, han contribuido en forma significativa a que la distinción entre los dos tipos de conflictos sea menos importante".<sup>183</sup>

... en su decisión del 2 de octubre de 1995, en el caso Tadic, la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia estatuyó lo siguiente: 'El enfoque de la soberanía del Estado ha sido gradualmente sustituido por un enfoque orientado hacia los derechos humanos [...] De ahí se desprende que, en el ámbito del conflicto armado, por lo que atañe a los seres humanos, la distinción entre las guerras interestatales y las guerras civiles está perdiendo su valor.<sup>184</sup> Lo que es inhumano y por lo tanto proscrito en guerras internacionales no puede ser nada diferente a inhumano e inadmisibles en guerras civiles.<sup>185</sup>

<sup>182</sup> *Ibíd.*, p. 185. "...[L]a mayor desigualdad entre el derecho aplicable a los conflictos armados internacionales y el que regula los conflictos de índole no internacional se manifiesta en los mecanismos de aplicación establecidos". María Teresa Comellas Aguirrezábal, *ob. cit.*, p. 330.

<sup>183</sup> Frits Kalshoven y Liesbeth Zegveld, *Restricciones en la conducción de la guerra*, *ob. cit.*, p. 220.

<sup>184</sup> TPIY, *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Decision on the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, I.L.M., vol. 35, 1996, p. 54, párr. 97 de la decisión, citado en Daniel Thürer, "El Estado desestructurado y el derecho internacional", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 152, 1999, p. 206.

<sup>185</sup> Caso Tadic, párr. 127, citado en CIDH, *ob. cit.*, párr. 74. Esta misma cita aparece en Silvia A. Fernández de Gurmendi, "El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: extensión de los crímenes de guerra a los conflictos armados de carácter no internacional y otros desarrollos relativos al derecho internacional humanitario", y en Amalia Sanín Betancourt, "El nuevo Código Penal y el derecho internacional humanitario en el contexto colombiano", ambos artículos en Gabriel Pablo Valladares, *ob. cit.*, pp. 396 y 507-508.

En el análisis de este derecho, la Sala de Apelación hace afirmaciones contundentes: - "... en el ámbito de los conflictos armados, la distinción entre conflictos entre Estados o guerras civiles pierde el valor por lo que respecta a las personas", o - "la esencia general de estas reglas (y no la reglamentación detallada que puedan contener), es ahora aplicable a los conflictos armados internos". Según el tribunal, por último, el contenido de este núcleo consuetudinario "impone una responsabilidad penal para las violaciones graves del artículo 3 común...", de tal forma que aquello que es crimen entre Estados no podría dejar de serlo en un conflicto armado no internacional.<sup>186</sup>

¿Por qué –se pregunta la Sala de Apelaciones– proteger a las personas civiles de la violencia bélica, o proscribir la violación, la tortura, o la deliberada destrucción de hospitales, iglesias, museos o bienes de propiedad privada, o prohibir el empleo de armas que causen sufrimientos innecesarios, cuando dos Estados soberanos están enzarzados en una guerra, y sin embargo abstenerse de aplicar las mismas prohibiciones o dispersar la misma protección cuando la violencia armada se desata "sólo" dentro del territorio de un Estado soberano?<sup>187</sup>

Sobre este particular este Tribunal Penal Internacional señala dos conclusiones importantes:

1. Únicamente un cierto número de reglas y principios que regulan los conflictos armados internacionales se han extendido progresivamente al ámbito de los conflictos internos, y 2. Esta evolución no reviste la forma, en palabras de la propia Sala de Apelaciones, "de un transplante completo y mecánico de las reglas de los conflictos internos"; es más, solo la

---

<sup>186</sup> David Suárez Leoz, "Los conflictos armados internos", en José Rodríguez-Villasante y José Luis Prieto, ob. cit., p. 471.

<sup>187</sup> Manuel Pérez González, "Introducción; El derecho internacional humanitario frente a la violencia bélica: una apuesta por la humanidad en situaciones de conflicto", en José Rodríguez-Villasante y José Luis Prieto ob. cit., p. 57.

esencia general de estas normas y no una detallada regulación en éstas contenida ha llegado a ser aplicable en los conflictos internos.<sup>188</sup>

Ha dicho la Corte Constitucional:

... ninguna de las normas convencionales de derecho internacional humanitario expresamente aplicables a los conflictos internos –a saber el artículo 3º común y este protocolo bajo revisión– regula en detalle los medios legítimos de combate y la forma de conducción de las hostilidades. Sin embargo, la doctrina internacional considera que estas reglas, provenientes del derecho de la guerra, son aplicables a los conflictos armados internos, puesto que ésta es la única forma de verdaderamente proteger a las eventuales víctimas de tales conflagraciones.<sup>189</sup>

En los más de veinticinco años que han transcurrido desde que se adoptó el Protocolo [II de 1977] se ha hecho evidente que, como resultado de la práctica internacional y de los Estados, muchas reglas aplicables en los conflictos armados internacionales han pasado también a ser aplicables en los conflictos armados internos como derecho internacional consuetudinario.<sup>190</sup>

La investigación atrás citada del Comité Internacional de la Cruz Roja sobre las normas existentes de derecho consuetudinario aplicables en conflictos armados, prácticamente concluye que las normas

---

<sup>188</sup> TPIY, Appeal Chamber, October 2th, 1995, Decision on the defense motion for interlocutory appeal on jurisdiction (The prosecutor v. Tadic a.k.a. ‘Dule’), case num. IT-94-I-AR72, en *International Legal Materials*, 1996, p. 68, citado en Alejandro Ramelli Arteaga, *La constitución colombiana y el derecho internacional humanitario*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, p. 187. También citado en Kai Ambos, *Los crímenes del nuevo derecho penal internacional*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C., Bogotá, 2004, p. 81, que a su vez cita a Kress, “War crimes committed in non-international armed conflict and the emerging systema of international criminal justice”, en *Isr. Y. B. Hum. Rts.*, núm. 30, 2000.

<sup>189</sup> Corte Constitucional, sentencia C-225 de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero, p. 23.

<sup>190</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, XXVIII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, ob. cit., p. 17.

humanitarias se aplican indistintamente: de 161 normas identificadas, 159 son aplicables a conflictos armados internacionales y 149 a conflictos armados no internacionales.<sup>191</sup>

En el fiscal contra Tadic, el Tribunal aceptó el principio según el cual sólo se cometen “infracciones graves” –equiparables, ahora a los “crímenes de guerra”– durante los conflictos armados internacionales (aunque el juez Abi-Saab, en opinión separada, señaló que hay “argumentos sólidos” para sostener que dichos crímenes también se pueden cometer durante los conflictos internos). Sin embargo, en la misma decisión, la sala de apelación declaró, basándose en la práctica de los Estados, que la disposición del Estatuto del Tribunal que se refiere a las violaciones del derecho o costumbres de la guerra es aplicable a los conflictos armados tanto internos como internacionales.<sup>192</sup>

... [L]a caracterización del conflicto que posteriormente hizo el Tribunal, en el caso Tadic y su propia interpretación de la normativa aplicable significaron una novedosa extensión del concepto de crímenes de guerra y una importante confirmación judicial de que las violaciones cometidas en conflictos armados no internacionales también constituyen crímenes de guerra. Con relación a la naturaleza misma del conflicto, la sala de Apelaciones consideró que el conflicto en la antigua Yugoslavia revestía aspectos tanto internos como internacionales que debían ser considerados por las salas de juicio de manera de determinar en cada caso particular su carácter interno o internacional.<sup>193</sup>

Sin embargo, la distinción todavía existe y su mejor demostración es el Estatuto de la Corte Penal Internacional, uno de los instrumentos internacionales más importantes y desafiantes aprobado en los úl-

---

<sup>191</sup> *Ibíd.*, p. 18.

<sup>192</sup> John Dugard, “Salvando la distancia entre los derechos humanos y el derecho humanitario: la sensación de los infractores”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 147, Ginebra, 1998, p. 489.

<sup>193</sup> TPIY, “Prosecutor v. Tadic”, case IT-94.AR72, Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, párr. 77, citado en Silvia A. Fernández de Gurmendi, “El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional...”, *ob. cit.*, p. 395.

timos años. Este instrumento diferencia entre los crímenes de guerra que ocurren en conflictos armados internacionales (art. 8.2. literales a y b) con los que se presentan en los conflictos armados no internacionales (art. 8.2. literales c y e). “El Estatuto de Roma no ha eliminado la tradicional distinción entre conflictos armados internacionales y no internacionales. Su artículo 8 sigue poniendo de manifiesto la mayor precariedad del derecho internacional aplicable a los conflictos armados internos, a pesar de los desarrollos que ha introducido”.<sup>194</sup>

Tampoco se han abordado con suficiente profundidad “las preocupaciones que sustentan la falta de voluntad política para que se adopte un ordenamiento jurídico único de los conflictos armados aplicable en todas las situaciones”.<sup>195</sup>

Un escollo particular en el desarrollo de un derecho único de los conflictos armados es la elaboración de una definición genérica de ese término a la luz de los diferentes niveles de intensidad que desencadenan en la actualidad los conflictos armados internacionales y no internacionales. Concretamente, es necesario que una definición única de conflicto armado garantice a los Estados el goce de su facultad para afrontar los disturbios nacionales en virtud de la legislación interna, pero que los conflictos internacionales de baja intensidad sigan sometidos a la protección humanitaria internacional.<sup>196</sup>

La calificación de la situación colombiana ha generado un acalorado debate entre los académicos. Para unos es una guerra civil,<sup>197</sup>

---

<sup>194</sup> María Teresa Comellas Aguirrezábal, ob. cit., p. 354.

<sup>195</sup> James Stewart, “Hacia una definición única de conflicto armado en el derecho internacional humanitario. Una crítica de los conflictos armados internacionalizados”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 850, Selección de artículos 2003, Buenos Aires, 2004, p. 147.

<sup>196</sup> *Ibíd.*, p. 148.

<sup>197</sup> Eduardo Posada Carbó, *¿Guerra civil? El lenguaje del conflicto en Colombia*, Alfaomega Colombiana S.A., Bogotá, 2001.

para otros no lo es,<sup>198</sup> otros la califican como guerra irregular,<sup>199</sup> las fuerzas militares colombianas la calificaron en una ocasión como una insurgencia<sup>200</sup> e incluso otros más hablan de una guerra contra la sociedad,<sup>201</sup> y otros cuestionan esa calificación.<sup>202</sup> Hasta la propia expresión de conflicto armado es utilizada: "... [S]e trata de un conflicto

<sup>198</sup> "...Colombia es un país donde las indefiniciones propias de la guerra civil y de la violencia parecen resolverse con autosuficientes certidumbres. ... [E]l concepto de guerra civil no explica mejor que otros la extensión, profundidad y continuidad del enfrentamiento armado. ... [L]a presente coyuntura no es clasificable dentro de las condiciones de las guerras civiles del siglo XIX, de La Violencia con mayúsculas de mediados del siglo XX, ni de las demás violencias sin mayúscula aplicadas a los dispersos enfrentamientos ubicados en los otros momentos de nuestra trágica historia nacional". William Ramírez Tobón, "¿Guerra civil en Colombia?", *Análisis Político*, núm. 46, mayo-agosto de 2002, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, pp. 153, 163 y 157.

<sup>199</sup> "... el conflicto armado en Colombia está pasando de una guerra irregular de baja intensidad hacia una guerra irregular de intensidad media, en la cual día a día comienzan a predominar las acciones de carácter terrorista". Eduardo Pizarro Leongómez, "Colombia: ¿guerra civil, guerra contra la sociedad, guerra antiterrorista o guerra ambigua?", en *Análisis Político*, núm. 46, mayo-agosto de 2002, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, p. 178.

<sup>200</sup> En un reglamento de campaña para el Ejército de 1988, en el capítulo relativo al combate irregular, se encuentra un aparte sobre los Convenios de Ginebra que dice lo siguiente: "Históricamente, la situación llamada insurgencia tiene pocas consecuencias legales internacionales, pues antes de 1949, según el derecho internacional, había muy poco que se podía atribuir a un 'estado de insurgencia'. Los Convenios de Ginebra de 1949 lo definieron como 'un conflicto armado de carácter que no es internacional', lo cual es esencialmente la condición de una insurgencia. Los convenios de Ginebra son aplicables a esos conflictos por virtud del artículo 3o. de cada uno de los cuatro convenios". *Reglamento de Campaña para el Ejército*, 3 edición, República de Colombia, Comando General de las Fuerzas Militares, Bogotá, 1988, p. 279.

<sup>201</sup> "Es una 'guerra contra la sociedad' porque amplios sectores de la población que viven en las regiones de violencia están más bien sometidos a las presiones de unos y de los otros, al punto de parecer como rehenes de los actores armados". En Daniel Pécaut, *Guerra contra la sociedad*, Editorial Planeta, Bogotá, 2001, p. 291.

<sup>202</sup> "... [A] pesar de que la noción de 'guerra contra la sociedad' pone el acento en dos importantes dimensiones del conflicto colombiano (bajo el número de confrontaciones armadas directas entre la guerrilla y el ejército y el ataque sistemático contra la población civil), tiene dos deficiencias pronunciadas: por una parte, le resta visibilidad a la dimensión política que todavía ocupa un lugar central en el conflicto colombiano y, por otra parte, coloca como eje de la definición uno de los rasgos propios de la mayor parte de los conflictos armados internos.

armado interno (inmerso en un potencial conflicto regional complejo), irregular, con raíces ideológicas, de intensidad media, en el cual las principales víctimas son la población civil, y cuyo combustible principal son las drogas ilícitas”.<sup>203</sup>

... [E]l conflicto colombiano se halla situado en algún punto entre un conflicto de pequeña escala y un conflicto de escala intermedia, lo cual conduce, simple y llanamente, a un reconocimiento del ahondamiento del enfrentamiento armado interno, gracias al aumento del número de combatientes involucrados, al tipo y cantidad de armas y, en último término, a su honda degradación.<sup>204</sup>

Al derecho humanitario no le interesan los debates sobre la calificación de un conflicto armado. Esos debates le corresponden al análisis político. Al derecho humanitario lo que le importa es que si se da una situación objetiva que reúna esos elementos que constituyen un conflicto armado, atrás explicados, se apliquen las normas humanitarias en todo tiempo y lugar mientras ocurre esta situación. Ha dicho la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que “[e]n todos los casos, la determinación de la existencia y la naturaleza de un conflicto armado es objetiva, con base en la naturaleza y el grado de las hostilidades, independientemente del propósito o la motivación que subyace en el conflicto o de la calificación de las partes en el conflicto”.<sup>205</sup>

Sin embargo, hasta la calificación de conflicto armado a secas ha sido negada por algunos funcionarios gubernamentales para señalar

---

Es decir, toma una parte por el todo”. En Eduardo Pizarro Leongómez, *ob. cit.*, p. 174.

<sup>203</sup> *Ibíd.*, p. 178. Dice el mismo autor. “En pocas palabras, uno de los rasgos más pronunciados del conflicto armado en Colombia es, sin duda, la convergencia entre ‘coca y Kaláshnikov’, entre los grupos armados ilegales de extrema derecha y de extrema izquierda con el tráfico de drogas y el comercio de armas ligeras”. *Ibíd.*, p. 175.

<sup>204</sup> *Ibíd.*, p. 169.

<sup>205</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., 22 de octubre de 2002, párr. 59.

que lo existe en Colombia es una situación de terrorismo. Esta situación no es extraña: “...es raro que se haga una apreciación objetiva del nivel de violencia militar: algunos Estados en los cuales el nivel de los combates se ajusta claramente a los criterios del II Protocolo adicional [de 1977] prefieren calificar equivocadamente la situación como ‘terrorismo y contraterrorismo’”.<sup>206</sup> El jefe de operaciones para América Latina y el Caribe del CICR en Ginebra ha dicho:

La eventual existencia de actos de terrorismo –prohibidos por el DIH– no modifica la calificación jurídica del conflicto. Se trata de un conflicto armado de carácter interno, en el cual son aplicables el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra y el Protocolo adicional II.

Sin embargo, más allá de la discusión sobre la calificación del conflicto en Colombia, hoy en día resulta urgente trabajar en la difusión y aplicación del DIH para prevenir violaciones a estas normas humanitarias. Para reforzar la protección de las víctimas del conflicto debe respetarse y hacer que se respete el DIH en Colombia.<sup>207</sup>

## 5. El respeto del derecho humanitario

La obligación de respetar el derecho humanitario le corresponde al Estado y a las partes en conflicto. Cuando se trata de conflictos armados internacionales, esa obligación le compete a los Estados si el conflicto se libra entre ellos, o a los movimientos de liberación nacional que bajo el ejercicio del derecho a la libre determinación de los pueblos, luchan contra un régimen colonialista o racista. Cuando se trata de conflictos armados no internacionales, la obligación le compete al Estado y a los grupos armados no estatales que participen en dicha confrontación.

---

<sup>206</sup> Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de promoción y protección de los derechos humanos, Terrorismo y derechos humanos, Informe final de la Relatora Especial Kalliopi K. Koufa, E/CN.4/Sub.2/2004/40, 25 de junio de 2004, párr. 36.

<sup>207</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, Colombia Informe 2004, p. 6.

La obligación del Estado colombiano de respetar el derecho humanitario tiene tanto un fundamento internacional como constitucional. El artículo 1 común de los Convenios de Ginebra establece que “Las Altas Partes Contratantes se comprometen a respetar y hacer respetar el presente Convenio en todas las circunstancias”. El primer párrafo del artículo 93 de la Constitución Política establece: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”. A su vez, en el artículo 214 constitucional se dice que “[e]n todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario”.

El artículo 1 común hace parte del derecho consuetudinario<sup>208</sup> y genera una doble obligación; por un lado, abstenerse de realizar o tolerar cualquier acto de un agente suyo que constituya una infracción al derecho humanitario, y por el otro, impedir la infracción del derecho por parte de otras personas o agentes no estatales. Es con base en este artículo que el Estado tiene el deber de implementar medidas de aplicación nacional del derecho humanitario tanto en tiempos de paz como en situaciones de conflicto armado. La sanción

---

<sup>208</sup> “La misma Corte [internacional de Justicia],... sobre la base jurídica de la causa en el notable caso Nicaragua, había demostrado específicamente el hecho de que la obligación a la que se aludía en el artículo 1 común formaba parte del derecho internacional consuetudinario. En los círculos académicos, muchos han llegado a considerar que el artículo 1 común implica una obligación universal para los Estados y las organizaciones internacionales (sean regionales o universales) de garantizar que se implemente este conjunto de derecho cuando quiera que surja un problema humanitario”. *Military and paramilitary activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America), Merits, fallo del 27 de junio de 1986, ICJ, reports, 1996, párr. 220, citado en Laurence Boisson de Chazournes y Luigi Cordorelli, “Nueva interpretación del artículo 1 común a los Convenios de Ginebra: protección de los intereses colectivos”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 153, 2000, p. 46. Según el *Customary International Humanitarian Law*, es norma consuetudinaria para conflictos armados internacionales y no internacionales, la siguiente: “Norma 139. Las partes en conflicto deberán respetar y hacer respetar el derecho internacional humanitario por sus fuerzas armadas, así como por otras personas y agrupaciones que actúen de hecho siguiendo sus instrucciones o bajo su dirección o control”. Véase International Committee of the Red Cross, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Rules, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. 495 a 498.

de las infracciones al derecho humanitario, la promoción y divulgación del derecho humanitario ante las fuerzas armadas regulares, la identificación de los bienes protegidos con los signos especiales, son algunas de las obligaciones que el Estado debe impulsar con base en este artículo.<sup>209</sup>

La Corte Constitucional, al revisar la constitucionalidad del Protocolo II de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, señaló que los instrumentos internacionales de derechos humanos y derecho humanitario han sido normativamente integrados a la Constitución:

En tales circunstancias, la Corte Constitucional coincide con la vista fiscal en que el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (CP, arts. 93 y 214 numeral 2º) es que éstos forman con el resto del texto constitucional un “bloque de constitucionalidad”, cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (CP, art. 4º), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (CP, art. 93).<sup>210</sup>

Como es obvio, la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad implica que el Estado colom-

<sup>209</sup> Según el *Customary International Humanitarian Law*, son normas consuetudinarias para conflictos armados internacionales y no internacionales, las siguientes: “Norma 141. Cuando sea necesario, los Estados pondrán asesores jurídicos a disposición de los jefes militares para que los aconsejen, al nivel adecuado, sobre la aplicación del derecho internacional humanitario. Norma 142. Los Estados y las partes en conflicto deberán impartir cursos de formación en derecho internacional humanitario a sus fuerzas armadas. Norma 143. Los Estados deberán promover la enseñanza del derecho internacional humanitario entre la población civil. Norma 144. Los Estados no alentarán las violaciones del derecho internacional humanitario por las partes en un conflicto armado. En la medida de lo posible, deberán ejercer su influencia para hacer que cesen esas violaciones”. Véase International Committee of the Red Cross, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Rules, ob. cit., pp. 500 a 513.

<sup>210</sup> Corte Constitucional, sentencia C-225 de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

biano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores.<sup>211</sup>

El alcance de esta interpretación es tal, que en Colombia existe una obligatoriedad constitucional de respetar el derecho humanitario. El rango constitucional del derecho humanitario impone unas precisas obligaciones de respeto de sus normas a quienes participan en las hostilidades. No se debe olvidar que una diferencia fundamental entre el derecho humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos es que mientras este impone un deber de respeto y garantía en cabeza del Estado, aquel impone un deber de respeto a las partes en conflicto. Esto significa que el derecho humanitario señala estrictos deberes no solo para el Estado sino para otros grupos armados no estatales que son partes en el conflicto. Esta novedad es uno de los aportes más importantes del derecho humanitario al derecho internacional público. Al respecto, en su revisión del Protocolo II de 1977 la Corte Constitucional expresó que:

...Por consiguiente, tanto los integrantes de los grupos armados irregulares como todos los funcionarios del Estado, y en especial todos los miembros de la Fuerza Pública quienes son destinatarios naturales de las normas humanitarias, están obligados a respetar, en todo tiempo y en todo lugar, las reglas del derecho internacional humanitario, por cuanto no sólo éstas son normas imperativas de derecho internacional (*ius cogens*) sino, además, porque ellas son reglas obligatorias per se en el ordenamiento jurídico y deben ser acatadas por todos los habitantes del territorio colombiano. Y no podía ser de otra manera, pues las normas de derecho internacional humanitario preservan aquel núcleo intangible y evidente de los derechos humanos que no puede ser en manera alguna desconocido, ni siquiera en las peores situaciones de conflicto armado. Ellos encarnan aquellas “consideraciones elementales de humanidad”, a las cuales se refirió la Corte Internacional de Justicia, en su sentencia de 1949 sobre el estrecho de Corfú. No se puede entonces excusar, ni ante

---

<sup>211</sup> Idem.

la comunidad internacional, ni ante el ordenamiento jurídico colombiano, la comisión de conductas que vulneran claramente la conciencia misma de la humanidad, como los homicidios arbitrarios, las torturas, los tratos crueles, las tomas de rehenes, las desapariciones forzadas, los juicios sin garantías o la imposición de penas ex-post facto.<sup>212</sup>

Las normas de derecho humanitario no son recíprocas.<sup>213</sup> La Convención de Viena sobre el derecho de los tratados en su artículo 60.5 descarta la reciprocidad, precisamente por el carácter humanitario de esos instrumentos.<sup>214</sup> “No se trata, por lo tanto, de un intercambio equitativo de prestaciones, sino de obligaciones irrevocables de carácter superior”.<sup>215</sup>

En su sentencia del 14 de enero de 2000, el Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia recalcó que “[como] consecuencia de su carácter absoluto, estas normas de derecho internacional humanitario no plantean obligaciones sinalagmáticas, es decir, obligaciones de un Estado respecto de otro Estado. Más bien [...] establecen obligaciones hacia la comunidad internacional en su conjunto, lo que tiene como consecuencia que cada miembro de la comunidad internacional tiene un ‘interés jurídico’ en su

<sup>212</sup> Corte Constitucional, sentencia C-574 de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón, citado en ibíd. Véase también Corte Constitucional, sentencia C-156 de 1999, M. P. (e) Martha Victoria Sáchica Méndez.

<sup>213</sup> Según el *Customary International Humanitarian Law*, es norma consuetudinaria para conflictos armados internacionales y no internacionales, la siguiente: “Norma 140. La obligación de respetar y hacer respetar el derecho internacional humanitario no depende de la reciprocidad”. Véase International Committee of the Red Cross, *Customary International Humanitarian Law*, ob. cit., pp. 498 y 499.

<sup>214</sup> Antônio Augusto Cançado Trindade, “Derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional de los refugiados y derecho internacional humanitario: aproximaciones y convergencias”, en Antônio Augusto Cançado Trindade, Gérard Peytrignet y Jaime Ruiz de Santiago, *Las tres vertientes de la protección internacional de los derechos humanos de la persona humana. Derechos humanos, derecho humanitario y derecho de los refugiados*, Editorial Porrúa, Mexico, D.F., 2003, p. 137.

<sup>215</sup> Gérard Peytrignet, “Sistemas internacionales de protección de la persona humana: el derecho internacional humanitario (DIH)”, en ibíd., p. 12.

observancia y, por consiguiente, tiene el derecho legítimo a exigir el respeto de dichas obligaciones”.<sup>216</sup>

Todo lo anterior permite entonces concluir que la obligatoriedad del derecho internacional humanitario se impone a todas las partes que participen en un conflicto armado, y no sólo a las Fuerzas Armadas de aquellos Estados que hayan ratificado los respectivos tratados. No es pues legítimo que un actor armado irregular, o una fuerza armada estatal, consideren que no tienen que respetar en un conflicto armado las normas mínimas de humanidad, por no haber suscrito estos actores los convenios internacionales respectivos, puesto que –se repite– la fuerza normativa del derecho internacional humanitario deriva de la universal aceptación de sus contenidos normativos por los pueblos civilizados y de la evidencia de los valores de humanidad que estos instrumentos internacionales recogen. Todos los actores armados, estatales o no estatales, están entonces obligados a respetar estas normas que consagran aquellos principios mínimos de humanidad que no pueden ser derogados ni siquiera en las peores situaciones de conflicto armado.<sup>217</sup>

Por esta razón, las represalias también están prohibidas por el derecho humanitario.<sup>218</sup> “Por represalias debemos entender todos aquellos actos que se dirigen a responder, con el empleo de unos medios en sí mismos irregulares y normalmente violentos, a una ac-

---

<sup>216</sup> The prosecutor v. Zoran Kupreskic and others, TPIY, Sala de primera instancia, sentencia, La Haya, 14 de enero de 2000, caso IT-95-16-T, párr. 517, citado en Laurence Boisson de Chazournes y Luigi Cordorelli, “Nueva interpretación del artículo 1...”, ob. cit., p. 51.

<sup>217</sup> Corte Constitucional, sentencia C-225 de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>218</sup> Según el *Customary International Humanitarian Law*, es norma consuetudinaria para conflictos armados no internacionales, la siguiente: “Norma 148. Las partes en un conflicto armado no internacional no tienen derecho a recurrir a represalias bélicas. Quedan prohibidas otras contramedidas contra personas que no participan o han dejado de participar directamente en las hostilidades”. Véase International Committee of the Red Cross, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Rules, ob. cit., pp. 526 a 529.

titud semejante del adversario y destinados a hacerla cesar”.<sup>219</sup> “‘Tomar represalias’, escribe un crítico pacifista de las reglas de la guerra, ‘significa hacer algo que uno mismo considera injusto con el pretexto de que alguien lo hizo primero’”.<sup>220</sup> Es un error creer que si una parte en conflicto cumple con el derecho humanitario, la otra también lo hará.<sup>221</sup>

Con respecto a los conflictos armados no internacionales, el Tribunal argumentó: “Aunque el Protocolo II adicional específicamente no se refiere a represalias contra la población civil, una prohibición contra dichas represalias debe ser deducida de su artículo 4. Represalias contra los civiles son contrarias a las prohibiciones absolutas y no derogables enumeradas en esta disposición. La prohibición del comportamiento debe mantenerse como tal ‘en todo tiempo y lugar’. La prohibición de represalias contra los civiles en un conflicto armado no internacional es reforzada por la inclusión de la prohibición de ‘castigos colectivos’ en el párrafo 2(b) del artículo 4 del Protocolo II”.<sup>222</sup>

<sup>219</sup> Julio Jorge Urbina, *Protección de las víctimas de los conflictos armados...*, ob. cit., p. 81.

<sup>220</sup> G. Lowes Dickinson, *War: Its nature, cause and cure*, Londres, 1923, p. 15, citado en Michael Walzer, *Guerras justas e injustas...*, ob. cit., p. 281.

<sup>221</sup> Michael Ignatieff, *Guerra virtual, más allá de Kosovo*, Ediciones Paidós, Barcelona, 2003, p. 167.

<sup>222</sup> *Ibid.*, párr. 15 ff. Véase también, TPIY, judgement, The prosecutor v. Zora Kupreskic and others, IT-95-16-T, párr. 534, citado en Knut Dormänn, *Elements of War Crimes*, ob. cit., pp. 445-446. “En periodo de conflicto, la jurisprudencia admite que las represalias son lícitas cuando son la respuesta a un ataque, con la condición de que sean proporcionadas a dicho ataque y que estén dirigidas exclusivamente a los combatientes y objetivos militares. El derecho humanitario, por lo tanto, prohíbe las represalias contra toda persona civil y los bienes protegidos por los Convenios de Ginebra y los Protocolos: heridos, enfermos y náufragos, personal sanitario o religioso, unidades, transporte y materiales sanitarios, prisioneros de guerra, población y personas civiles, bienes de carácter civil, bienes culturales, bienes esenciales para la supervivencia de la población, entorno natural, obras e instalaciones que contengan fuerzas peligrosas, edificios y materiales de protección civil”. Bouchet-Saulnier, ob. cit., pp. 600-601.

Es evidente que los Estados, en virtud del derecho de los conflictos armados, no asumen obligaciones ante los rebeldes, sino ante el resto de los Estados, ante la comunidad internacional, y por tanto en sus respuestas militares su conducta no está condicionada por las acciones de los rebeldes.<sup>223</sup> Las obligaciones que genera son *erga omnes*, en razón de la tutela del interés esencial que representa el ser humano en la sociedad internacional. Si un gobierno ha sido incapaz de evitar un conflicto armado interno, al menos debe asumir la responsabilidad de establecer el orden y la justicia por medios legítimos, respetando la vida y los derechos inherentes a la persona humana, protegiendo y aliviando la suerte de las víctimas de un conflicto que siempre debió ser evitado.<sup>224</sup>

Escribía el profesor Lauterpacht hace más de sesenta años: “si el derecho internacional es, en cierto modo, el punto de fuga del derecho, el derecho de la guerra está, quizás aun más patentemente, en el punto de fuga del derecho internacional”. Mientras se alcanza la paz en Colombia, las partes en conflicto deberían “fugarse” hacia el derecho humanitario que es un aporte para hacer menos inhumana la guerra.

## **6. El derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos**

El derecho internacional de los derechos humanos y el derecho humanitario hacen parte del derecho internacional público y tienen en común la protección de los derechos más fundamentales de la persona.<sup>225</sup> Sin embargo, presentan importantes diferencias aunque cada vez existe una mayor complementariedad y convergencia entre ambos.

---

<sup>223</sup> Araceli Magas Martín, *Conflictos armados internos y derecho internacional humanitario*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1990, p. 136.

<sup>224</sup> *Ibíd.*, p. 171.

<sup>225</sup> Sobre esta relación véase Joaquín Cáceres Brun, “El derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos”, en José Luis Rodríguez-Villasante Prieto, *ob. cit.* pp. 645 a 658.

Mientras el derecho internacional de los derechos humanos se aplica en todo momento, el derecho humanitario se aplica exclusivamente en situaciones de conflicto armado. Mientras el derecho internacional de los derechos humanos parte de que el deber de respeto y garantía de los derechos está en cabeza de los Estados, el derecho humanitario señala que el deber de respeto de las normas humanitarias está en cabeza de las partes en conflicto.<sup>226</sup> Mientras el derecho internacional de los derechos humanos protege a toda persona que se encuentre bajo jurisdicción de un Estado, el derecho humanitario protege solamente a quienes no participan o han dejado de participar en las hostilidades. Estas tres características son las diferencias más fundamentales entre estos marcos normativos.<sup>227</sup>

La aplicación del derecho internacional humanitario guarda una relación directamente proporcional a la intensidad del conflicto: a mayor intensidad del conflicto, mayor aplicación. La del derecho internacional de los derechos humanos, en cambio, es inversamente proporcional a la intensidad del conflicto: a mayor intensidad del conflicto, menor aplicación, hasta alcanzar el núcleo inderogable de derechos.<sup>228</sup>

<sup>226</sup> Según el *Customary International Humanitarian Law*, es norma consuetudinaria para conflictos armados internacionales y no internacionales, la siguiente: “Norma 149. Un Estado es responsable de las violaciones del derecho internacional humanitario que le son imputables, en particular: a) las violaciones cometidas por sus órganos, incluidas sus fuerzas armadas; b) las violaciones cometidas por personas o entidades autorizadas a ejercer prerrogativas de su autoridad gubernativa; c) las violaciones cometidas por personas o grupos que actúan de hecho obedeciendo sus instrucciones o bajo su dirección o control; y d) las violaciones cometidas por personas o grupos privados que él reconoce y acepta como comportamiento propio”. Véase International Committee of the Red Cross, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Rules, ob. cit., 2005, pp. 530 a 536.

<sup>227</sup> Véase Daniel O'Donnell, “Introducción al derecho internacional de los derechos humanos”, en Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional, derechos humanos, derecho internacional humanitario, derecho penal internacional*, vol. I, Bogotá, 2001, pp. 49 y ss.

<sup>228</sup> Joaquín Cáceres Brun, “Aspectos destacados en la aplicación del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos”, en Gabriel Pablo Valladares, ob. cit., p. 56.

Esta complementariedad también ha sido reconocida por la Corte Constitucional:

Ahora bien, el derecho internacional humanitario ha sido concebido como un mecanismo de protección de la persona humana, sea ésta partícipe o no del conflicto armado. En efecto, como lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corporación, estos convenios, como el que ahora se revisa, hacen parte, en sentido genérico, del corpus normativo de los derechos humanos puesto que, tanto los tratados de derechos humanos como los convenios de derecho humanitario, son normas de *ius cogens* que buscan ante todo, proteger la dignidad de la persona humana, garantizada por el artículo 1o. de la Carta Política colombiana, como un principio constitucional. Son pues normatividades complementarias que, bajo la idea común de la protección de principios de humanidad, hacen parte de un mismo género: el régimen internacional de protección de los derechos de la persona humana, tanto en situaciones de conflictos entre Estados como dentro de éstos. La diferencia es entonces de aplicabilidad, puesto que si bien un grupo de esos ordenamientos están diseñados en lo esencial para situaciones de paz y otros operan en situaciones de conflicto armado, ambos cuerpos normativos están concebidos para proteger los derechos humanos.<sup>229</sup>

Aunque el derecho internacional de los derechos humanos se aplica en todo tiempo y lugar, en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, es decir, en casos de graves alteraciones de orden público o de conflictos armados, se autoriza la suspensión temporal de algunas obligaciones convencionales, en la estricta medida que la situación lo exija (art. 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). El derecho humanitario se aplica solamente en tiempos de conflicto armado y sus disposiciones complementan al derecho internacional de los derechos humanos, puesto que en lo que no se vincule directamente a las hostilidades, los derechos humanos siguen

---

<sup>229</sup> Corte Constitucional, sentencia C-156 de 1999, M. P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

aplicándose de manera convergente.<sup>230</sup> Sobre el particular ha dicho el relator de Naciones Unidas para las ejecuciones sumarias, extrajudiciales o arbitrarias:

50. ...En la actualidad la opinión más extendida es que la protección que ofrecen las normas internacionales de derechos humanos y la que ofrece el derecho internacional humanitario coinciden en el tiempo y el espacio y que ambos conjuntos normativos se aplican simultáneamente a menos que se produzca un conflicto de leyes entre ellos. En caso de que se produzca ese conflicto, debería aplicarse la *lex specialis*, aunque sólo en la medida en que la situación de que se trate entrañe un conflicto entre los principios aplicables en el marco de los dos regímenes jurídicos internacionales. La Corte Internacional de Justicia ha rechazado explícitamente el argumento de que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prevé únicamente la protección de los derechos humanos en tiempo de paz:

...La protección que otorga el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no se suspende en tiempo de guerra, excepto en función de lo dispuesto en el artículo 4 [suspensión en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación]. Sin embargo, esa suspensión no se aplica en relación con el respeto del derecho a la vida. En principio, el derecho a no ser privado arbitrariamente de la vida se aplica también en las hostilidades. No obstante, la prueba de lo que es una privación arbitraria de la vida debe ser determinada

---

<sup>230</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución 2675 (XXV) de 1970. "... [U]na vez analizado el contenido y alcance del término 'peligro público' que figura en el artículo 27 de la CADH, parece fácil concluir que esta noción cobijaría la totalidad del ámbito de aplicabilidad *rationae materiae* del DIH de los conflictos armados internos. En otras palabras, con la denominación de peligro público se calificarían las situaciones de violencia interna que alcanzan a ser consideradas como conflicto armado interno, en los términos del artículo 3º común a los cuatro Convenios de Ginebra, hasta los conflictos armados de más alta intensidad, regulados por el Protocolo Adicional II. Por tanto, la convergencia de los ámbitos de aplicabilidad *rationae materiae* del DIH y de la CADH es, en estos casos, absoluta". Alejandro Ramelli Arteaga, *La constitución colombiana y el derecho internacional humanitario*, ob. cit., p. 146.

en esos casos por la *lex specialis* aplicable, a saber, el derecho aplicable en los conflictos armados, que está concebido para reglamentar la conducción de las hostilidades.\*<sup>231</sup>

En relación con la posibilidad de suspensión de determinados derechos con base en el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos señaló que:

...el párrafo 1 del artículo 4 establece que ninguna disposición que suspenda obligaciones contraídas en virtud del Pacto puede ser incompatible con las demás obligaciones que impone a los Estados Partes el derecho internacional, especialmente las normas del derecho internacional humanitario. El artículo 4 del Pacto no puede interpretarse como justificación para suspender la aplicación de disposiciones del Pacto si tal suspensión entrañase la infracción de otras obligaciones internacionales del Estado, contraídas ya sea en virtud de un tratado o del derecho internacional general.<sup>232</sup>

El núcleo irreductible de los derechos humanos, que son los derechos que no pueden ser objeto de suspensión, corresponde a la misma protección a la que un individuo aspira en todo tiempo. En este sentido, el Protocolo II de 1977 adicional de los Convenios de Ginebra de 1949, en su Título II contiene prácticamente todos los derechos irreductibles del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.<sup>233</sup> Como consecuencia:

---

\* Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (8 July 1996), párr. 25.

<sup>232</sup> Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, E/CN.4/2005/7, 22 de diciembre de 2004, párr. 50. Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (8 July 1996), párr. 25.

<sup>233</sup> Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General núm. 29, "Los estados de emergencia", párr. 9.

<sup>233</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter inter-*

...Los Estados Partes no pueden en ningún caso invocar el artículo 4 del Pacto como justificación de actos que violan el derecho humanitario o normas imperativas de derecho internacional, por ejemplo, la toma de rehenes, la imposición de castigos colectivos, la privación arbitraria de la libertad o la inobservancia de los principios fundamentales de juicio imparcial, en particular la presunción de inocencia.<sup>234</sup>

Este mismo Comité, en su Observación General núm. 31 sobre la naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el Pacto, señaló que:

11. Tal como está implícito en la Observación General Nº 29, el Pacto se aplica también en situaciones de conflicto armado a las que son aplicables las normas del derecho humanitario internacional. Si bien, con respecto a determinados derechos del Pacto, normas más específicas del derecho humanitario internacional pueden ser directamente pertinentes a los efectos de la interpretación de los derechos del Pacto, ambas esferas del derecho son complementarias y no mutuamente excluyentes.<sup>235</sup>

En particular, el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, a través de sus prohibiciones protege cuatro de los derechos básicos que son también protegidos por los instrumentos internacionales de derechos humanos: la vida, la integridad personal, la libertad personal y las garantías judiciales. Por esta razón se afirma que estos derechos constituyen los derechos humanos mínimos que deben res-

---

*nacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios*, Plaza & Janés, Bogotá, 1998, párr. 4430. "...los instrumentos internacionales de derechos humanos ejercieron influencia en el proceso de elaboración de los dos Protocolos Adicionales de 1997". Antônio Augusto Cançado Trindade, "Derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional de los refugiados y derecho internacional humanitario: aproximaciones y convergencias", *ob. cit.*, p. 107.

<sup>234</sup> Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General núm. 29, "Los estados de emergencia", párr. 11.

<sup>235</sup> Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General núm. 29, "La naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el Pacto", párr. 11.

petarse aún en casos de conflictos armados. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho:

Hay efectivamente equivalencia entre el contenido del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 y el de las disposiciones de la Convención Americana y de otros instrumentos internacionales acerca de los derechos humanos inderogables (tales como el derecho a la vida y el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes). Esta Corte ya ha señalado en el caso Las Palmeras (2000), que las disposiciones relevantes de los Convenios de Ginebra pueden ser tomadas en cuenta como elementos de interpretación de la propia Convención Americana.<sup>236</sup>

Esta convergencia entre los derechos humanos y el derecho humanitario ha sido resaltada por la Corte Internacional de Justicia tanto en la Opinión Consultiva del 9 de junio de 2004 sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, como en el fallo del 19 de diciembre de 2005 en el asunto relativo a las actividades armadas en el territorio del Congo (la República Democrática del Congo c. Uganda).<sup>237</sup> En esta última decisión cabe destacar la opinión separada del juez Simma que “señaló que por lo menos la esencia de las obligaciones dimanantes de las normas del derecho internacional humanitario y del derecho de los derechos humanos es válida *erga omnes*”.<sup>238</sup>

A su vez, el profesor Cançado Trindade, juez de la Corte Interamericana, ha resaltado que:

La adopción del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, que contiene estándares mínimos de protección en caso de conflicto armado no-internacional, también contribuyó a la aproximación entre

---

<sup>236</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Bámaca Velásquez*, sentencia del 25 de noviembre de 2000, párr. 209.

<sup>237</sup> Véase en este sentido el informe del Secretario General de las Naciones Unidas sobre Normas básicas de la humanidad, E/CN.4/2006/87 del 3 de marzo de 2006, párrs. 23 y ss.

<sup>238</sup> *Ibíd.*, párr. 28.

el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos debido a su amplio ámbito que acarrea la aplicación de las normas humanitarias de la misma manera en las relaciones entre el Estado y las personas bajo su jurisdicción (como ocurre en el campo propio de los derechos humanos).<sup>239</sup>

El profesor Daniel O'Donnell manifestó al respecto:

La aplicación del derecho internacional humanitario por los mecanismos de derechos humanos de las Naciones Unidas para abordar las violaciones de los derechos fundamentales perpetradas por las partes en un conflicto armado que no son un Estado fortalece la imparcialidad y la objetividad del sistema respetando, al mismo tiempo, los principios jurídicos básicos por lo que atañe a la responsabilidad de los Estados. Recurrir a las normas humanitarias para interpretar las normas de derechos humanos, y otras formas de desarrollar una normativa mixta más sólida dimanante de las dos ramas del derecho con objeto de cubrir prácticas y situaciones en que ambas son relevantes, afianza la compatibilidad y la eficacia de los dos sistemas.<sup>240</sup>

Sin embargo, "...las aproximaciones o convergencias entre estas vertientes de protección internacional de la persona humana se manifiestan en nuestros días no sólo en los planos conceptual, normativo y hermenéutico, sino también en el plano operativo".<sup>241</sup> Sobre este particular, el profesor O'Donnell ha señalado:

---

<sup>239</sup> Antônio Augusto Cançado Trindade, "Derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional de los refugiados y derecho internacional humanitario: aproximaciones y convergencias", ob. cit., p. 135.

<sup>240</sup> Daniel O'Donnell, "Tendencias en la aplicación del derecho internacional humanitario por los mecanismos de derechos humanos de las Naciones Unidas", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 147, Ginebra, 1998, p. 545.

<sup>241</sup> Antônio Augusto Cançado Trindade, "Derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional de los refugiados y derecho internacional humanitario: aproximaciones y convergencias", ob. cit., p. 168.

Cabe, sin embargo, destacar que los mecanismos de derechos humanos de las Naciones Unidas recurren cada vez con mayor frecuencia al derecho humanitario en los cuatro tipos de situaciones siguientes: -cuando la finalidad de las normas del derecho humanitario es expresamente cubrir una práctica específica, prevista sólo indirectamente en la normativa de los derechos humanos; -cuando las normas humanitarias y de los derechos humanos se aplican indistintamente; -cuando el derecho humanitario es más pertinente que el derecho de los derechos humanos, dada la identidad del infractor; -cuando las normas humanitarias aplicables convergen con el derecho de los derechos humanos.<sup>242</sup>

Para finalizar, sobre esta interrelación dos académicos nacionales han señalado:

Ahora bien, el [derecho humanitario] es un estatuto mínimo –y no máximo– de derechos humanos. El hecho de que esté edificado sobre la neutralización normativa de la prohibición de matar, por lo menos en circunstancias de combate, es indicativo, en sí mismo, de que el [derecho humanitario] comporta el reconocimiento de que la guerra es el imperio de la razón instrumental y estratégica, de manera que sus pautas normativas configuran criterios mínimos, acaso sobre todo negativos, de flaqueo valorativo dentro de un universo dominado en buena medida por las concesiones a la “eficiencia”, en detrimento de los estándares comparativamente altos de respeto por los derechos humanos –v. gr., derechos fundamentales– propios del Estado liberal de derecho.<sup>243</sup>

## **7. Los principios del derecho humanitario**

Las normas, tanto convencionales como consuetudinarias, desarrollan esencialmente una serie de pautas de conductas básicas que

---

<sup>242</sup> Daniel O’Donnell, ob. cit., p. 524.

<sup>243</sup> Iván Orozco Abad y Juan Gabriel Gómez Albarello, *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal*, Editorial Temis, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1999, p. 252.

deben ser respetadas y acatadas en los conflictos armados. Esas reglas esenciales que determinan el contenido del derecho humanitario son denominadas principios. Aunque no es unánime la doctrina en la enunciación de cuáles son exactamente esos principios, sí existe cierto consenso en señalar cuáles son los principios más importantes.<sup>244</sup> El antes denominado derecho de Ginebra esencialmente desarrolla el principio de distinción, y el antes denominado derecho de La Haya desarrolla el principio de limitación. Sin duda alguna, estos dos principios son las piedras cardinales del derecho humanitario. De estos principios se desprenden muchos otros más, como por ejemplo, los de neutralidad, normalidad y protección propios del derecho de Ginebra, o los principios de inviolabilidad y no discriminación<sup>245</sup> que se comparten con el derecho internacional de los derechos humanos.<sup>246</sup>

A continuación se explicará en qué consisten los principios de distinción y de limitación. Además, su análisis se complementará con otros dos principios que se desprenden de los anteriores y que son de particular cumplimiento en caso de conflicto armado cuáles son los de proporcionalidad e inmunidad de la población civil.

### *a) Distinción*

Uno de los principios básicos del derecho humanitario es el de distinción. En la conducción de las operaciones militares se debe ha-

<sup>244</sup> Véase por ejemplo el Capítulo III “Los principios del derecho internacional humanitario”, de la ya clásica obra de Jean Pictet, *Desarrollo y principios del Derecho Internacional Humanitario*, Instituto Henry Dunant, Ginebra, 1986.

<sup>245</sup> Según el *Customary International Humanitarian Law*, son normas consuetudinarias para conflictos armados internacionales y no internacionales, las siguientes: “Norma 88. En la aplicación del derecho internacional humanitario, está prohibido hacer distinciones de índole desfavorable basadas en la raza, el color, el sexo, la lengua, la religión o las creencias, las opiniones políticas o de otro género, el origen nacional o social, la fortuna, el nacimiento u otra condición, o cualquier otro criterio análogo”. Véase International Committee of the Red Cross, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Rules, ob. cit., pp. 308 a 311.

<sup>246</sup> Véase Pictet, ob. cit., pp. 75 y ss.

cer una diferenciación entre los combatientes y los no combatientes, y entre los objetivos militares y los bienes civiles. La primera es una distinción de personas y la segunda una distinción de cosas. El propósito de esta diferenciación es que las hostilidades se libren entre combatientes y contra objetivos militares para que en ninguna circunstancia afecten a los no combatientes y a los bienes civiles.<sup>247</sup> Es lícito atacar pues a un combatiente y a un objetivo militar como es ilícito atacar a un no combatiente y a un bien civil. Es más, esa licitud llega al extremo de que si ese combatiente participa en las hostilidades puede ser muerto y que si un bien ofrece una ventaja militar definida puede ser destruido. Dicha licitud significa que “[n]o debe uno matar a menos que esté dispuesto a morir”.<sup>248</sup>

Quienes participan en un acto de guerra abierta suscriben de alguna forma un pacto tácito, que podríamos formular en estos términos: todos salimos a luchar por el logro de determinados objetivos estratégicos o tácticos, aceptando el riesgo que esto conlleva de acabar con la vida del adversario o de poner en riesgo la nuestra, y dispuestos a luchar para vender cara nuestra vida; pero no tendremos nada que objetarle moralmente al enemigo que nos enfrente en un juego limpio, y eventualmente nos derrote, incluso acabando con nuestras vidas. Gracias a este pacto implícito, queda en suspenso la obligación de evitar la muerte de otras

---

<sup>247</sup> El artículo 48 del Protocolo I de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra establece este principio como la norma fundamental de protección general contra los efectos de las hostilidades, principio considerado como de derecho consuetudinario por la experiencia de los recientes conflictos armados. Véase Julio Jorge Urbina, ob. cit., p. 159. Según el *Customary International Humanitarian Law*, son normas consuetudinarias para conflictos armados internacionales y no internacionales, las siguientes: “Norma 1. Las partes en conflicto deberán distinguir en todo momento entre personas civiles y combatientes. Los ataques sólo podrán dirigirse contra combatientes. Los civiles no deben ser atacados. Norma 7. Las partes en conflicto deberán hacer en todo momento la distinción entre bienes de carácter civil y objetivos militares. Los ataques sólo podrán dirigirse contra objetivos militares. Los bienes de carácter civil no deben ser atacados”. Véase International Committee of the Red Cross, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Rules, ob. cit., pp. 3 a 8 y 25 a 29.

<sup>248</sup> Michael Walzer, *Guerra, política y moral*, ob. cit., p. 89.

personas –los enemigos en condición de combate– o de evitar todo riesgo serio para nuestra propia supervivencia.<sup>249</sup>

Este principio de distinción tiene una formulación diferente trátase de conflictos armados internacionales o conflictos armados no internacionales.<sup>250</sup> Mientras en los primeros se utiliza la expresión de combatientes en los segundos se habla de personas que participan directamente en las hostilidades. En los primeros de manera expresa se define la diferenciación entre objetivos militares y bienes civiles, en los segundos no.

La razón esencial de esta primera diferenciación radica en la negativa de reconocer el estatuto de combatiente en cabeza de los miembros de los grupos armados no estatales que participen en un conflicto armado no internacional.<sup>251</sup> A estas personas no se les puede reconocer el derecho a combatir puesto que pueden ser perseguidas y castigadas por el Estado.

No existe un solo artículo en estas normas donde se utilice la expresión “combatiente” para referirse a aquellos que participen en las hostilidades, y ello es así porque de esta forma se trata de evitar cualquier reconocimiento de un derecho a combatir, como es el que se predica de

<sup>249</sup> Angelo Papacchini, *Derecho a la vida*, Universidad del Valle, Cali, 2001, p. 317.

<sup>250</sup> La Declaración de Taormina de 1990 en su primera conclusión establece que “la obligación de distinguir entre combatientes y las personas civiles es una norma general aplicable en caso de conflicto armado no internacional; (...)”. Y a renglón seguido señala como segunda conclusión: “La prohibición de lanzar ataques contra la población civil como tal o contra las personas civiles es una norma general aplicable en caso de conflicto armado no internacional. (...)”. Por último, la conclusión octava señala que “las normas generales que obligan a distinguir entre los combatientes y las personas civiles y que prohíben lanzar ataques contra la población civil como tal o contra las personas civiles implican, para su aplicación, que se tomen todas las precauciones factibles a fin de evitar heridas, pérdidas o daños a la población civil”.

<sup>251</sup> Incluso la práctica consuetudinaria de los Estados es ambigua en determinar si los miembros de los grupos armados de oposición se consideran miembros de las fuerzas armadas o personas civiles, véase Jean-Marie Henckaerts, “Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario: una contribución a la comprensión y al respeto de los conflictos armados”, ob. cit., p. 9.

aquellos que participan en conflictos armados internacionales. En un conflicto armado entre Estados, los combatientes tienen un derecho legítimo de combatir, y en el caso de caer en poder del enemigo, por rendición o por herida, enfermedad o naufragio, tienen derecho al Estatuto de prisionero de guerra, en virtud del cual no podrán ser juzgados por haber combatido contra tal potencia, sino únicamente en aquellos casos en los que se hayan podido cometer infracciones del derecho internacional humanitario. Tal “derecho a combatir” no se predica, en modo alguno, de los rebeldes o insurgentes que se levantan en armas contra un gobierno en el interior del territorio de un Estado, porque estos serán considerados como delincuentes, y podrán ser juzgados por los hechos delictivos cometidos con ocasión del conflicto armado, de ahí las disposiciones protectoras y garantías penales y procesales recogidas en los artículos 5 y 6 del Protocolo, aplicables a personas privadas de libertad y en el enjuiciamiento y sanción de infracciones cometidas con ocasión del conflicto armado.<sup>252</sup>

¿Quién es combatiente? Las definiciones convencionales más modernas que permiten realizar la distinción entre combatientes y no combatientes se encuentran en los artículos 43 y 50 del Protocolo I de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 1949,<sup>253</sup> que tienen

---

<sup>252</sup> David Suárez Leoz, “Los conflictos armados internos”, en José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto (coord.), *Derecho Internacional Humanitario*, ob. cit., p. 466.

<sup>253</sup> Artículo 43 *Fuerzas Armadas*

1. Las fuerzas armadas de una Parte en conflicto se componen de todas las fuerzas, grupos y unidades armados y organizados, colocados bajo un mando responsable de la conducta de sus subordinados ante esa Parte, aun cuando ésta esté representada por un gobierno o por una autoridad no reconocidos por una Parte adversa. Tales fuerzas armadas deberán estar sometidas a un régimen de disciplina interna que haga cumplir, *inter alia*, las normas del derecho internacional aplicables en conflictos armados.

2. Los miembros de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto (salvo aquellos que forman parte del personal sanitario y religioso a que se refiere el artículo 33 del III Convenio) son combatientes, es decir, tienen derecho a participar directamente en las hostilidades.

3. Siempre que una Parte en conflicto incorpore a sus fuerzas armadas un organismo paramilitar o un servicio armado encargado de velar por el orden público, deberá notificarlo a las otras Partes en conflicto. (...)

su origen en el artículo 1 del Reglamento de La Haya de 1907 y en la enumeración de las condiciones requeridas para el trato de prisionero de guerra en el artículo 4 del Convenio III de Ginebra de 1949.<sup>254</sup> Con base en estas disposiciones, podemos concluir lo siguiente:

Son combatientes los miembros de las fuerzas armadas de una parte en conflicto y los miembros de organismos paramilitares o ser-

---

Artículo 50. *Definición de personas civiles y de población civil.*

1. Es persona civil cualquiera que no pertenezca a una de las categorías de personas a que se refieren el artículo 4, A. 1), 2), 3) y 6), del III Convenio, y el artículo 43 del presente Protocolo. En caso de duda acerca de la condición de una persona, se la considerará como civil.
2. La población civil comprende a todas las personas civiles.
3. La presencia entre la población civil de personas cuya condición no responda a la definición de persona civil no priva a esa población de su calidad de civil.

<sup>254</sup> Artículo 1.

Las leyes, los derechos y los deberes de la guerra no se refieren solamente al ejército sino también a las milicias y a los Cuerpos de voluntarios que reúnan las condiciones siguientes:

1. Tener a la cabeza a una persona responsable de sus subalternos;
2. Tener una señal como distintivo fijo y reconocible a distancia;
3. Llevar las armas ostensiblemente;
4. Sujetarse en sus operaciones a las leyes y costumbres de la guerra.

En los países en que las milicias o los Cuerpos de voluntarios formen el ejército o hagan parte de él, tanto aquellas como éstas, quedan comprendidos bajo la denominación de ejército. (...)

Artículo 4.

A. Son prisioneros de guerra, en el sentido del presente Convenio, las personas que, perteneciendo a una de las siguientes categorías, caigan en poder del enemigo:

1. los miembros de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto, así como los miembros de las milicias y de los cuerpos de voluntarios que formen parte de estas fuerzas armadas;
2. los miembros de las otras milicias y de los otros cuerpos de voluntarios, incluidos los de movimientos de resistencia organizados, pertenecientes a una de las Partes en conflicto y que actúen fuera o dentro del propio territorio, aunque este territorio esté ocupado, con tal de que estas milicias o estos cuerpos de voluntarios, incluidos estos movimientos de resistencia organizados, reúnan las siguientes condiciones:
  - a) estar mandados por una persona que responda a sus subordinados;
  - b) tener un signo distintivo fijo y reconocible a distancia;
  - c) llevar las armas a la vista;
  - d) dirigir sus operaciones de conformidad con las leyes y costumbres de la guerra;

vicios armados incorporados a las fuerzas armadas, con excepción del personal sanitario o religioso.<sup>255</sup> Estos últimos no son civiles porque forman parte de los ejércitos, pero no son combatientes porque su misión no es combatir. También son combatientes las poblaciones de un territorio que, al acercarse al enemigo, se levantan contra él en forma espontánea.

Combatientes regulares son aquellos que perteneciendo a las fuerzas armadas de una de las partes o estando asimilados a ellas, combaten en la forma tradicional. ... Conforme a tales disposiciones, son combatientes regulares: a) Los “miembros de las fuerzas armadas regulares de una parte contendiente, incluidos los miembros de milicias y cuerpos de voluntarios que formen parte de esas fuerzas armadas”, con exclusión del personal militar, religioso y sanitario a que se refiere el art. 33, Convenio III. Excepción a la que debe también añadirse, ...con arreglo a lo dispuesto en el art. 67.1 del propio Protocolo, la de los miembros de las unidades militares que estén dedicadas de modo permanente y exclusivo al desempeño de tareas de protección civil y lleven ostensiblemente el signo distintivo internacional. b) Los “miembros de otras milicias y miembros de otros cuerpos de voluntarios”, incluso los de movimientos de resistencia organizados, pertenecientes a una de las partes contendientes y que actúen fuera o dentro de su propio territorio, aunque este territorio

---

3) los miembros de las fuerzas armadas regulares que sigan las instrucciones de un Gobierno o de una autoridad no reconocidos por la Potencia detenedora; (...)

6) la población de un territorio no ocupado que, al acercarse al enemigo, tome espontáneamente las armas para combatir contra las tropas invasoras, sin haber tenido tiempo para constituirse en fuerzas armadas regulares, si lleva las armas a la vista y respeta las leyes y costumbres de la guerra.

<sup>255</sup> Según el *Customary International Humanitarian Law*, son normas consuetudinarias para conflictos armados internacionales las siguientes: “Norma 3. Todos los miembros de las fuerzas armadas de una parte en conflicto son combatientes, excepto el personal sanitario y religioso. Norma 4. Las fuerzas armadas de una parte en conflicto se componen de todas las fuerzas, agrupaciones y unidades armadas y organizadas que estén bajo un mando responsable de la conducta de sus subordinados ante esa parte.” Véase International Committee of the Red Cross, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Rules, ob. cit., pp. 11 a 17.

se halle ocupado. ... c) los “miembros de las fuerzas armadas regulares que profesen obediencia a un gobierno o a una autoridad no reconocida por la potencia en cuyo poder caigan”. Son las llamadas “fuerzas libres”. ...Por último, con la denominación doctrinal de “combatientes circunstanciales” se concede el estatuto de combatiente a la población que se levanta en masa para oponerse al invasor enemigo.<sup>256</sup>

Aunque según la Constitución Política de Colombia la policía nacional es un “cuerpo armado permanente de naturaleza civil” (art. 218), “...aquellos de sus miembros que realicen misiones militares tendrán la consideración y el estatuto de combatiente”.<sup>257</sup> Sobre el particular ha dicho la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

La Comisión es consciente que Colombia no ha incorporado formalmente la Policía Nacional a sus fuerzas militares. Sin embargo, la Comisión ha verificado que miembros de la policía han participado con frecuencia, ya sea autónomamente o con las Fuerzas Militares, en operaciones militares contra grupos armados disidentes y en otras actividades contrainsurgentes. Al participar directamente de las hostilidades, estas personas, como mínimo, pierden su inmunidad a ataque directo individual durante el tiempo en que participen en las operaciones militares. La situación puede ser diferente en el caso de aquellos policías que asuman el papel de combatientes de tiempo completo. En virtud del número y frecuencia de sus actos hostiles, esas personas, en el mejor de los casos, perjudican, y en el peor, pierden su estatus de civiles y corren el riesgo cierto de ser consideradas combatientes de tiempo completo por la parte adversaria.<sup>258</sup>

<sup>256</sup> José Luis Doménech Omedas, “Estatuto y trato de los combatientes en caso de captura”, en Gabriel Pablo Valladares, *Lecciones y Ensayos*, ob. cit., pp. 145 a 147. Véase también José Luis Doménech Omedas, “Los sujetos combatientes”, en José Luis Rodríguez-Villasante Prieto, *Derecho Internacional Humanitario*, ob. cit., pp. 151-168.

<sup>257</sup> José Luis Doménech Omedas, ob. cit. p. 152.

<sup>258</sup> CIDH, *Tercer Informe*, ob. cit., párr. 66.

No son combatientes los individuos civiles que constituyan la población civil.<sup>259</sup> No son combatientes los miembros de las fuerzas armadas que forman parte del personal sanitario y religioso y están dedicados exclusivamente a ese cometido.<sup>260</sup> No son combatientes los civiles que acompañan a las fuerzas armadas, sin formar parte integrante de ellas, tales como los miembros civiles de las tripulaciones de aviones militares, corresponsales de guerra, proveedores, miembros de unidades de trabajo y servicios encargados del bienestar de los militares, y miembros de las tripulaciones de la marina mercante y de la aviación civil de las partes contendientes. No son combatientes los periodistas en misión profesional peligrosa<sup>261</sup> y los corresponsales de guerra.<sup>262</sup> No son combatientes los miembros de las fuerzas o

---

<sup>259</sup> Según el *Customary International Humanitarian Law*, es norma consuetudinaria para conflictos armados internacionales y no internacionales, la siguiente: “Norma 5. Son personas civiles quienes no son miembros de las fuerzas armadas. La población civil comprende a todas las personas civiles”. Véase International Committee of the Red Cross, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Rules, ob. cit., pp. 17 a 19.

<sup>260</sup> La Declaración de Taormina de 1990 en su conclusión quinta establece que “la obligación de respetar y proteger al personal sanitario y al personal religioso, así como la obligación de respetar y de proteger las unidades y los medios de transporte sanitarios en la conducción de las operaciones militares son normas generales aplicables en caso de conflicto armado no internacional”.

<sup>261</sup> Según el *Customary International Humanitarian Law*, es norma consuetudinaria para conflictos armados internacionales y no internacionales, la siguiente: “Norma 34. Los periodistas civiles que realicen misiones profesionales en zonas de conflicto armado serán respetados y protegidos, siempre que no participen directamente en las hostilidades”. Véase International Committee of the Red Cross, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Rules, ob. cit., pp. 115 a 118.

<sup>262</sup> En relación con los periodistas, “De acuerdo con el derecho internacional humanitario existen dos clases de periodistas: a) los corresponsales de guerra (regulados por el artículo 4 de la III Convención de Ginebra de 1949), que tienen la condición de prisioneros de guerra, y b) los ‘periodistas en misión peligrosa’ que protege como personas civiles el artículo 79 del Protocolo I de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra. Estos últimos se abstendrán de todo acto que comprometa su estatuto de persona civil y podrán obtener una tarjeta de identidad que acreditará su condición de periodista”. Roy Gutman y David Rieff, *Crímenes de guerra, lo que debemos saber*, ob. cit., p. 352. Todo periodista que efectúe misiones peligrosas en zonas de conflicto armado es una persona civil. Sobre el particular véase Alexandre Balguy-Gallois, “Protección de los periodistas y de los medios de información en situaciones de conflicto armado”, *Revista Internacio-*

grupos armados que hayan depuesto las armas. No son combatientes las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa.

Los no combatientes o aquellos que no participan directamente en las hostilidades son las personas protegidas por el derecho humanitario. El parágrafo del artículo 135 del Código Penal establece:

Para los efectos de este artículo y las demás normas del presente título se entiende por personas protegidas conforme al derecho internacional humanitario: 1. Los integrantes de la población civil. 2. Las personas que no participan en hostilidades y los civiles en poder de la parte adversa. 3. Los heridos, enfermos o náufragos puestos fuera de combate. 4. El personal sanitario o religioso. 5. Los periodistas en misión o corresponsales de guerra acreditados. 6. Los combatientes que hayan depuesto las armas por captura, rendición u otra causa análoga. 7. Quienes antes del comienzo de las hostilidades fueren considerados como apátridas o refugiados. 8. Cualquier otra persona que tenga aquella condición en virtud de los Convenios I, II, III y IV de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales I y II de 1977 y otros que llegaren a ratificarse.

Vale la pena señalar el significado de los vocablos y las expresiones utilizadas para denominar algunos de estos sujetos que tienen la calidad de no combatientes o de personas protegidas. Según el Protocolo I de 1997, “la población civil comprende a todas las personas civiles” (art. 50 numeral 2º), y estas últimas son todas aquellas que en términos generales no hacen parte de una de las fuerzas o grupos armados en conflicto.<sup>263</sup> Al tenor del artículo 41 numeral 2 del Protocolo I de 1977:

---

*nal de la Cruz Roja*, num. 853, 2004, Selección de artículos 2004, Buenos Aires, 2005.

<sup>263</sup> “Es persona civil cualquiera que no pertenezca a una de las categorías de personas a que se refieren el artículo 4, A. 1), 2), 3), y 6) del III Convenio, y el artículo 43 del presente Protocolo. En caso de duda acerca de la condición de una persona, se le considerará como civil” (art. 50 numeral 1º del Protocolo I de 1977).

Está fuera de combate toda persona:

- a) que esté en poder de una Parte adversa;
- b) que exprese claramente su intención de rendirse;
- c) que esté inconsciente o incapacitada en cualquier otra forma a causa de heridas o de enfermedad y sea, por consiguiente, incapaz de defenderse; y siempre que, en cualquiera de esos casos, se abstenga de todo acto hostil y no trate de evadirse.

El artículo 8 del Protocolo I de 1977 señala que:

a) se entiende por “heridos” y “enfermos” las personas, sean militares o civiles, que debido a un traumatismo, una enfermedad u otros trastornos o incapacidades de orden físico o mental, tengan necesidad de asistencia o cuidados médicos y que se abstengan de todo acto de hostilidad. Esos términos son también aplicables a las parturientas, a los recién nacidos y a otras personas que puedan estar necesitadas de asistencia o cuidados médicos inmediatos, como los inválidos y las mujeres encinta, y que se abstengan de todo acto de hostilidad;

b) se entiende por “náufragos” las personas, sean militares o civiles, que se encuentren en situación de peligro en el mar o en otras aguas a consecuencia de un infortunio que las afecte o que afecte a la nave o aeronave que las transportaba, y que se abstengan de todo acto de hostilidad. Estas personas, siempre que sigan absteniéndose de todo acto de hostilidad, continuarán considerándose náufragos durante su salvamento, hasta que adquieran otro estatuto de conformidad con los Convenios o con el presente Protocolo.

c) se entiende por “personal sanitario” las personas destinadas por una Parte en conflicto exclusivamente a los fines sanitarios enumerados en el apartado e) [búsqueda, recogida, transporte, diagnóstico o tratamiento de heridos, enfermos o náufragos] o a la administración de las unidades sanitarias o al funcionamiento o administración de los medios de transporte sanitarios. El destino a tales servicios podrá tener carácter permanente o temporal. La expresión comprende:

- i) el personal sanitario, sea militar o civil, de una Parte en conflicto, incluido el mencionado en los Convenios I y II, así como el de los organismos de protección civil;
- ii) el personal sanitario de las Sociedades nacionales de la Cruz Roja (Media Luna Roja, León y Sol Rojos) y otras sociedades nacionales voluntarias de socorro debidamente reconocidas y autorizadas por una Parte en conflicto;
- iii) el personal sanitario de las unidades o los medios de transporte sanitarios mencionados en el párrafo 2 del artículo 9.

d) se entiende por “personal religioso” las personas, sean militares o civiles, tales como los capellanes, dedicadas exclusivamente al ejercicio de su ministerio y adscritas:

- i) a las fuerzas armadas de una Parte en conflicto,
- ii) a las unidades sanitarias o los medios de transporte sanitarios de una Parte en conflicto,
- iii) a las unidades o medios de transporte sanitarios mencionados en el párrafo 2 del artículo 9, o
- iv) a los organismos de protección civil de una Parte en conflicto.

La adscripción del personal religioso puede tener carácter permanente o temporal, y son aplicables a ese personal las disposiciones pertinentes del apartado k).

Según el numeral 1 del artículo 79 del Protocolo I de 1977, “los periodistas que realicen misiones profesionales peligrosas en la zonas de conflicto armado serán considerados personas civiles en el sentido del párrafo 1 del artículo 50”. Son corresponsales de guerra los periodistas que están acreditados ante una de las partes en conflicto. Son apátridas quienes carecen o pierden la patria, es decir, la nacionalidad y la ciudadanía.<sup>264</sup> El término refugiado está definido por el artículo 1 de la Convención sobre el estatuto de refugiados de 1951, que se encuentra en vigor en Colombia desde el 10 de enero de 1962 en virtud de la Ley 35 de 1961 y es toda persona que:

---

<sup>264</sup> Hernando Valencia Villa, *Diccionario de Derechos Humanos*, ob. cit., p. 16.

debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.

Dado que la palabra “persona” no tiene ninguna connotación especial para el derecho humanitario, debe entenderse por su uso corriente cual es de cualquier “individuo de la especie humana”, según el *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia Española. La expresión “menor de dieciocho años” no ofrece ninguna anotación especial en cuanto a su interpretación. La expresión “los civiles en poder de la parte adversa” del numeral 2 del artículo 135 del Código Penal debe entenderse como “los civiles en poder de una de las partes en conflicto”, esto por cuanto para un civil la parte adversa en un conflicto armado no internacional no es ninguna, ni el Estado ni las organizaciones armadas no estatales, ya que un civil no debe participar en las hostilidades y, por tanto, debe estar por fuera del conflicto armado.

Los deberes de los combatientes son el de distinguirse de la población civil<sup>265</sup> y el de observar las normas del derecho de la guerra.<sup>266</sup>

---

<sup>265</sup> Según el *Customary International Humanitarian Law*, es norma consuetudinaria para conflictos armados internacionales en relación con las personas civiles o fuera de combate, la siguiente: “Norma 106. Los combatientes deben distinguirse de la población civil cuando estén participando en un ataque o en una operación militar previa a un ataque. Si no lo hacen, no tienen derecho al estatuto de prisionero de guerra”. Véase International Committee of the Red Cross, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Rules, ob. cit., pp. 384 a 389.

<sup>266</sup> “La función del derecho de la guerra no es atribuir competencias o derechos, sino imponer límites a la libertad de acción de los beligerantes, como prueba la sentencia del 12 de agosto de 1921 sobre el Asunto de los buques y remolcadores del Danubio, ‘El derecho internacional aplicado a la conducción de la guerra es un conjunto de restricciones y no de atribución de poder’”. *Recueil des Sentences Arbitrales*, vol. I, Nueva York, Naciones Unidas, 1948, p. 104. En el mismo sentido: “El derecho internacional es un derecho prohibitivo, El proceso de los rehenes, Estados Unidos, C/ List et al. Tribunal Militar de Estados Unidos, Nurem-

Son sus derechos participar directa y legítimamente en las hostilidades y gozar de la protección de las normas del derecho de la guerra. Los deberes de los no combatientes son los de no participar directamente en las hostilidades, y su derecho es el de ser protegidos en todo momento y lugar en que dure el conflicto armado de los peligros de las operaciones militares.<sup>267</sup>

En la medida en que el derecho de los conflictos armados regula todo tipo de guerras, trátase de regulares o irregulares, quienes participan en estas últimas son conocidos bajo la denominación de guerrilleros.<sup>268</sup> El numeral 3 del artículo 44 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1977, señala:

Con objeto de promover la protección de la población civil contra los efectos de las hostilidades, los combatientes están obligados a distinguirse de la población civil en el curso de un ataque o de una operación militar preparatoria de un ataque. Sin embargo, dado que en los conflictos armados hay situaciones en las que, debido a la índole de las hostilidades, un combatiente armado no puede distinguirse de la población civil, dicho combatiente conservará su estatuto de tal siempre que, en esas circunstancias, lleve sus armas abiertamente:

- a) durante todo enfrentamiento militar; y
- b) durante el tiempo que sea visible para el enemigo mientras está tomando parte en un despliegue militar previo al lanzamiento de un ataque en el que va a participar.

---

ber, del 8 de julio de 1947 al 19 de febrero de 1948, Law and Reports of Trials of War Criminals, seleccionados y preparados por la Comisión de las Naciones Unidas sobre crímenes de guerra, vol. VIII, Londres, His Majesty's Stationery Office, 1949, pp. 34-92 *ad. p.* 66, citado en François Bugnion, "Guerra justa, guerra de agresión y derecho internacional humanitario", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 163, septiembre 2002, p. 196

<sup>267</sup> Según el *Customary International Humanitarian Law*, es norma consuetudinaria para conflictos armados internacionales y no internacionales, en relación con las personas civiles o fuera de combate, la siguiente: "Norma 87. Las personas civiles y las personas fuera de combate serán tratadas con humanidad". Véase International Committee of the Red Cross, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Rules, *ob. cit.*, pp. 306 a 308.

<sup>268</sup> Véase Michel Veuthey, *Guérilla et droit humanitaire*, Comité International de la Croix-Rouge, Ginebra, 1983.

De ésta y de las otras disposiciones se puede concluir que hay dos tipos de requisitos para que un guerrillero tenga el carácter de combatiente. En primer lugar, de carácter colectivo de la fuerza a la que pertenecen: la existencia de un mando responsable en las mismas condiciones que los restantes miembros de las fuerzas armadas, y la observancia y el respeto por las leyes de la guerra. En segundo lugar, de carácter individual, que han de cumplir los guerrilleros: distinguirse portando las armas abiertamente, que basta con que lo hagan durante el enfrentamiento militar y en el despliegue previo.<sup>269</sup>

La visibilidad de la guerra es una retórica corporal del honor: el combatiente es alguien que se reconoce de lejos.<sup>270</sup> El requisito de la visibilidad se fundamenta en dos motivos esenciales. Primero, como el guerrillero en cuanto combatiente es un objeto legítimo de ataque por los miembros de la parte adversa, si no se distinguiera de la población civil, esta última sería la perjudicada. Segundo, el principio de la lealtad del combate que tiene tres expresiones importantes. En primer lugar, le impone el deber de identificarse como tal ante su adversario en el curso de una operación militar, para que éste tenga en claro de quién debe estar preparado a recibir ataques. En segundo lugar, prohíbe los actos que traicionan la buena fe del adversario, dándole a entender que tiene derecho a protección, como el simular el estatuto de no combatiente, figura consagrada en el Protocolo I como la perfidia. Por último, se expresa por el respeto que se le debe al adversario en su condición de persona que guarda fidelidad a su propia parte.<sup>271</sup>

El guerrillero debe ser visible a simple vista y ...esta interpretación se justifica por el de hecho de que es sobre todo en los casos en que el

---

<sup>269</sup> “Combatientes ilegítimos son los que participan directamente en las hostilidades sin cumplir con los requisitos individuales y colectivos ya conocidos y no están, por tanto, incluidos en ninguna de las categorías de combatientes anteriormente enumeradas”. José Luis Doménech Omedas, “Estatuto y trato de los combatientes en caso de captura”, ob. cit., p. 147.

<sup>270</sup> Véase Michel Foucault, *Vigilar y castigar, nacimiento de la prisión*, Siglo XXI Editores, México, 1983, p. 139.

<sup>271</sup> Véase, Hernán Montealegre, ob. cit., pp. 310 a 313.

guerrillero tiene una visión directa cuando puede abrir fuego y cuando su enemigo está inmediatamente amenazado. Es pues en este momento cuando debe quedar perfectamente clara la distinción entre un combatiente armado y un civil inofensivo, si se quiere evitar que las personas civiles se confundan con los combatientes y que el Protocolo no alcance en definitiva su objetivo.<sup>272</sup>

¿Quién participa directa e inmediatamente en las hostilidades? En primer lugar, los llamados a participar directamente en las hostilidades son los denominados combatientes. En segundo lugar, se puede dar la situación de que civiles participen directamente en las hostilidades. En ninguna de estas dos situaciones estos sujetos están protegidos por el derecho humanitario. Son lícitos los ataques que se puedan dirigir contra ellos, los que incluso pueden ocasionarles la muerte.

La primera situación no merece mayor profundización ya que esa es la función esencial de los combatientes: la participación activa, directa, inmediata en las hostilidades.<sup>273</sup> Obvio que en esas situaciones

<sup>272</sup> Comentarios ... Protocolo I ... párr. 1712.

<sup>273</sup> “Sobre la base de esta perspectiva histórica, los participantes examinaron qué diferencias existían, de ser el caso, entre las nociones de participación ‘activa’ y participación ‘directa’ en las hostilidades. Aunque la frase ‘active part in the hostilities’ (parte activa en las hostilidades sería la traducción literal, aunque el término en español es ‘que participen directamente en las hostilidades’. N. del T.) utilizada en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra ha pasado a ser, en el texto de los Protocolos adicionales de 1977, ‘direct participation in the hostilities’ (en inglés, puesto que en español se mantiene la noción de ‘participación directa en las hostilidades’, N. del T.), en el Comentario del Protocolo adicional I se consideraron sinónimas esas dos formulaciones (algo que confirma la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para Rwanda). En cambio, la Comisión Preparatoria para el esclarecimiento de una Corte Penal Internacional pareció considerar distintas estas dos nociones, al menos en el contexto específico del reclutamiento de niños. La Comisión Preparatoria afirmó que ‘Se han adoptado los términos “utilizar” y “participar” para abrir tanto la participación directa en el combate como la participación activa en las actividades militares relacionadas con el combate” (Traducción nuestra, N. del T.)’. Se cita a TPIR, el fiscal contra Jean-Paul Akayesu, caso núm. TPIR-96-4-T, decisión del 2 de septiembre de 1998, p. 62, en CICR, “Participación directa en las hostilidades con arreglo al derecho internacional humanitario”, Ginebra, septiembre de 2003, p. 2.

pueden ser objeto de ataques, y mientras no participen directamente en operaciones militares están protegidos por el principio de distinción.<sup>274</sup>

La segunda situación –la participación de los civiles en las hostilidades– merece un mayor análisis. En un conflicto armado no internacional no es extraña la participación de los civiles. Su grado de participación es determinante para determinar quiénes están protegidos por el principio de distinción.

...[E]sta guerra no se dirige sobre bases fijas, es una guerra de movimientos que como tal exige una relación muy estrecha entre los grupos de acción y la población civil hasta el extremo de afirmarse que todos los habitantes de una región dominada por cualquiera de los dos bandos son potencialmente combatientes, bien en su condición de simpatizantes activos, los cuales no toman parte directa en el conflicto pero sí asumen la decisiva responsabilidad de transmitir órdenes e informaciones, suplir líneas de comunicación, proveer abastecimientos de toda índole, infiltrar al enemigo, recaudar fondos, ejercer el comisariato político, etc., y servir, además, como conexión entre los grupos de acción y la población. Y los simpatizantes pasivos que asumen la tarea de no ver nada, no oír nada y especialmente no saber nada ...Como puede deducirse, los simpatizantes activos o pasivos están revestidos de una importancia casi comparable con la del combatiente activo, y unos y otros forman las fuerzas armadas

---

<sup>274</sup> “Teniendo presente que los combatientes tienen derecho a participar directamente en las hostilidades y, por consiguiente, no se benefician de inmunidad contra los ataques, se preguntó si sería lícito un ataque contra miembros individuales de las fuerzas armadas mientras estén disfrutando de licencia, vacaciones o asignados a deberes no relacionados con el conflicto armado. Los expertos tendieron a convenir en que, puesto que los miembros de las fuerzas armadas tienen derecho a tomar las armas en cualquier momento, podían entonces ser blanco de un ataque en las circunstancias mencionadas arriba y, además, cuando están durmiendo. No obstante, algunos participantes matizaron esta afirmación recordando que el principio del ‘menor daño’ prohibía los ataques a las personas en caso de tenerse a disposición alternativas menos letales”. CICR, *ibíd.*, p. 6.

de los actores de la guerra. De la sincronización de su acción simbiótica depende el desarrollo exitoso del conflicto.<sup>275</sup>

Esta interpretación de uno de los actores armados del conflicto colombiano está relacionada precisamente con la participación de los civiles en las hostilidades. En vista de que algunos civiles participan en las hostilidades, la inquietud radica en la forma como lo hacen. ¿Acaso tienen el carácter de “simpatizantes activos o pasivos”, según la cita que se acaba de transcribir? El artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, la disposición básica para los conflictos armados internos que establece el mínimo humanitario aplicable señala, entre otros, como beneficiarios de protección las personas que no participan “directamente” en las hostilidades. Este calificativo que se resalta, significa que a la hora de aplicar el derecho humanitario se debe tener en cuenta quiénes participan directamente y quiénes no.

El tercer informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sobre la situación de derechos humanos en Colombia hace suyos los importantes análisis que desde hace unos años viene realizando el profesor Robert Goldman,<sup>276</sup> quien fue después miembro de la CIDH y relator para Colombia, sobre la distinción entre la participación directa y la participación indirecta de las personas civiles en las hostilidades.

De la lectura del informe de la CIDH, y de los escritos de Goldman queda muy clara esa diferenciación. La participación directa de un civil se da cuando asume el papel de combatiente y participa en las hostilidades estableciéndose una relación causal entre la actividad que él desarrolla y el daño cometido al enemigo en el tiempo y lugar

<sup>275</sup> Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), Naturaleza político-militar del movimiento, Montañas de Colombia, junio 26 de 1997, p. 9.

<sup>276</sup> Robert K. Goldman, “Derecho internacional humanitario y actores no gubernamentales”, mimeo, Washington, 1993. Este texto, con muy pocas modificaciones, apareció publicado con el mismo título en Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Estudios Básicos de Derechos Humanos, tomo I, San José, 1994, pp. 87 a 116. Otro texto previo del mismo autor es “Algunas reflexiones sobre derecho internacional humanitario y conflictos armados internos”, en Comisión Colombiana de Juristas Seccional Colombiana, *Espacios Internacionales para la Justicia en Colombia*, vol. II, Bogotá, 1992, pp. 143 a 166.

en que se desarrolló dicha actividad. Dicho de otro modo, se entiende por participación directa los actos de guerra que por su índole o finalidad están destinados a atacar concretamente al personal y el material de las fuerzas armadas adversarias.<sup>277</sup>

De manera general, la inmunidad otorgada a los civiles está sujeta a una condición muy estricta: la de no participar directamente en las hostilidades, es decir, no transformarse en combatientes, so pena de perder su protección. Por participación directa hay que entender, pues, los actos de guerra que por su naturaleza o propósito, estén destinados a causar daños concretos al material o al personal de las fuerzas armadas adversas. Es solamente durante esta participación cuando el civil pierde su inmunidad y se convierte en un objeto lícito. Una vez terminada la participación el civil recobra su derecho a la protección... es decir, contra los efectos de las hostilidades y ya no puede ser atacado. Sin embargo, nada impide a las autoridades que lo capturasen *in situ* o que lo detuviesen ulteriormente tomar con respecto a él medidas de represión o de seguridad...<sup>278</sup>

Es importante comprender que aun cuando estas personas pierden su inmunidad a ataques directos mientras participan en las hostilidades, retienen sin embargo su calidad de civiles. A diferencia de los combatientes comunes, una vez cesan sus actos hostiles, no pueden ser atacados, aunque pueden ser procesados y castigados por sus actos beligerantes.<sup>279</sup>

---

<sup>277</sup> "...se debería considerar que los civiles que atacaran o trataran de capturar a miembros de las fuerzas armadas del enemigo o sus armas, equipo, posiciones, o que colocaran minas o sabotearan líneas de comunicación militar estarían participando directamente de las hostilidades". CICR, "*Participación directa en las hostilidades con arreglo al derecho internacional humanitario*", ob. cit., p. 2.

<sup>278</sup> CICR, Comentario (Protocolo I), tomo II, párr. 1944.

<sup>279</sup> CIDH, *Tercer Informe*, Capítulo IV, ob. cit., párr. 55. Según el *Customary International Humanitarian Law*, es norma consuetudinaria para conflictos armados internacionales y no internacionales, la siguiente: "Norma 6. Las personas civiles gozan de protección contra los ataques, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación". Véase International Committee of the Red Cross, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Rules, ob. cit., pp. 19 a 24.

En contraste, las personas civiles que tan sólo apoyen el esfuerzo militar o de guerra del adversario o de otra forma sólo participen indirectamente en las hostilidades no pueden ser considerados combatientes por esa única razón. Esto se debe a que la participación indirecta, tal como vender mercaderías a una o a varias partes en el conflicto, expresar simpatía por la causa de una de las partes o, más claro aún, no haber actuado para prevenir la incursión de una de las partes en contienda, no implica actos de violencia que constituyan una amenaza inmediata de daño actual a la contraparte. Las Nuevas Reglas confirman esta apreciación al señalar que “[c]iviles que apoyan a las fuerzas militares (o grupos armados) aportando trabajo, transportando pertrechos, actuando como mensajeros o distribuyendo propaganda no pueden ser objeto de ataque directo individual, pero permanecen sujetos a la legislación doméstica que sancione dar ayuda y apoyo a enemigos domésticos”. Claramente, tampoco puede considerarse que las personas que ejercen su derecho a votar o que aspiren a ser elegidos para cargos públicos estén cometiendo actos hostiles, directos o indirectos, contra una de las partes en cualquier conflicto armado.<sup>280</sup>

...Si un civil participa directamente en las hostilidades, no se beneficia evidentemente de ninguna protección contra los ataques mientras dure esta participación. Fuera de este periodo, al no representar peligro para el adversario, no debe ser atacado. Por lo demás, en caso de duda sobre la condición de una persona, se presume que ésta es civil. Toda persona sospechosa de haber tomado parte en las hostilidades y privada por ello de libertad se beneficiará de las disposiciones estipuladas en los artículos 4 (Garantías fundamentales), 5 (Personas privadas de libertad) y 6 (Diligencias penales).<sup>281</sup>

La distinción es clara mas no deja de ser compleja,<sup>282</sup> y bajo el pretexto de quitarle el agua al pez, todos los actores armados co-

<sup>280</sup> *Ibíd.*, Capítulo IV, párr. 56.

<sup>281</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, Comentario Protocolo II y del artículo 3 de estos Convenios, *ob. cit.*, párr. 4789.

<sup>282</sup> La práctica consuetudinaria de los Estados ofrece una muy escasa o ninguna orientación sobre la interpretación de esta expresión, véase Jean-Marie Henckaerts,

lombianos realizan hechos de violencia cotidianos contra civiles que participan indirectamente en las hostilidades. Si se analiza en detalle esta diferenciación, en la situación colombiana la gran mayoría de personas que son objeto de violaciones de derechos humanos o de infracciones al derecho humanitario son esta clase de civiles. Es decir, aquellas personas que pueden calificarse como base social de alguna de las partes en conflicto, que suministran apoyo logístico o que son simples simpatizantes. Incluso se podría ir más allá y construir una categorización de quiénes participan indirectamente en las hostilidades, pero tal ejercicio carece de sentido práctico ya que independientemente del grado de esa participación o colaboración, aunque sea voluntaria o forzosa, todas estas personas están protegidas por el derecho humanitario y no pueden ser objeto de operaciones militares. “El hecho de que en Colombia haya una involucración muy fuerte de población civil en el conflicto armado, como ocurre, no implica que el principio de distinción pierda fuerza normativa sino que, al contrario, adquiere más. Una de las obligaciones del Estado es evitar ese involucramiento”.<sup>283</sup>

Lo dramático al identificar esta distinción es que la degradación del conflicto armado es tal que un sector bastante mayoritario de la población colombiana participa indirectamente en las hostilidades. Hoy por hoy, no se puede desconocer que un buen número de compatriotas simpatizan con el Ejército, los paramilitares o las guerrillas. El escalamiento que ha alcanzado nuestro conflicto se debe precisamente a que los diferentes actores armados involucran cada vez más a civiles en sus operaciones militares, sobre todo de este modo indirecto. “La guerra que vive Colombia parece acercarse más, no obstante, a la que Stathis Kalyvas define según una violencia contra y entre la población civil, de acuerdo con un carácter triangular que involucra no sólo a dos o más actores armados sino también a los

---

“Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario: una contribución a la comprensión y al respeto de los conflictos armados”, ob. cit., p. 10.

<sup>283</sup> Rodrigo Uprimny, “La Corte Constitucional frente al Derecho Internacional Humanitario”, en Miguel Rujana Quintero (comp.), *Democracia, derechos humanos, derecho internacional humanitario*, Universidad Libre de Colombia, Editorial Kimpres, Bogotá, 2000, p. 252.

civiles”.<sup>284</sup> Esa es una característica de las nuevas guerras: “...las distinciones entre la barbarie externa y el civismo interno, entre el combatiente como legítimo portador de armas y el no combatiente, entre soldado o policía y el criminal, son distinciones que están desvaneciéndose”.<sup>285</sup> Estas dificultades han sido identificadas en un estudio del CICR sobre el origen del comportamiento de la guerra:

...las violaciones del DIH son muchas veces el fruto de una voluntad deliberada de atacar a la población civil, más que el producto de una dificultad objetiva para diferenciar a unos de otros. Conviene separar ambos problemas. En algunos casos, se considera a los civiles como personas que han perdido su condición de civiles, porque participan voluntariamente o a la fuerza en el esfuerzo de guerra del enemigo. La distinción estipulada en el DIH entre civiles y combatientes es reemplazada por la distinción entre culpables e inocentes. En otros casos, las personas civiles son perfectamente identificables como tales, pero son elegidas voluntariamente como blanco a pesar de su condición de civiles.<sup>286</sup>

A pesar del grado de polarización del conflicto, donde es cada vez más difícil declararse neutral frente a los actores armados, lo ideal es que los civiles no sólo no participen directamente en las hostilidades sino que se nieguen a participar de modo indirecto en ellas. Lo que más puede contribuir a que el principio de distinción entre combatientes y no combatientes en Colombia tenga un lindero más real, es propiciar que los civiles no participen ni siquiera de manera indirecta en cualquier operación militar. Aunque quienes participen indirectamente sean inmunes a cualquier ataque y estén protegidos por las normas humanitarias, se debe contribuir a no establecer esa distinción problemática entre participación directa e indirecta. Lo ideal es

<sup>284</sup> William Ramírez Tobón, “¿Guerra civil en Colombia?”, ob. cit., p. 160.

<sup>285</sup> Mary Kaldor, *Las nuevas guerras*, ob. cit., p. 20.

<sup>286</sup> Daniel Muñoz Rojas y Jean-Jacques Fresard, “El origen del comportamiento de la guerra: comprender y prevenir las violaciones del DIH”, CICR, Ginebra, 2004, p. 13.

que ningún civil colombiano se involucre en las hostilidades. Sobre este principio ha dicho la Corte Constitucional:

De otro lado, y ya admitido que es válida la exigencia normativa de evitar que la población civil se vea involucrada en el conflicto, el problema a nivel interpretativo es el siguiente: es necesario compatibilizar los dos preceptos constitucionales, a saber, (i) el deber de los particulares de apoyar y respetar a las autoridades legítimamente constituidas (CP, art. 95 ord. 2º) y (ii) el mandato según el cual en todo caso rigen las reglas del derecho humanitario, las cuales hacen parte del bloque de constitucionalidad (CP, art. 214). En tal contexto, la regla que se desprende de una adecuada ponderación de estas normas en tensión es indudablemente que, en situaciones de conflicto armado, el deber constitucional de los particulares de apoyar a las autoridades se encuentra limitado por el principio de distinción, por lo cual no puede el Estado involucrar activamente a la población civil en el conflicto armado. Y es que la interpretación opuesta, a saber que el deber de apoyo a las autoridades permitiría involucrar a la población no combatiente en las hostilidades, resulta inadmisibles pues desconoce la norma básica del derecho humanitario, que es la exclusión de la población civil del conflicto armado, a fin de asegurarle una adecuada protección. Esta interpretación vulneraría entonces el perentorio mandato del artículo 214 de la Carta, según el cual, en todo caso deben ser respetadas las reglas del derecho internacional humanitario. Esa hermenéutica es entonces inaceptable. Por ello esta Corte ha señalado que a pesar de que es claro que los particulares deben cumplir con ciertos deberes constitucionales, que implican un apoyo a las autoridades legítimamente constituidas, como ser jurados de votación, sin embargo, en desarrollo del principio de distinción, es claro que, como lo dijo la sentencia SU-747 de 1998 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, fundamento 16, “el Estado colombiano no está autorizado para atacar o aterrorizar a la población civil ni para involucrarla en el conflicto armado, en calidad de actor militar”. En esa oportunidad, la Corte analizó la situación de varias personas que habían sido designadas como jurados de votación y sintieron amenazados sus derechos, ante la aparición de un volante supuestamente suscrito por el Bloque Sur de las FARC, que

exigía la renuncia de los jurados. La Corte concluyó que las personas debían cumplir con el deber de ser jurados, pero precisó que esa exigencia legal era constitucional ya que no vulneraba el derecho humanitario pues no implicaba “convertirlos en actores de conflicto o involucrarlos en acciones militares preparadas por el Estado”. Esto significa que, conforme a la jurisprudencia de esta Corporación, el principio de distinción representa un límite a la imposición de deberes a los particulares en materia de orden público.<sup>287</sup>

Infortunadamente, en un conflicto armado interno bajo la modalidad de guerra de guerrillas resulta cada vez más difícil que esos actores respeten el principio de distinción, ya que la mayoría de los colombianos que habitan en las zonas de conflicto se ven obligados a participar indirectamente en las hostilidades. Por ejemplo, un campesino no le puede negar alimentos a cualquier actor armado, trátase de quien se trate, pues si lo hace no solo peligra su vida sino que puede ser calificado como enemigo. Esta coerción a darle comida a un guerrillero, paramilitar o militar ya lo convierte en un civil participante indirecto en las hostilidades y en una probable víctima. Aún más, el demostrar una abierta simpatía con alguno de los actores armados le puede traer serias consecuencias a la persona que lo haga. Pareciera que todos los colombianos estuvieran obligados, aunque sea de manera indirecta, a participar en las hostilidades.

Incluso ciertas políticas gubernamentales, como la conformación de redes de informantes y el reclutamiento de soldados campesinos, desconocen el principio de distinción puesto que pretenden involucrar a los civiles en el conflicto armado y trasladar a la ciudadanía la obligación de garantizar la seguridad.<sup>288</sup>

<sup>287</sup> Corte Constitucional, sentencia C-251 de 2002, M. P. Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés Vargas Hernández, fundamento 22.

<sup>288</sup> Véase Comisión Colombiana de Juristas, *Colombia: en contravía de las recomendaciones internacionales sobre derechos humanos. Balance de la política de seguridad democrática y la situación de derechos humanos y derecho humanitario*, agosto de 2002 a agosto de 2004, pp. 47 y ss.

Mecanismos como la constitución de redes de informantes y el empleo domiciliario de armas por los reclutas campesinos pueden contribuir, dentro del contexto de la violencia generalizada y degradación del conflicto, a que la población civil quede involucrada en el desarrollo de operaciones bélicas o expuesta a situaciones de riesgo provocadas por el desvanecimiento del principio de distinción.<sup>289</sup>

La actual política gubernamental de militarización de la vida civil viene reforzando la idea de que quien no está con la fuerza pública está contra ella.<sup>290</sup> La población civil en Colombia tiene serias dificultades para declararse verdaderamente neutral. En su último informe sobre Colombia, el Representante del Secretario General de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos de los desplazados internos, "... considera paradójico que, al parecer, sea más peligroso para un civil mantener su neutralidad respecto del conflicto que participar en él".<sup>291</sup>

¿Qué prohibiciones establece el derecho humanitario para quienes no participan directamente en las hostilidades? Conforme al artículo 3 común de los Convenios de Ginebra y al Protocolo II de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, instrumentos básicos de aplicación en conflictos armados no internacionales, está prohibido en relación con las personas que no participan en las hostilidades:

- El homicidio (art. 3 común y art. 4 del Protocolo II).
- La tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (art. 3 común y art. 4 del Protocolo II).
- La toma de rehenes (art. 3 común y art. 4 del Protocolo II).

---

<sup>289</sup> Alta Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Mary Robinson en carta enviada al presidente de la República de Colombia, agosto de 2002, en [www.hchr.org.co](http://www.hchr.org.co)

<sup>290</sup> Comisión Colombiana de Juristas, *Colombia: en contravía de las recomendaciones internacionales sobre derechos humanos*, ob. cit., p. 50.

<sup>291</sup> Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Informe presentado por el Representante del Secretario General sobre los derechos humanos de los desplazados internos, misión a Colombia, A/HRC/4/38/Add.3, 24 de enero de 2007, párr. 17.

- Los castigos colectivos (art. 4 del Protocolo II).
- Los actos de terrorismo (art. 4 del Protocolo II).
- La esclavitud y la trata de personas (art. 4 del Protocolo II).
- El pillaje (art. 4 del Protocolo II).
- Las amenazas de realizar los actos mencionados (art. 4 del Protocolo II).
- Las condenas dictadas sin el debido proceso legal (art. 3 común y art. 6 del Protocolo II)

Está prohibido en relación con la población civil:

- Los ataques (art. 13 del Protocolo II).
- Los actos o amenazas de violencia cuya finalidad sea aterrorizarla (art. 13 del Protocolo II).
- Hacerla padecer hambre (art. 14 del Protocolo II).
- Los desplazamientos forzados (art. 17 del Protocolo II).

Según el *Customary International Humanitarian Law*, son normas consuetudinarias para conflictos armados internacionales y no internacionales, en relación con las personas civiles o fuera de combate, las siguientes:

Norma 89. Queda prohibido el homicidio.

Norma 90. Quedan prohibidos los actos de tortura, los tratos crueles e inhumanos y los atentados contra la dignidad personal, en particular los tratos humillantes y degradantes.

Norma 91. Quedan prohibidos los castigos corporales.

Norma 92. Quedan prohibidas las mutilaciones, las experimentaciones médicas o científicas o cualquier otra actuación médica no requerida por el estado de salud de la persona concernida y que no sea conforme a las normas médicas generalmente aceptadas.

Norma 93. Quedan prohibidas las violaciones y cualquier otra forma de violencia sexual.

Norma 94. Quedan prohibidas la esclavitud y la trata de esclavos en todas sus formas.

Norma 95. Queda prohibido el trabajo forzado no retribuido o abusivo.

Norma 96. Queda prohibido tomar rehenes.

Norma 97. Queda prohibida la utilización de escudos humanos.

Norma 98. Quedan prohibidas las desapariciones forzadas.

Norma 99. Queda prohibida la privación arbitraria de la libertad.

Norma 100. Nadie puede ser juzgado o condenado si no es en virtud de un proceso equitativo que ofrezca todas las garantías judiciales esenciales.

Norma 101. Nadie puede ser acusado o condenado por una acción u omisión que no constituía delito según el derecho nacional o internacional en el momento en que se cometió. Tampoco puede imponerse una pena mayor que la que era aplicable cuando se cometió la infracción penal.

Norma 102. Nadie puede ser condenado por un delito si no es basándose en la responsabilidad penal individual.

Norma 103. Quedan prohibidos los castigos colectivos.

Norma 104. Deben respetarse las convicciones y las prácticas religiosas de las personas civiles y de las personas fuera de combate.

Norma 105. En la medida de lo posible, se respetará la vida familiar.<sup>292</sup>

Estas prohibiciones, que son las más elementales, establecen el llamado núcleo duro de protección del derecho humanitario. De manera particular el principio de distinción busca que estos actos jamás sean cometidos contra quienes no participan directamente en las hostilidades y contra la población civil.

Aunque estos actos son reiterativos en el conflicto armado colombiano, existe un doble consuelo mientras los combatientes en Colombia recuperan su honor. El primero es esperar que los actores del conflicto armado acepten de una vez por todas que las personas civiles que no participan de manera directa en las hostilidades no son objeto de ningún ataque. El segundo consiste en aplicar la máxima de Marco Aurelio que dice: “la mejor manera de defenderse es no parecerse a ellos”.

---

<sup>292</sup> Véase International Committee of the Red Cross, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Rules, ob. cit., pp. 311 a 383.

La otra fórmula del principio de distinción está referida a una diferenciación entre objetivos militares y bienes civiles. Los primeros son los únicos objetos de ataque y los segundos no deben ser atacados<sup>293</sup> ni siquiera como objeto de represalias. La definición de esta categoría aparece en el Protocolo I de 1977. Vale la pena aclarar que aunque el Protocolo II de 1977 no defina qué son objetivos militares ni bienes civiles, esto no significa que no exista una protección general para los bienes civiles en los conflictos armados no internacionales; a este respecto hay que acudir a lo establecido por el Protocolo I de 1977. Precisamente el artículo 52 de este instrumento establece la protección general de los bienes de carácter civil:

1. Los bienes de carácter civil no serán objeto de ataque o represalia. Son bienes de carácter civil todos los bienes que no son objetivos militares en el sentido del párrafo 2.
2. Los ataques se limitarán estrictamente a los objetivos militares. En lo que respecta a los bienes, los objetivos militares se limitan a aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación o finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar, o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida.
3. En caso de duda acerca de si un bien que normalmente se dedica a fines civiles, tal como un lugar de culto, una casa u otra vivienda o una escuela, se utiliza para contribuir eficazmente a la acción militar, se presumirá que no se utiliza con tal fin.<sup>294</sup>

---

<sup>293</sup> Según el *Customary International Humanitarian Law*, es norma consuetudinaria para conflictos armados internacionales y no internacionales, la siguiente: “Norma 7. Las partes en conflicto deberán hacer en todo momento la distinción entre bienes de carácter civil y objetivos militares. Los ataques sólo podrán dirigirse contra objetivos militares. Los bienes de carácter civil no deben ser atacados”. Véase International Committee of the Red Cross, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Rules, ob. cit., pp. 25 a 29.

<sup>294</sup> Según el *Customary International Humanitarian Law*, son normas consuetudinarias para conflictos armados internacionales y no internacionales, las siguientes: “Norma 8. Por lo que respecta a los bienes, los objetivos militares se limitan a aquellos bienes que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar y cuya destrucción total o parcial, captura

De lo anterior se deduce una primera conclusión: mientras que para los bienes civiles se da una definición muy vaga y negativa, los objetivos militares son precisamente definidos y para su caracterización se establecen tres elementos esenciales: la naturaleza, la ubicación y la finalidad militar; la contribución eficaz a la acción militar; y la ventaja militar definida.<sup>295</sup>

Sobre estos tres elementos se puede señalar lo siguiente:<sup>296</sup> el primero es necesario puesto que ciertos objetivos militares como las instalaciones militares o las fábricas de municiones tienen este carácter de manera inherente, mientras que el edificio de una escuela utilizado como cuartel adquiere ese carácter solamente en razón de su ubicación y de su utilización temporal. Sobre el particular dice la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Tercer informe sobre Colombia:

Las Nuevas Reglas disponen que “un bien generalmente utilizado con propósitos civiles, como una vivienda, un autobús, una flotilla de taxis o las instalaciones de un aeropuerto o ferrocarril civiles, pueden convertirse en objetivos militares si su localización o uso cae bajo los dos grupos de criterios del artículo 52”. Por ejemplo, una parte al defenderse puede organizar a toda una ciudad o pueblo como parte de su posición de defensa, convirtiéndola así en una “localidad defendida”. La ciudad o pueblo constituye entonces un objetivo legítimo. Sin embargo, las personas civiles que permanezcan en la localidad retienen los beneficios que les

---

o neutralización ofrezca, en las circunstancias del caso, una ventaja militar definida. Norma 9. Son bienes de carácter civil todos los bienes que no son objetivos militares. Norma 10. Los bienes de carácter civil gozan de protección contra los ataques, salvo si son objetivos militares y mientras lo sean”. Véase International Committee of the Red Cross, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Rules, ob. cit., pp. 29 a 36.

<sup>295</sup> Ionel Cloca, “El Nuevo Código de Protección de la Población Civil y de los Bienes Civiles en los Conflictos Armados”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 42, Ginebra, noviembre-diciembre de 1980, p. 307.

<sup>296</sup> Richard R. Baxter, “Los deberes de los combatientes y la conducción de las hostilidades. El derecho de La Haya”, en *Las dimensiones internacionales del derecho humanitario*, Unesco y Editorial Tecnos, Madrid, 1990, p. 315.

otorga la regla de proporcionalidad tal como se aplica a víctimas civiles colaterales.<sup>297</sup>

El segundo tiene su fundamento en que no es forzosamente necesario destruir un objetivo militar porque puede ser suficiente apoderarse del mismo o neutralizarlo. “El propósito de la expresión ‘concreta y directa’ es señalar que la ventaja en cuestión debe ser sustancial y relativamente inmediata, y que una ventaja que apenas sea perceptible o que sólo aparezca en el largo plazo debería descartarse”.<sup>298</sup>

El tercero establece que no se requiere simplemente alguna ventaja militar sino que, de acuerdo con las circunstancias del momento, debe tratarse de una ventaja militar definida. También ha dicho la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

Un reconocido experto en derecho humanitario, quien participó en la redacción del Protocolo I, coincide con esta interpretación: la “ventaja militar definida” requerida por la definición debe estar presente “en las circunstancias del caso”. Este elemento en la definición efectivamente impide a los comandantes militares basarse exclusivamente en categorizaciones abstractas al determinar si objetos específicos constituyen objetivos militares (“un puente es un objetivo militar; un bien localizado en la zona de combate es un objetivo militar,” etc.). En su lugar, ellos tendrán que determinar si, por ejemplo, la destrucción de un determinado puente, que habría sido militarmente relevante ayer, todavía ofrece, en las circunstancias de hoy, una “ventaja militar definida”: si no es así, el puente deja de ser un objetivo militar, y, en consecuencia, no puede ser destruido.<sup>299</sup>

De manera similar a la situación de las personas, un bien mantiene su carácter civil mientras se conserva “pacífico”, perdiéndolo al ser

---

<sup>297</sup> CIDH, *Tercer Informe*, Capítulo IV, ob. cit., párr. 70.

<sup>298</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, XXVIII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, ob. cit., p. 14.

<sup>299</sup> CIDH, *Tercer Informe*, Capítulo IV, ob. cit., párr. 72-73.

utilizado para las operaciones militares, con lo que se convierte en un objetivo militar.

... [L]a protección general, refrendada en el artículo 52 del Protocolo, es de índole meramente declarativa, pues no se prevé medida o garantía alguna para asegurar su aplicación. Además la protección de los bienes civiles es únicamente contra los ataques directos, pero no contra los riesgos indirectos resultantes de los ataques dirigidos contra los objetivos militares. A estas carencias se añade el carácter vago de la definición de los bienes civiles y el subjetivismo bastante pronunciado en la definición de “objetivo militar” –las dos definiciones están en relación de interdependencia–, lo que puede plantear la posibilidad jurídica, a un comandante militar, de hacer prevalecer, en un momento dado, la propia apreciación sobre la situación.<sup>300</sup>

<sup>300</sup> Ionel Closca, “El Nuevo Código de Protección de la Población Civil y de los Bienes Civiles en los Conflictos Armados”, ob. cit., p. 315. Sobre este tema véase Javier Guisández Gómez, “El proceso de la decisión del comandante y el DIH. Acciones hostiles y objetivos militares”, en José Luis Rodríguez-Villasante Prieto, *Derecho Internacional Humanitario*, ob. cit., pp. 171-188.

En el proyecto de reglas del CICR de 1956, aparece como anexo al artículo 7 una de las pocas listas de categorías de objetivos militares, guía que vale la pena transcribir:

“I. Las categorías de objetivos enumerados a continuación se considera que presentan un interés militar generalmente reconocido:

1. Las fuerzas armadas, incluidas sus organizaciones auxiliares o complementarias, y las personas que, sin pertenecer a las formaciones precitadas, toman parte, sin embargo, en el combate.
2. Las posiciones, instalaciones o construcciones ocupadas por las fuerzas indicadas anteriormente bajo la cifra 1), así como los objetivos del combate (es decir, los que son directamente objeto del combate de las fuerzas terrestres o marítimas, incluidas en ellas las fuerzas aerotransportadas).
3. Las instalaciones, construcciones y otras edificaciones de carácter militar, tales como los cuarteles, las fortificaciones, los ministerios militares (por ejemplo Guerra, Marina, Aire, Defensa Nacional, Armamento), y otros organismos de dirección y de administración militares.
4. Los depósitos de armas o de materiales de guerra, tales como los parques de vehículos.
5. Los terrenos de aviación, los trampolines para el lanzamiento de cohetes y las instalaciones de las bases navales militares.
6. Las líneas y los medios de comunicación –tales como los rieles, las carreteras, los puentes, las galerías, los canales– que sean de interés esencialmente militar.

Sobre las expresiones “naturaleza, ubicación, finalidad o utilización”, dicen los comentarios al Protocolo I:

Si se analizan los criterios empleados, el primero se refiere a los bienes que, por su *naturaleza*, contribuyen eficazmente a la acción militar. En

---

7. Las instalaciones de las estaciones de radiodifusión y de televisión, los centros telefónicos y telegráficos de interés esencialmente militar.

8. Las industrias de un interés esencial para la dirección de la guerra:

a) Las industrias destinadas a la fabricación de armamento, tales como las armas, las municiones, los cohetes, los vehículos blindados, los aviones de guerra, las construcciones navales de guerra, inclusive la fabricación de piezas accesorias y de cualesquier otros medios de guerra;

b) Las industrias destinadas a la fabricación de artículos y de material de guerra, tales como el material de transporte y de transmisión, el material y el equipo de las fuerzas armadas;

c) Las fábricas o instalaciones que constituyen centros de producción y de fabricación esenciales para la conducción de la guerra, tales como las industrias metalúrgicas, mecánicas, químicas, de carácter o con destino netamente militares;

d) Las instalaciones de depósito y de transporte que están esencialmente destinadas a las industrias citadas en los párrafos a) y c).

e) Las instalaciones productoras de energía destinadas esencialmente a la conducción de la guerra, tales como las explotaciones de carbón, de carburantes, de energía atómica, así como las fábricas de gas o las instalaciones de energía eléctrica que estén destinadas principalmente para usos militares.

9. Las instalaciones que constituyen centros de estudio, de experimentación y de desarrollo de los medios de guerra.

II. Sin embargo, quedan exceptuados de la lista que precede:

1. Las personas, construcciones, instalaciones o transportes por los Convenios de Ginebra, II y III, del 12 de agosto de 1949.

2. Los no combatientes de las fuerzas armadas que, con toda evidencia, no participan activamente y directamente en las hostilidades.

III. La lista citada anteriormente será revisada periódicamente, con intervalos que no serán superiores a diez años, por un grupo de expertos formado, al mismo tiempo, por personas competentes en materia de estrategia militar y por personas que se ocupan de la protección de las poblaciones civiles” (Hernán Montealegre, *ob. cit.*, pp. 287 a 289).

Por su parte, las conclusiones sexta y séptima de la Declaración de Taormina rezan: “La norma general que prohíbe lanzar ataques contra la población civil implica, como corolario, la prohibición de atacar viviendas u otras instalaciones que sólo sean utilizadas por la población civil. La norma general que prohíbe lanzar ataques contra la población civil implica, como corolario, la prohibición de atacar, destruir, sustraer o inutilizar los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil”.

esta categoría se clasifican todos los bienes directamente utilizados por las fuerzas armadas: armas, equipamientos, medios de transporte, fortificaciones, depósitos, construcciones, donde se albergan las fuerzas armadas, estados mayores, centros de comunicación, etc.

El segundo criterio se refiere a la *ubicación* de los bienes. Es obvio que existen bienes que, sin ser de naturaleza militar, contribuyen eficazmente, por su ubicación a la acción militar. Puede tratarse, por ejemplo, de un puente o de otra construcción (...)

El criterio de la *finalidad* se refiere al uso futuro del bien y el de la *utilización* para su función actual. Los bienes de naturaleza civil pueden convertirse, en su mayor parte, en bienes útiles para las fuerzas armadas. Así por ejemplo, una escuela o un hotel son bienes civiles, pero si se emplean para alojar tropas o estados mayores se convierten en objetivos militares.<sup>301</sup>

Tanto para conflictos armados internacionales como para los no internacionales, el derecho humanitario ha estipulado una protección especial para unos tipos particulares de bienes: los bienes culturales y los lugares de culto (art. 53 del Protocolo I de 1977 y art. 16 del Protocolo II de 1977, así como la Convención de La Haya de 1954 con sus dos Protocolos adicionales, uno de 1954 y otro de 1999), los indispensables para la supervivencia de la población civil (art. 54 del Protocolo I de 1977 y art. 14 del Protocolo II de 1977), obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas (art. 56 del Protocolo I de 1977 y art. 15 del Protocolo II de 1977) y el medioambiente natural (art. 55 del Protocolo I de 1977; el Protocolo II de 1977 no contempla su protección expresa). Los alcances de esta protección se analizarán en detalle en el Capítulo II. Por su parte, el parágrafo del artículo 154 del Código Penal señala:

---

<sup>301</sup> CICR, *Comentario del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, ob. cit., párrs. 2020 a 2022.

Parágrafo. Para los efectos de este artículo y los demás del título se entenderán como bienes protegidos conforme al derecho internacional humanitario:

1. Los de carácter civil que no sean objetivos militares.
2. Los culturales y los lugares destinados al culto.
3. Los indispensables para la supervivencia de la población civil.
4. Los elementos que integran el medioambiente natural.
5. Las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas.

Los bienes civiles más afectados por el conflicto armado colombiano son los indispensables para la población civil: bienes de servicio sanitario, bienes destinados a la educación, a la vivienda; bienes de la infraestructura eléctrica, petrolera, vial y de telecomunicaciones; bienes del sector público: despachos de las alcaldías, gobernaciones, cárceles, prisiones, juzgados y medios de transporte público; bienes privados como fincas, edificaciones varias, maquinarias, bienes muebles y medios de transporte privados.<sup>302</sup>

...para transformar la guerra en lucha política “la condición previa es imponer limitaciones a la guerra en tanto que lucha militar. Si aspiramos, como deberíamos hacer, a lograr dicha transformación, debemos empezar por insistir en las reglas de la guerra y por hacer que los soldados se sujeten firmemente a las normas que tales reglas establecen. La limitación de la guerra es el comienzo de la paz”.<sup>303</sup>

### ***b) Limitación***

Otro de los principios básicos del derecho humanitario es el de limitación. Con base en él la utilización de los medios y métodos de combate no es ilimitada. Hasta la guerra tiene límites. La guerra es limitada en oposición a la guerra total. Este principio no tiene excep-

<sup>302</sup> Un análisis de casos y estadísticas de ataques a este tipo de bienes puede verse en Comisión Colombiana de Juristas, *Colombia: en contravía de las recomendaciones internacionales sobre derechos humanos*, ob. cit., pp. 42 y ss.

<sup>303</sup> Michael Walzer, *Guerras justas e injustas...*, ob. cit., p. XI.

ciones en derecho.<sup>304</sup> Se proscribe la utilización de armas que causen males superfluos, sufrimientos innecesarios o que tengan efectos indiscriminados.<sup>305</sup>

Este principio comprende dos tipos de normas fundamentales:

...por un lado, normas humanitarias y, por otro, normas de lealtad. Las normas humanitarias prohíben dar muerte o herir a un enemigo que, habiendo depuesto las armas o no teniendo ya medios de defenderse, se haya entregado, así como negarse a dar cuartel y causar males superfluos. Las normas de lealtad prohíben dar muerte o herir a traición, así como engañar al enemigo con el uso abusivo de la bandera blanca, de emblemas nacionales o de uniformes del enemigo, o también hacer uso indebido del signo de la Cruz Roja. Toda potencia militar sin excepción debe incluir estos principios fundamentales en las instrucciones impartidas a sus tropas.<sup>306</sup>

“Según Philippe Breton, la diferencia entre los medios y métodos de guerra o de combate es la siguiente: ‘los medios de combate designan las armas, mientras que los métodos corresponden a la utilización que se haga de dichas armas’”.<sup>307</sup> Dado que se va a hacer

<sup>304</sup> CICR, *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)*, tomo I, Plaza & Janés, Bogotá, 2001, párr. 1385.

<sup>305</sup> Véase José Luis Rodríguez-Villasante Prieto, “Limitaciones al empleo de medios y métodos de combate: armas convencionales excesivamente dañinas o de efectos indiscriminados”, en José Luis Rodríguez-Villasante Prieto, *Derecho Internacional Humanitario*, ob. cit., pp. 189-210. Según el *Customary International Humanitarian Law*, son normas consuetudinarias para conflictos armados internacionales y no internacionales, las siguientes: “Norma 70. Queda prohibido el empleo de medios y métodos de guerra de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios. Norma 71. Queda prohibido el empleo de armas de tal índole que sus efectos sean indiscriminados”. Véase International Committee of the Red Cross, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Rules, ob. cit., pp. 237 a 250.

<sup>306</sup> CICR, *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949...*, tomo I, ob. cit., párr. 1366.

<sup>307</sup> Philippe Breton, “Le problème de methodes et moyens de guerre ou de combat dans les Protocoles Additionnels aux Conventions de Genève du 12 août de

referencia sobre todo a los medios de combate, vale la pena señalar que ciertas tácticas de guerra son consideradas métodos de combate ilícitos como serían los casos de ordenar no dar cuartel, hacer padecer hambre a la población civil, destruir o confiscar los bienes del enemigo, utilizar la perfidia, entre otros.

Hoy en día, “[e]n la guerra moderna la marca distintiva del guerrero ya no es el traje, sino el arma”.<sup>308</sup> “Si se siguen explotando las posibilidades técnicas disponibles con fines bélicos, como ha sido desafortunadamente el caso desde 1907, la existencia y el valor de todo derecho de la guerra y, hasta el derecho de gentes, resultarán problemáticos”.<sup>309</sup>

Un asunto central es determinar los significados de las palabras “superfluos e innecesarios”, y cómo han de medirse los “males o sufrimientos”. En este sentido son útiles otra vez los considerandos de la Declaración de San Petersburgo de 1868 que prohíbe el uso de determinados proyectiles en tiempo de guerra.

...Considerando:

Que [la finalidad de poner fuera de combate al mayor número posible de hombres] quedaría sobrepasada por el empleo de armas que agravarían inútilmente los sufrimientos de los hombres puestos fuera de combate, o bien harían que su muerte fuese inevitable; que el empleo de tales armas sería, a partir de este momento, contrario a las leyes de la humanidad; ...

De esta manera, un arma que aleja del combate no debe producir efectos adicionales, es decir, agravar la lesión, por ejemplo, con

---

1949”, RGDIP, 1978, p. 36, citado en Manuel Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, ob. cit., p. 851.

<sup>308</sup> Michael Ignatieff, *El honor del guerrero*, ob. cit., p. 124. “Los terribles métodos de guerra no se adoptan de forma históricamente aislada. Sus defensores apelan a antecedentes, mientras que el empleo de estos nuevos métodos se menciona a su vez como precedente de horrores posteriores”. Jonathan Glover, *Humanidad e inhumanidad. Una historia moral del siglo XX*, Ediciones Cátedra, Madrid, 2001, p. 127.

<sup>309</sup> CICR, *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949...*, tomo I, ob. cit., párr. 1419.

elementos explosivos, prefragmentados o incendiarios, ni debe ocasionar más males o sufrimientos que otra que presente iguales o similares ventajas militares. En otras palabras, la legalidad de un arma debe calificarse en razón de los males o sufrimientos que cause puesto que se debe buscar que la extensión del daño previsto o el que se pretende infligir, no rebase los límites necesarios para poner fuera de las hostilidades al combatiente.

Así, pues, la legalidad de un arma ha de determinarse teniendo en cuenta una serie de factores tales como la capacidad para dejar fuera de combate, el impacto probable, el peso, el costo, el grado de la lesión, el sufrimiento y el poder mortífero. Evaluar estas propiedades por separado no plantea dificultades insuperables. El elemento subjetivo es dominante únicamente cuando se comparan unas con otras y sólo puede contrarrestarse considerablemente cuando el arma en cuestión, así como sus ventajas e inconvenientes desde un punto de vista humanitario y militar, se compara con otra arma que pueda reemplazarla.<sup>310</sup>

Aunque los daños sufridos causan a veces la muerte o una incapacidad permanente, otra cosa muy diferente es utilizar un arma con esta intención expresa, porque ello es un castigo para el ser humano como tal, y no simplemente un medio para lograr su objetivo militar. Conviene resaltar que no es la muerte en sí misma lo que es inaceptable, como a menudo ocurre en un combate, sino el propósito deliberado de obtener ese resultado.<sup>311</sup>

[E]l derecho internacional humanitario regula las armas de dos maneras distintas: 1) prohíbe determinadas armas en sí mismas. Esta prohibición se aplica de manera absoluta al uso de estas armas, pero puede hacerse

---

<sup>310</sup> Hans Blix, “Medios y métodos de combate”, en *Las dimensiones internacionales del derecho humanitario*, ob. cit., p. 147.

<sup>311</sup> Louise Doswald-Beck y Gerald C. Cauderay, “El desarrollo de las nuevas armas antipersonal”, ob. cit., p. 618. La Declaración de Taormina de 1990, en su conclusión tercera establece que “La prohibición de los males superfluos prohíbe, en especial, recurrir a medios de combate que agraven inútilmente los sufrimientos de las personas puestas fuera de combate o que hagan inevitable su muerte”.

extensible también a su fabricación, exportación y almacenamiento; 2) regula el uso de armas permitidas, prohibiendo determinados usos de ellas. Por ejemplo, se prohíben los bombardeos indiscriminados; 3) la compatibilidad de toda nueva arma con los principios del derecho internacional debe ser examinada por los Estados en consulta con el CICR.<sup>312</sup>

Se deben diferenciar las armas cuyo empleo es absolutamente necesario para la seguridad de las partes, y aquellas cuyo empleo puede ser simplemente útil desde el punto de vista militar. Es necesario sopesar esta utilidad militar en relación con el sufrimiento causado, y cuando éste es grave, debe demostrarse que aquélla es también importante. Se prohíbe la utilización indiscriminada del arma pero no el arma como tal.

Un arma no es indiscriminada por la sencilla razón de ser muy destructiva. Las armas nucleares, por ejemplo, no son indiscriminadas en un sentido legal. Pueden ser dirigidas con precisión y destruir objetivos militares. Los problemas legales que suscitan las armas nucleares conciernen a la eventual desproporción entre el número de víctimas civiles y los daños causados en el medioambiente en relación con el valor de los objetivos militares que destruye.<sup>313</sup>

La prohibición absoluta de un arma implica que su empleo no representa una necesidad militar que pueda justificar los daños que causa y que, por ende, ese medio de combate es contrario a la prohibición de causar males superfluos o de que haya efectos indiscriminados para la población civil. La prohibición específica de ciertas armas pertenece a dos ramas del derecho internacional: el derecho del desarme<sup>314</sup> y el derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados. Mientras este último derecho ha alcanzado un

<sup>312</sup> Bouchet-Saulnier, *Diccionario práctico de derecho humanitario*, ob. cit., p. 65.

<sup>313</sup> Roy Gutman y David Rieff, *Crímenes de guerra, lo que debemos saber*, ob. cit., p. 67.

<sup>314</sup> “Desarme es el término tradicional para la eliminación, así como para la limitación o reducción (mediante negociación de un acuerdo internacional) de los medios utilizados por las naciones para hacer la guerra”. Robert J. Mathews y

progreso innegable, el desarrollo registrado en materia de poder de aniquilación y destrucción de las armas disponibles también ha aumentado constantemente, e incluso con mayor rapidez.

En cuanto a su finalidad básica, el control de armamentos cumple cuatro funciones: - reducir la probabilidad de la guerra, especialmente tratando de imponer límites a la evolución y proliferación de armas que pueden desestabilizar relaciones estratégicas y, de esta manera, crear incentivos para prevenir ataques; - reducir los sufrimientos y los daños en caso de guerra; - reducir el gasto en armamento y ahorrar recursos; y - contribuir a la gestión de los conflictos proporcionando un marco para la negociación entre los bandos opuestos, reduciendo la desconfianza entre ellos y contribuyendo a una atmósfera que conduzca a la relajación de las tensiones.<sup>315</sup>

Sobre el particular ha dicho la Corte Constitucional:

Del deber de prevenir la guerra y de asegurar la realización del derecho internacional humanitario, se sigue que el Estado colombiano (1) en términos de reciprocidad (CP, art. 226) puede acudir a los escenarios de cooperación internacional a fin de procurar avances en el desarme mundial y en el control sobre los medios de producción de las armas y, (2) imponer restricciones proporcionadas al libre comercio y la libre empresa, a fin de evitar la producción de armas o de sus insumos, todo lo anterior, con el objeto de lograr que el desarrollo científico y tecnológico se dirija a “conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano” (CP, art. 334).<sup>316</sup>

---

Timothy L. H. McCormack, “La influencia de los principios humanitarios en la negociación de tratados sobre limitación de armamentos”, *ob. cit.*, p. 195.

<sup>315</sup> *Ibíd.*, pp. 196-197.

<sup>316</sup> Corte Constitucional, sentencia C-328 de 2000, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz., fundamento 10.

“A todas las altas partes contratantes de los Convenios de Ginebra –los pilares del derecho internacional humanitario– se les exige en el artículo 1 común, que se comprometan a respetar y hacer respetar estas obligaciones y, por consiguiente, tienen la responsabilidad fundamental de impedir la transferencia de armas que pudieran contribuir a su vulneración”.<sup>317</sup> La Asamblea General de las Naciones Unidas, el 31 de mayo de 2001 adoptó el Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, Protocolo que entró en vigor en julio de 2005 y del cual Colombia hasta la fecha no es Estado parte.

Las armas se pueden clasificar en siete grandes categorías: armas blancas, de fuego, incendiarias, de destrucción masiva, bacteriológicas, químicas y nucleares.<sup>318</sup> Las armas proscritas también se pueden clasificar de la siguiente manera:

## 1. Armas con reglamentación específica

### 1.1 Armas convencionales:

- a) proyectiles explosivos (Declaración de San Petersburgo de 1868 y Declaración Segunda de La Haya de 1899).
- b) proyectiles y explosivos lanzados desde globos (Declaración XIV de La Haya de 1907).
- c) proyectiles que tienen por único objeto la difusión de gases asfixiantes o deletéreos (Declaración Tercera de La Haya de 1899).
- d) Balas que se hinchan o aplastan fácilmente en el cuerpo humano (Declaración de La Haya 1899).

<sup>317</sup> Amnistía Internacional, *Un peligro para la salud mundial: las exportaciones de armas de la Unión Europea*, Editorial Amnistía Internacional, Madrid, 2004, p. 13. Esta organización viene promoviendo la negociación de un tratado internacional sobre el comercio de armas que garantice un respeto pleno de las normas internacionales de derechos humanos y derecho humanitario.

<sup>318</sup> Bouchet-Saulnier, *Diccionario práctico de derecho humanitario*, ob. cit., pp. 66-71.

- e) Veneno o armas envenenadas (art. 23, a) del Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre de La Haya 1899/1907).
- f) Minas submarinas automáticas de contacto (Convenio VIII de La Haya de 1907).
- g) Minas, trampas y otros dispositivos (Protocolo II de 1996 de la Convención de 1980).
- h) Fragmentos no localizables en el cuerpo humano por rayos X (Protocolo I de la Convención de 1980).
- i) Armas incendiarias (Protocolo III de la Convención de 1980).
- j) Minas antipersonal (Tratado de Ottawa de 1997).
- k) Armas que causan ceguera (Protocolo IV de 1995 de la Convención de 1980).
- l) Residuos explosivos de guerra (Protocolo V de 2003 de la Convención de 1980).

#### 1.2 Armas no convencionales:

- a) Armas químicas, gases asfixiantes, tóxicos y similares y medios bacteriológicos (Protocolo de Ginebra de 1925).
- b) Armas bioquímicas, bacteriológicas, biológicas y toxínicas (sic) (Convención de 1972).
- c) Técnicas de modificación ambiental (Convención de 10 de octubre de 1976).

### 2. Armas sin reglamentación específica

#### 2.1 Armas convencionales:

- a) Armas de pequeño calibre (Resolución de la ONU de 1979).
- b) Armas de fragmentación.
- c) Armas de efecto expansivo.

#### 2.2 Armas no convencionales:

- a) Armas radiológicas (desechos nucleares).
- b) Armas nucleares.<sup>319</sup>

---

<sup>319</sup> La cita se ha modificado al incluir los residuos explosivos de guerra como arma convencional reglamentada. José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, "Limitacio-

Se estuvo discutiendo la posibilidad de regular de manera convencional las municiones de uranio empobrecido que fueron utilizadas en el conflicto armado de los Balcanes, ya que a causa de la toxicidad química y radiológica la exposición fina de su óxido, que se produce cuando estas municiones dan en el blanco, puede tener consecuencias en la salud.<sup>320</sup> Sin embargo, esta posibilidad de aprobar un instrumento internacional sobre la materia ha sido aplazada indefinidamente puesto que estos efectos contra la salud están localizados y son limitados.<sup>321</sup>

Según el *Customary International Humanitarian Law*, son normas consuetudinarias para conflictos armados internacionales y no internacionales, la prohibición del empleo de armas envenenadas (norma 72), armas biológicas (norma 73), armas químicas (norma 74), sustancias antidisturbios (norma 75), balas expansivas (norma 77), balas explosivas (norma 78), armas cuyo efecto principal es lesionar mediante fragmentos no localizables en rayos x (norma 79), armas trampa (norma 80) y armas láser cegadoras (norma 86).<sup>322</sup> “Algunas armas que no están prohibidas como tales por el derecho con-

---

nes al empleo de medios y métodos de combate: armas convencionales excesivamente dañinas o de efectos indiscriminados”, ob. cit., p. 190.

<sup>320</sup> Dominique Loyer, “Armas y derecho internacional humanitario: temas de actualidad”, en Gabriel Valladares y Ricardo Arredondo (comps.), “Memoria del Seminario para el fortalecimiento del DIH”, organizado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de la República Argentina y la Delegación Regional del CICR para el Cono Sur, agosto 2001, citado en Gérard Peytrignet, “Últimos desarrollos en materia de normas de derecho internacional humanitario relativas a la prohibición o restricción del empleo de ciertas armas: contribución y expectativas del Comité Internacional de la Cruz Roja”, ob. cit., p. 251.

<sup>321</sup> “Según un informe recientemente publicado por el PNUMA, los puntos de mayor concentración de contaminación de uranio empobrecido están localizados y son limitados”. Gérard Peytrignet, “Últimos desarrollos en materia de normas de derecho internacional humanitario relativas a la prohibición o restricción del empleo de ciertas armas: contribución y expectativas del Comité Internacional de la Cruz Roja”, ob. cit., p. 252.

<sup>322</sup> Véase International Committee of the Red Cross, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Rules, ob. cit., pp. 251 a 265, 268 a 279, 292 a 296.

suetudinario están, de todos modos, sujetas a restricciones, como son las minas antipersonal y las armas incendiarias”.<sup>323</sup>

Vale la pena aclarar el significado de algunas de estas categorías utilizadas, así como otras de uso frecuente:

“La expresión armas de destrucción masiva que aparece después de la Segunda Guerra Mundial comprende las armas nucleares, bacteriológicas y químicas (también llamadas armas ABC, en razón de sus nombres en inglés: atomic, bacteriological, chemical) y las técnicas de modificación del medioambiente”.<sup>324</sup>

Por armas ligeras se entiende normalmente todo tipo de armas convencionales que puedan ser transportadas por una persona o por un vehículo ligero, pudiéndose dividir a su vez en “armas pequeñas” (pistolas y revólveres, rifles y carabinas, armas semiautomáticas, rifles de asalto, etc. y munición para dichos armamentos) y “armas ligeras” (lanzagranadas, granadas de mano, morteros de menos de 82 mm, determinados

<sup>323</sup> Jean-Marie Henckaerts, “Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario: una contribución a la comprensión y al respeto de los conflictos armados”, ob. cit., p. 12. Según el *Customary International Humanitarian Law*, son normas consuetudinarias para conflictos armados internacionales y no internacionales, las siguientes: “Norma 81. Cuando se empleen minas terrestres, se pondrá especial cuidado en reducir a un mínimo sus efectos indiscriminados. Norma 82. Las partes en conflicto que empleen minas terrestres deberán registrar, en la medida de lo posible, su ubicación. Norma 83. Cuando cesen las hostilidades activas, las partes en conflicto que hayan empleado minas terrestres deberán retirarlas o hacerlas de algún otro modo inofensivas para la población civil, o facilitar su remoción. Norma 84. Si se emplean armas incendiarias, se pondrá especial cuidado en evitar que causen incidentalmente muertos o heridos entre la población civil, así como daños a bienes de carácter civil, o en reducir en todo caso a un mínimo estos efectos. Norma 85. Queda prohibido el empleo antipersonal de armas incendiarias, a menos que no sea factible emplear un arma menos dañina para poner al adversario fuera de combate”. Véase International Committee of the Red Cross, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, ob. cit., pp. 280 a 291.

<sup>324</sup> Manuel Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, ob. cit., p. 853. Vale la pena señalar que en el Estatuto de la Corte Penal Internacional no hay ninguna referencia explícita a la utilización de estas armas como crimen de guerra. La reducida lista de armamentos que trae el Estatuto es motivo de descontento. Véase Silvia A. Fernández de Gurmendi, “El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional...” ob. cit., p. 400.

misiles contra-carro y misiles tierra aire, minas antipersonal, etc.). En las armas ligeras puede incluirse también material policial y represivo, cuyo comercio se ha mostrado muy activo en los últimos años.<sup>325</sup>

Existe una gran variedad de minas antipersonal, que podríamos agrupar en dos apartados: clásicas y dispersables. Las minas clásicas pueden estallar dando un salto, explotando a medio metro de altitud; pueden disparar 700 bolitas de acero, o dispersar trozos de metal en un radio de 100 metros. Desde hace un par de decenios suelen ser de plástico e indetectables, lo cual las convierte en un arma temida por las poblaciones. Las minas dispersables reciben este calificativo porque son lanzadas desde aviones, helicópteros, o vehículos especiales (lanzadoras o siembra-minas) que despliegan más de 1.700 minas por minuto. También son de plástico e indetectables.<sup>326</sup>

Las armas nucleares no están prohibidas de manera absoluta por el derecho internacional.<sup>327</sup> Ni siquiera el Estatuto de la Corte Penal Internacional se refiere a ellas.<sup>328</sup> El artículo 81 de la Constitución Política en su primer inciso prohíbe la fabricación, importación, pose-

<sup>325</sup> Vicenç Fisas, *Cultura de paz y gestión de conflictos*, ob. cit., p. 298. “La proliferación de armas ligeras en manos de civiles incrementa las posibilidades de que en cualquier enfrentamiento humano se haga uso de las armas”. *Ibid.*, p. 302.

<sup>326</sup> *Ibid.*, pp. 306-307.

<sup>327</sup> “... la conclusión de un tratado que prohibiese totalmente la realización de pruebas nucleares ha sido una de las medidas de control de armamentos más anheladas y que más apoyo internacional ha conseguido, pero también ha resultado ser la iniciativa más frustrante debido a la dificultad para hallar una fórmula de consenso que satisficiera (sic) a todos los Estados”. Vicente Garrido Rebollo, “Pruebas nucleares: punto y final”, en Mariano Aguirre, *Las guerras modernas: pobreza, recursos, religión*, Anuario del CIP, 1997, Icaria Editorial, Madrid, 1997, p. 348. Sobre la cuestión de la discusión de las armas nucleares en la aprobación del Protocolo I de 1997 véase CICR, *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)*, tomo II, Plaza & Janés, Bogotá, 2001, párrs. 1838 a 1862.

<sup>328</sup> “Era obvio, sin embargo, que la cuestión de la legalidad de las armas nucleares no era susceptible de ser resuelta en el marco de las negociaciones para establecer la Corte Penal Internacional. Su prohibición, resistida de plano por las potencias nucleares, hubiera significado, lisa y llanamente, el fracaso de la creación

sión y uso de armas nucleares así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares y desechos tóxicos.

Los principales tratados sobre armas nucleares son los siguientes: tratado para la prohibición de ensayos nucleares en la atmósfera, el espacio exterior y bajo el agua (1963); tratado para la proscripción de las armas nucleares en América Latina y el Caribe (Tratado de Tlatelolco, 1967); tratado sobre la no proliferación de armas nucleares (1968); tratado sobre la prohibición del emplazamiento de armas nucleares y otras armas de destrucción masiva en los fondos marinos y oceánicos, y en el subsuelo (1971); tratado sobre la limitación de misiles antibalísticos (1972, no está en vigor); tratado sobre la limitación de ensayos nucleares subterráneos (1974); tratado sobre las explosiones nucleares subterráneas con fines pacíficos (1976); convención sobre la protección física de materia nuclear (1980); tratado de la zona libre de armas nucleares del pacífico sur (Tratado de Rarotonga, 1985); tratado sobre la eliminación de misiles de corto y mediano alcance (1987); tratado de la zona libre de armas nucleares del sureste asiático (Tratado de Bangkok, 1995); tratado de la zona libre de armas nucleares del África (Tratado de Pelindaba, 1996, no está en vigor); tratado para la prohibición completa de los ensayos nucleares (1996, no está en vigor);<sup>329</sup> tratado sobre las reducciones estratégicas ofensivas (2002) y la Convención internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear (2005, no está en vigor).

Esta regulación tan específica se debe no solo a las características letales<sup>330</sup> de tal arma, sino a que se ha constituido en el arma disuasiva por excelencia y que le otorga a los Estados no sólo una fuerza militar extraordinaria sino también un estatus internacional de potencia

---

de la Corte". Silvia A. Fernández de Gurmendi, "El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional...", ob. cit., p. 401.

<sup>329</sup> En Colombia fue aprobado mediante la Ley 660/01 declarada exequible mediante sentencia C-287/02 de la Corte Constitucional.

<sup>330</sup> "Las armas nucleares generan especialmente un triple efecto sobre los seres vivos: un efecto térmico (fuego), un efecto mecánico (onda expansiva) y un efecto radiactivo". Antoni Pigrau Solé, "El empleo de armas nucleares ante el derecho internacional humanitario", en José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, *El derecho internacional humanitario ante los retos de los conflictos armados actuales*, ob., cit., p. 136.

política.<sup>331</sup> Más que una disuasión es una persuasión por las armas.<sup>332</sup> “Lo que impide la guerra nuclear es el carácter definitivo y mensurable de la destrucción cierta, y no su posible magnitud”.<sup>333</sup>

En relación con los tratados de no proliferación de armas nucleares de 1968 y el de la prohibición completa de los ensayos nucleares de 1996, los llamados “Estados-umbral” –los Estados diferentes a los miembros permanentes del Consejo de Seguridad, que poseen armas nucleares, como India, Pakistán, Israel<sup>334</sup> y la República Democrática popular de Corea – han declarado que no van a ratificar ninguno de estos dos instrumentos. En el 2003 la República Democrática de Corea se retiró del tratado de no proliferación de armas nucleares. Se ha dicho que este tratado más que prohibir las armas nucleares, prohíbe la proliferación de los Estados poseedores de tales armas.

En 1994 la Asamblea General de las Naciones Unidas solicitó a la Corte Internacional de Justicia una opinión consultiva sobre si el derecho internacional autorizaba en alguna circunstancia la amenaza o el empleo de las armas nucleares. La Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva sobre la *legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares* no se pronunció claramente en contra de dichas armas. Respondiendo directamente a la cuestión tal y como le fue formulada por la Asamblea General, la Corte señala “que el derecho internacional consuetudinario y de tratados no contienen ninguna disposición concreta que autorice la amenaza o el uso de armas nucleares ni de ninguna arma, ni en general ni en circunstancias particulares, especialmente las relativas al ejercicio del derecho de legítima defensa” y, añade, “la práctica de los Estados demuestra que la ilegitimidad del uso de ciertas armas en sí no se deriva de una

<sup>331</sup> *Ibíd.*, p. 140.

<sup>332</sup> Edward N. Luttwak, *Para bellum, la estrategia de la paz y de la guerra*, Madrid, 2005, pp. 309 y ss.

<sup>333</sup> *Ibíd.*, p. 97.

<sup>334</sup> “Mientras los EE.UU. guardan silencio cómplice sobre el arsenal nuclear israelí y sobre el programa de armas biológicas de este Estado, se somete a una campaña muy fuerte a los países árabes vecinos de Israel y a otros Estados sospechosos de interesarse en este tipo de armas”. José Roberto Pérez Salom, “Derecho internacional, armas biológicas y verificación”, *ob. cit.*, p. 235.

ausencia de autorización sino que por el contrario, está formulada en términos de prohibición” (CIJ, Rec. 1996, pár. 52). Aunque no existe ninguna prohibición de las armas nucleares la Corte concluye que su amenaza o empleo ha de ser “compatible con los requisitos del derecho internacional aplicable a los conflictos armados, particularmente a los principios y normas del derecho internacional humanitario, así como las obligaciones concretas contraídas en virtud de los tratados y otros compromisos que se refieren concretamente a las armas nucleares”. De esto la Corte deduce, en una parte de su decisión que, ante el empate de votos de los jueces tuvo que ser aprobada por el voto de calidad de presidente, “la amenaza o el empleo de las armas nucleares sería generalmente contrario a las normas del derecho internacional aplicable a los conflictos armados, particularmente a los principios y normas de derecho humanitario”. Esta precaria mayoría de jueces incluso admite la posibilidad de que fuera legalmente admisible el uso del arma nuclear en el supuesto de legítima defensa al afirmar que en “la situación actual del derecho internacional y de los elementos de hecho de que dispone, la Corte no puede pronunciarse definitivamente sobre si la amenaza o el empleo de las armas nucleares sería lícito o ilícito en circunstancias extremas de legítima defensa, en las que corriera peligro la propia supervivencia del Estado”. La prohibición de las armas nucleares es una tarea de gran alcance, que seguramente requerirá todavía muchos años, y la opinión de la Corte Internacional de Justicia —a pesar de defraudar las expectativas de los que hubieran querido una condena más tajante— sienta las bases de una evolución hacia la meta final de la prohibición de dichas armas.<sup>335</sup>

Esta opinión, muy ambigua, llega a cuatro conclusiones principales: el uso de las armas nucleares no queda formalmente ni prohibido ni autorizado; este uso o amenaza es contrario al derecho humanitario; está totalmente prohibido el uso de las armas nucleares en un conflicto, una acción o combate en el que estuviesen autorizadas las armas convencionales; el tribunal no señala si es lícito o no el uso o amenaza nuclear en

---

<sup>335</sup> Manuel Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, ob. cit., pp. 855-856.

caso de legítima defensa de un Estado frente a circunstancias extremas que pondrían en peligro su propia supervivencia.<sup>336</sup>

A pesar de esta ambigüedad de la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia, no se puede negar que las armas nucleares tiene efectos indiscriminados, excesivos en relación con su ventaja militar, que son contrarios al derecho humanitario. Incluso algunos jueces, en sus aclaraciones de voto, señalaron entre otras lo siguiente:

El juez Fleischhauer declara que: “el arma nuclear es, en muchos aspectos, la negación de las consideraciones humanitarias en que se basa el derecho aplicable a los conflictos armados... el arma nuclear no puede distinguir objetivos civiles y objetivos militares” [dictamen individual del juez Fleischhauer, párr. 2]. El presidente Bedjaoui concluye que: “al parecer, las armas nucleares –por lo menos habida cuenta del estado actual de la ciencia– pueden causar víctimas de forma indiscriminada, confundiendo no combatientes con combatientes. ...El arma nuclear, arma ciega, desestabiliza, pues, intrínsecamente el derecho humanitario, derecho del discernimiento en el empleo de las armas” [declaración del juez Bedjaoui, presidente, párr. 20]. El juez Herczegh dice que: “Los principios fundamentales del derecho internacional humanitario, correctamente puestos de relieve en las conclusiones de la Opinión Consultiva, prohíben categóricamente y sin equívocos el empleo de las armas de destrucción masiva y, entre ellas, las armas nucleares” [declaración del juez Herczegh, p. 1 segundo párr.].<sup>337</sup>

La consideración de supuestos de uso imaginable de armas nucleares, dentro de los razonamientos para su prohibición por sus excesivos efectos, permite... precisar el resultado general de la tesis en tres conclusiones: 1. La utilización de las armas nucleares como medio de combate está excluida. 2. Es inadmisibile el uso de las armas nucleares contra

<sup>336</sup> Bouchet-Saulnier, *Diccionario práctico de derecho humanitario*, ob. cit., p. 7.

<sup>337</sup> Louise Doswald-Beck, “El derecho internacional humanitario y la Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares”, ob. cit., p. 45.

la población civil en concepto de represalias. 3. El primer ataque nuclear está prohibido, independientemente de su legitimidad conforme al Derecho de la paz, como prototipo de ataque que produce efectos excesivos.<sup>338</sup>

Sobre el “equilibrio del terror” basado en los arsenales de las potencias nucleares, y que constituye la paradójica garantía de la paz mundial, el escritor colombiano Gabriel García Márquez ha dicho: “La potencia de aniquilación de esa amenaza colosal, que pende sobre nuestras cabezas como un cataclismo de Damocles, plantea la posibilidad teórica de inutilizar cuatro planetas más de los que giran alrededor del sol, y de influir en el equilibrio del sistema solar [...] La carrera de las armas va en sentido contrario de la inteligencia. Y no solo de la inteligencia humana, sino de la inteligencia misma de la naturaleza, cuya finalidad escapa inclusive a la clarividencia de la poesía.”<sup>339</sup>

Con el propósito de asegurar una mayor precisión en los objetivos militares, en los últimos años la tecnología militar viene desarrollando las llamadas “armas inteligentes”,<sup>340</sup> que son municiones de precisión teledirigidas, y las “armas autónomas”, como los misiles de crucero. Éstas fueron las armas preferidas que se utilizaron en la primera guerra del Golfo pérsico<sup>341</sup> y en Yugoslavia.<sup>342</sup> “Las armas au-

<sup>338</sup> José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, “El arma nuclear y el derecho internacional humanitario”, en José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, *Derecho Internacional Humanitario*, ob. cit., p. 241.

<sup>339</sup> Hernando Valencia Villa, *Diccionario de Derechos Humanos*, ob. cit., pp. 23-24.

<sup>340</sup> “El armamento inteligente, si se tiene a disposición, ha aumentado las opciones del atacante. Desde un punto de vista jurídico, debe no sólo evaluar las precauciones factibles que pueden tomarse para minimizar las pérdidas incidentales, sino también establecer una comparación entre las diversas tácticas o armas a fin de poder escoger la acción que menos daño cause y que sea compatible con el éxito militar”. A. P. V. Rogers, “Una guerra sin víctimas”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 153, marzo de 2000, p. 95.

<sup>341</sup> “En vista del costo de las armas inteligentes, se tiende a usarlas con moderación. Sólo el 9% del tonelaje total de las armas lanzadas desde el aire durante la guerra del Golfo consistió en municiones de precisión y se lanzó primordialmente contra blancos de nivel estratégico u operativo”. *Ibíd.*, p. 91.

<sup>342</sup> Department of Defense, Final report to Congress: Conduct of the Persian Gulf War, april 1992, pp. 605-632, citado en James A. Burger, “El derecho internacional

tónomas, como los misiles de crucero, pueden parecer una perfecta respuesta al problema de dar con precisión en el blanco, pero en general no suministran imágenes del ataque y adolecen de un grave defecto: no pueden ajustarse a los cambios de las circunstancias ocurridos a última hora”.<sup>343</sup>

Parece pues que hasta ahora las armas inteligentes no son la solución al problema de los daños incidentales ni son tan buenas como se ha hecho creer al público. No cabe duda de que su ataque puede dar en el blanco con mayor precisión que las armas no inteligentes, pero existen varios otros factores que pueden provocar posibles daños incidentales, entre ellos –y no el menor–, el “error circular probable”, lo que significa que aunque este riesgo se reduce mucho, no queda eliminado, especialmente en zonas densamente pobladas. En el futuro previsible, dado el grado de inflexibilidad inherente a las armas autónomas, en muchos casos seguirá siendo necesario el elemento humano para la teledirección de las armas hacia el objetivo.<sup>344</sup>

Algunos sostienen que las armas neutralizadoras eliminan todo elemento de humanidad en la guerra, que se reduce así a una actividad fría e implacable llevada a cabo con precisión quirúrgica. Mientras más lejos esté el atacante de su blanco, menos consciente será del costo humano de su ataque pues no ve sus efectos. A veces se afirma que esto da lugar a la deshumanización de la guerra.<sup>345</sup>

Hace algunos años Antonio Cassese, refiriéndose a los problemas pendientes de solución respecto de los medios de combate, decía que “lo que hace falta es una nueva formulación y desarrollo de normas prohibitivas de carácter general y la promulgación de nuevas prohibiciones relativas a armas concretas; a mayor abundamiento es necesario establecer mecanis-

---

humanitario y la crisis de Kosovo: lecciones aprendidas y por aprender”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 153, marzo de 2000, p. 74.

<sup>343</sup> A. P. V. Rogers, “Una guerra sin víctimas”, ob. cit., p. 91.

<sup>344</sup> *Ibíd.*, p. 92.

<sup>345</sup> *Ibíd.*, p. 90.

mos de supervisión que aseguren que dichas prohibiciones no se eluden y extender estas prohibiciones a los conflictos armados internos”.<sup>346</sup>

Las armas prohibidas de utilización más frecuente en el conflicto armado colombiano son las minas antipersonal, las armas trampa y otros artefactos. Las minas antipersonal más usuales son las denominadas popularmente como “quiebrapatras”. Entre las armas trampa utilizadas por grupos armados no estatales se encuentran los paquetes, carros, bicicletas o animales equinos cargados de explosivos camuflados. Entre los otros artefactos se incluye la utilización de las pipetas de gas por parte de las organizaciones guerrilleras. El artículo 3º del Protocolo II sobre prohibiciones o restricciones del empleo de minas, armas trampa y otros artefactos de la Convención de 1980 sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, es la norma adecuada para señalar la prohibición de la utilización de los cilindros de gas como arma:

Artículo 3: restricciones generales del empleo de minas, armas trampa y otros artefactos

1. El presente artículo se aplica:

... c) a otros artefactos.

3. Queda prohibido el empleo indiscriminado de las armas a las que se aplica el presente artículo. Se entiende por “empleo indiscriminado” cualquier emplazamiento de estas armas:

a) que no sea en un objetivo militar ni esté dirigido contra un objetivo militar; o

b) en que se emplee un método o medio de lanzamiento que no pueda ser dirigido contra un objetivo militar determinado; o

c) que haya razones para prever que causará incidentalmente pérdidas de vidas de personas civiles, heridas a personas civiles, daños a bienes de carácter civil o una combinación de ellos, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista.

<sup>346</sup> Antonio Cassese, “Means of warfare: the present and the emerging law”, RBDI, 1976, p. 156, citado en Manuel Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, ob. cit., p. 856.

Es difícil saber si a los hombres que se creen por encima de la ley se los puede persuadir con argumentos legales, pero lo cierto es que vale la pena intentarlo. En las guerras de guerrillas, donde los combatientes generalmente imponen sus propios códigos de crueldad, los argumentos basados en el derecho internacional quizá pesen más que los llamamientos a la compasión.<sup>347</sup>

### c) *Proporcionalidad*

El principio de proporcionalidad se predica cuando se van a realizar ataques contra objetivos militares o contra combatientes, y establece que los medios y métodos de combate deben ser adecuados conforme a la ventaja militar definida, y que los daños eventuales que se ocasionen contra los bienes civiles o los no combatientes deben ser excepcionales y mínimos. Este principio establece "...una relación razonable entre los efectos de destrucción lícitos y los daños colaterales indeseables".<sup>348</sup> Ya Francisco de Vitoria lo había formulado con mucha claridad:

... se ha de precaver que de la guerra no se sigan mayores males de los que por ella se hayan de evitar. Por tanto, si para conseguir la victoria principal en una guerra representa poco el atacar una fortaleza o una ciudad en que hay una guarnición enemiga y allí se hallan muchos inocentes, no parece lícito que para combatir a unos pocos culpables se pueda matar a muchos inocentes, incendiando, empleando máquinas o de cualquier otro modo, porque indiferentemente perecerían inocentes y culpables.<sup>349</sup>

Teniendo en cuenta que en un ataque puede resultar afectada la población civil o sus bienes, las operaciones militares deberán realizarse con un cuidado constante a fin de preservarla, tomando todas

<sup>347</sup> Roy Gutman y David Rieff, *Crímenes de guerra, lo que debemos saber*, Grupo Editorial Random House Mondadori, S.L., Barcelona, 2003, p. 254.

<sup>348</sup> Julio Jorge Urbina, ob. cit., p. 179.

<sup>349</sup> Francisco de Vitoria, *Relecciones del Estado, de los indios y del derecho de la guerra*, Editoria Porrúa, México, 2000, p. 92.

las precauciones factibles en la elección de los medios y métodos de combate para evitar, o por lo menos reducir, en lo posible, el número de muertos y de heridos que pudieran causar incidentalmente entre la población civil, así como los daños a los bienes de carácter civil.<sup>350</sup>

... [T]odo el derecho de los conflictos armados es el resultado de un justo equilibrio entre las necesidades de la guerra y los imperativos humanitarios. No existe en los Convenios ninguna cláusula sobrentendida que dé prioridad a las exigencias militares. El objeto de los principios de estos Convenios es precisamente fijar el límite, y el principio de proporcionalidad contribuye a ello.<sup>351</sup>

El artículo 57.2.a) iii) del Protocolo I de 1977 enuncia la regla de la proporcionalidad<sup>352</sup> al establecer que quienes preparen o decidan un ataque deberán “abstenerse de decidir un ataque cuando sea de prever que causará incidentalmente muertos o heridos en la población civil, daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista”.<sup>353</sup> La legitimidad de un blanco militar no proporciona una licen-

---

<sup>350</sup> “La doctrina del doble efecto se invoca para permitir algunos actos que previsiblemente matan a inocentes. Allí donde las muertes son previsibles, pero no consecuencias intencionales, y donde además no son desproporcionada al bien que se apunta, el acto es permisible”. Jonathan Glover, *Humanidad e inhumanidad*, ob. cit., p. 154.

<sup>351</sup> CICR, *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)*, tomo II, ob. cit., párr. 2206.

<sup>352</sup> *Ibid.*, párr. 2204.

<sup>353</sup> “En las reglas del enfrentamiento puede dejarse esto en claro mediante una prueba sencilla: ¿Está usted seguro que el blanco es un objetivo militar? Si tiene alguna duda, ¿quedaría usted o sus fuerzas amigas en peligro si el ataque no se lleva a cabo? Si la respuesta es negativa, NO se debe realizar el ataque”. A. P. V. Rogers, “Una guerra sin víctimas”, ob. cit., p. 98. “Si tras la evaluación se concluye que: a) para ellos es demasiado alto el riesgo de acercarse lo suficientemente al blanco para poder identificarlo con claridad, b) existe un peligro real de muertes, heridas o daños incidentales a personas o bienes civiles por no haber verificado el blanco, y c) si el ataque no se lleva a cabo, no se pone en peligro inminente a ellos mismos o a fuerzas amigas, entonces no tiene necesidad de arriesgarse

cia ilimitada para atacarlo.<sup>354</sup> La determinación de un daño colateral admisible<sup>355</sup> depende caso por caso de varias consideraciones:

...La necesidad militar no puede siempre prevalecer sobre las consideraciones de la humanidad. Al tener cuidado de proteger a los civiles, los soldados tienen que aceptar para sí mismos cierto elemento de riesgo. La norma [de la proporcionalidad] no es clara sobre cuál es el grado de cuidado que se exige al soldado ni sobre cuál es el grado de riesgo que éste debe asumir. Todo depende del blanco, de la urgencia del momento, de la tecnología a disposición y de otros factores.<sup>356</sup>

Con la aplicación de este principio se deben tener en cuenta

...no sólo los posibles daños inmediatos que se ocasionan a la población y a los bienes civiles –los *daños colaterales directos*–, sino también las consecuencias que a medio y largo plazo –los *daños colaterales indirectos*– se derivarían del deterioro de las condiciones de vida de la población civil como consecuencia de la destrucción de infraestructura civiles.<sup>357</sup>

El Comentario al Protocolo I de 1977, presenta ejemplos de lo que podría constituir un daño “excesivo”. Dice que “la presencia de un militar de permiso no puede evidentemente justificar la destrucción de

---

para verificar el blanco. Sencillamente, no debe realizarse el ataque”. *Ibíd.*, pp. 97-98.

<sup>354</sup> CIDH, *Tercer Informe*, Capítulo IV, ob. cit., párrs. 77 a 80.

<sup>355</sup> “... la determinación de los daños colaterales admisibles, cuya máxima reducción, compatible con las necesidades operacionales, se pretende con el principio de proporcionalidad, plantea los más importantes problemas prácticos a la hora de la determinación de la licitud de determinados ataques, como en el caso de la destrucción de submarinos nucleares o de petroleros”. González Barral, “La protección del medio ambiente en el derecho internacional humanitario”, en José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, *Derecho Internacional Humanitario*, ob. cit., p. 264.

<sup>356</sup> A. P. V. Rogers, “Conduct of combat and risks run by the civilian population”, *Military Law and Law of War Review*, 1982, p. 310, citado en A. P. V. Rogers, “Una guerra sin víctimas”, ob. cit., p. 96.

<sup>357</sup> Julio Jorge Urbina, ob. cit., p. 182.

una localidad”. Del mismo modo, agrega que “si la destrucción de un puente tiene una importancia capital para la ocupación o no ocupación de una región estratégica, se comprenderá que resulten dañadas algunas casas, pero no que se arrase con una zona urbana entera”.<sup>358</sup>

El adjetivo “excesivos” que figura en los artículos citados es la palabra clave de la definición de proporcionalidad. Los que preparan, deciden o ejecutan un ataque deben distinguir lo que es excesivo de lo que no lo es. Han de evaluar el ataque en el plano militar y su costo en víctimas mortales civiles y, si el número de éstas es excesivo, renunciar al ataque. La evaluación efectuada por los mandos militares es muy subjetiva, puesto que se trata de comparar lo incomparable, establecer una relación entre dos cosas de naturaleza totalmente diferente, a saber, la ventaja militar y el sufrimiento de la población civil. Por supuesto, cuanto más importante es la ventaja prevista, más elevado es el nivel de pérdidas y daños civiles tolerado. ...Sin embargo, la prueba no consiste en saber si los que preparan o deciden un ataque preveían que éste causaría pérdidas y daños excesivos, sino si “deberían haber previsto” tal desproporción.<sup>359</sup>

El principio de proporcionalidad no sólo se predica de los daños que pueden causarse a los civiles<sup>360</sup> y a sus bienes, sino también de los combatientes. “Las Partes en conflicto no causarán a su adversario males desproporcionados con respecto al objetivo de la guerra, que es destruir o debilitar el potencial militar del enemigo”.<sup>361</sup> Por consiguiente, si hay tres medios para destruir a los combatientes ene-

---

<sup>358</sup> CICR, *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)*, tomo II, ob. cit., párrs. 2213 y 2214.

<sup>359</sup> Alexandre Balguy-Gallois, “Protección de los periodistas y de los medios de información en situaciones de conflicto armado”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 853, 2004, versión en español en [www.cicr.org/spa](http://www.cicr.org/spa)

<sup>360</sup> “En la medida en que la cantidad no sea desproporcionadamente grande, algunas muertes de civiles previsibles, pero no intencionales, pueden ser moralmente aceptables”. Jonathan Glover, *Humanidad e inhumanidad*, ob. cit., p. 123.

<sup>361</sup> Jean Pictet, ob. cit., p. 74.

migos: matar, herir o capturar, se preferirá la captura a la herida y la herida a la muerte.

El numeral 4 del artículo 51 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra, define qué son ataques indiscriminados:

- a) los que no están dirigidos contra un objetivo militar concreto;
- b) los que emplean métodos o medios de combate que no pueden dirigirse contra un objetivo militar concreto; o
- c) los que emplean métodos o medios de combate cuyos efectos no sea posible limitar conforme a lo exigido por el presente Protocolo; y que, en consecuencia, en cualquiera de tales casos, puedan alcanzar indistintamente a objetivos militares y a personas civiles o a bienes de carácter civil.<sup>362</sup>

Según esta disposición, la legalidad de los medios y métodos de combate se determina también por su utilización. Son lícitos si se dirigen contra objetivos militares pero son ilícitos si se emplean contra bienes civiles. Como se mencionó, se prohíbe la utilización indiscriminada de los medios y métodos de combate pero no los medios y métodos de combate como tales. De manera más específica, el numeral 5º del artículo 51 del Protocolo I considera indiscriminado:

---

<sup>362</sup> Según el *Customary International Humanitarian Law*, son normas consuetudinarias para conflictos armados internacionales y no internacionales, las siguientes: “Norma 11. Quedan prohibidos los ataques indiscriminados. Norma 12. Son indiscriminados los ataques:

- a) que no están dirigidos contra un objetivo militar concreto;
- b) en los que se emplean métodos o medios de combate que no pueden dirigirse contra un objetivo militar concreto; o
- c) en los que se emplean métodos o medios de combate cuyos efectos no sea posible limitar, como exige el derecho internacional humanitario; y que, en consecuencia, pueden alcanzar indistintamente, en cualquiera de tales casos, tanto a objetivos militares como a personas civiles o bienes de carácter civil”. Véase International Committee of the Red Cross, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Rules, ob. cit., pp. 37 a 43.

- a) los ataques por bombardeo, cualesquiera que sean los métodos o medios utilizados, que traten como objetivo militar único varios objetivos militares precisos y claramente separados situados en una ciudad, un pueblo, una aldea u otra zona en que haya concentración análoga de personas civiles o bienes de carácter civil.
- b) los ataques, cuando sea de prever que causarán incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, o daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serán excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista.<sup>363</sup>

Aquí vale la pena precisar qué se debe entender por “zonas de bombardeo”, ya que el bombardeo de extensas zonas con objetivos militares dispersos ha sido ciertamente uno de los peores métodos de combate contra la población civil. Sobre la expresión “objetivos militares precisos y claramente separados”, en la elaboración del Protocolo el delegado estadounidense declaraba que ésta se refiere no sólo a la distancia entre dos o más objetivos militares, cuya separación puede apreciarse visualmente, sino que puntualiza que la distancia debe ser considerable. Además, debe ser al menos suficiente para atacar los objetivos militares por separado.<sup>364</sup> La Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia, en su sentencia Kupreskic “...afirmó que los efectos acumulativos de los ataques repetidos, al caer dentro de la zona imprecisa entre lo lícito y lo ilícito”.

---

<sup>363</sup> Según el *Customary International Humanitarian Law*, son normas consuetudinarias para conflictos armados internacionales y no internacionales, las siguientes: “Norma 13. Quedan prohibidos los ataques por bombardeo, cualesquiera que sean los métodos o medios utilizados, que traten como un objetivo militar único varios objetivos militares precisos y claramente separados, situados en una ciudad, un pueblo, una aldea u otra zona en la que haya una concentración análoga de personas civiles o bienes de carácter civil. Norma 14. Queda prohibido lanzar un ataque cuando sea de prever que cause incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, daños a bienes de carácter civil o ambas cosas, que sean excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista”. Véase International Committee of the Red Cross, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Rules, ob. cit., pp. 43 a 50.

<sup>364</sup> Hans Blix, “Medios y métodos de combate”, en *Las dimensiones internacionales del derecho humanitario*, ob. cit., p. 154.

cito, podrían dar lugar a una violación de la regla de la proporcionalidad”.<sup>365</sup>

Los bombardeos obedecen a una lógica más precisa consistente en desmoralizar al enemigo mediante el recurso de aterrorizar y hacer sentir vulnerable al conjunto de su población –una lógica no distinta de la que se supone en ciertas formas de terrorismo–, o de disuadirlo de persistir en ataques semejantes, cuando las acciones se emprenden a modo de represalia.<sup>366</sup>

Sobre este tipo de ataque, cuya prohibición impone una norma de proporcionalidad a las operaciones militares, los comentarios del Protocolo I señalan:

La proporcionalidad se refiere a los efectos accidentales de los ataques sobre las personas y los bienes, como lo indica el adverbio “incidentalmente”. Los peligros a que están expuestos la población civil y los bienes de carácter civil se deben a factores muy diversos: su emplazamiento (eventualmente un objetivo militar o en sus proximidades), la configuración del terreno (desprendimientos, rebotes inundaciones, etc.), la precisión de las armas empleadas (mayor o menor dispersión según la trayectoria, la distancia de tiro, la munición empleada, etc.), las condiciones meteorológicas (visibilidad, viento, etc.), la naturaleza particular de los objetivos militares concernidos (depósitos de municiones, depósitos de combustible, vías de comunicación de importancia militar en lugares habitados o en sus inmediaciones, etc.), la destreza técnica de los combatientes (lanzamiento al azar de bombas por no poder alcanzar el blanco previsto). Todos estos factores deben tenerse en cuenta cada vez

---

<sup>365</sup> The prosecutor v. Zoran Kupreskic and others, TPIY, Sala de primera instancia, sentencia, La Haya, 14 de enero de 2000, caso IT-95-16-T, citado en Natalino Ronzitti, “¿Es aceptable el *non liquet* del Informe Final del Comité constituido para examinar la campaña de la OTAN en contra de la República Federativa de Yugoslavia?”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 156, diciembre 2000, p. 302.

<sup>366</sup> José Zalaquett, “Conceptualización del terrorismo desde un punto de vista normativo”, en Augusto Varas (ed.), ob. cit., p. 106.

que un ataque pueda alcanzar, aunque sea incidentalmente, a personas y bienes civiles.<sup>367</sup>

Un buen resumen de las precauciones que se deben tomar en un ataque y aquéllas contra los efectos de los ataques nos lo ofrece el *Customary International Humanitarian Law*, al señalar que son normas consuetudinarias para conflictos armados internacionales y no internacionales, las siguientes:

Norma 15. Las operaciones militares se realizarán con un cuidado constante de preservar a la población civil, a las personas civiles y los bienes de carácter civil. Se tomarán todas las precauciones factibles para evitar, o reducir en todo caso a un mínimo, el número de muertos y heridos entre la población civil, así como los daños a bienes de carácter civil, que pudieran causar incidentalmente.

Norma 16. Las partes en conflicto deberán hacer todo lo que sea factible para verificar que los objetivos que prevén atacar son objetivos militares.

Norma 17. Las partes en conflicto deberán tomar todas las precauciones factibles en la elección de los medios y métodos de guerra para evitar, o reducir en todo caso a un mínimo, el número de muertos y de heridos entre la población civil, así como los daños a los bienes de carácter civil, que pudieran causar incidentalmente.

Norma 18. Las partes en conflicto deberán hacer todo lo que sea factible para evaluar si el ataque causará incidentalmente muertos o heridos entre la población civil, daños a bienes de carácter civil o ambas cosas, que sean excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista.

---

<sup>367</sup> CICR, *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)*, tomo II, ob. cit., párrs. 2212 y 2213.

Norma 19. Las partes en conflicto deberán hacer todo lo que sea factible para suspender o anular un ataque si se advierte que el objetivo no es militar o si es de prever que el ataque cause incidentalmente muertos o heridos entre la población civil, daños a bienes de carácter civil o ambas cosas, que sean excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista.

Norma 20. Las partes en conflicto deberán dar aviso con la debida antelación y por medios eficaces de todo ataque que pueda afectar a la población civil, salvo si las circunstancias lo impiden.

Norma 21. Cuando se pueda elegir entre varios objetivos militares para obtener una ventaja militar similar, se optará por el objetivo cuyo ataque presente previsiblemente menos peligro para las personas civiles y los bienes de carácter civil.

Norma 22. Las partes en conflicto deberán tomar todas las precauciones factibles para proteger de los efectos de los ataques a la población civil y los bienes de carácter civil que estén bajo su control.

Norma 23. En la medida de lo factible, las partes en conflicto evitarán situar objetivos militares en el interior o cerca de zonas densamente pobladas.

Norma 24. En la medida de lo factible, las partes en conflicto deberán alejar a las personas civiles y los bienes de carácter civil que estén bajo su control de la proximidad de objetivos militares.<sup>368</sup>

Basado en los principios de proporcionalidad y distinción, el derecho de los conflictos armados pretende establecer una serie de restricciones que pueden abarcar cuatro planos diferentes. El primero, geográfico, busca reducir el área o el espacio en que pueden desplegarse o utilizarse ciertas categorías de armas (por ejemplo, la prohibi-

---

<sup>368</sup> Véase International Committee of the Red Cross, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Rules, ob. cit., pp. 51 a 76.

ción de extender las operaciones militares a zonas desmilitarizadas). El segundo, material, pretende restringir los medios de combate (por ejemplo, la prohibición o restricción de utilizar ciertas armas convencionales que puedan causar males superfluos o daños innecesarios). El tercero, operacional, busca limitar los métodos de combate (por ejemplo, la prohibición de lanzar ataques indiscriminados, las precauciones que deben tomarse al efectuar un ataque, o la prohibición de la toma de rehenes). El cuarto, objetivo, limita los blancos que pueden ser atacados (por ejemplo, la protección de las personas que están fuera de combate, de los prisioneros de guerra, de las personas civiles, de los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, y de las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas).<sup>369</sup>

En últimas, con estos principios “[s]e trata de circunscribir el recurso a la fuerza dentro de unos límites, cuando menos simbólicos, que impidan olvidar que el poder de destrucción es un medio y no un fin en sí mismo”.<sup>370</sup> “...si bien es cierto la guerra es la negociación del derecho, el derecho de la guerra es el acotamiento del conflicto...”.<sup>371</sup>

#### *d) Inmunidad de la población civil*

Otro de los principios básicos del derecho internacional humanitario es el de la inmunidad de la población civil, es decir, que los civiles que no participen directamente en las hostilidades no deben ser objeto de ataque. Infortunadamente este principio es uno de los más infringidos en las nuevas guerras. “Pese a los esfuerzos de los diplomáticos y de los juristas internacionales para hacer hincapié en el principio de la inmunidad de los civiles, el resultado de estas ten-

<sup>369</sup> Daniel Frei, “El derecho internacional humanitario y el control de armamentos”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 90, Ginebra, 1988, p. 521.

<sup>370</sup> Roy Gutman y David Rieff, *Crímenes de guerra, lo que debemos saber*, Random House Mondadori, S.L., Barcelona, 2003, p. 29.

<sup>371</sup> Jaime Córdoba Triviño, *Derecho Penal Internacional. Estudio de los delitos de genocidio, de lesa humanidad y de los crímenes de guerra con referencia al nuevo Código Penal Colombiano*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2001, p. 36.

dencias ha sido un aumento constante del número de muertos o heridos civiles en los conflictos armados, en comparación con el de los militares”.<sup>372</sup>

A lo largo de las décadas pasadas, la población civil y la infraestructura civil han cobrado importancia estratégica considerable para diversas finalidades en la conducción de las hostilidades. Han sido utilizadas como: - cobertura para operaciones realizadas por movimientos rebeldes; - como blanco de represalia; - como escudo contra bombardeos y ataques de artillería; - como medio de presión sobre la parte adversa al aterrorizar y desplazar a la población civil; e incluso, - como objetivo principal de operaciones de limpieza étnica y de genocidio.<sup>373</sup>

En los conflictos armados no internacionales el artículo 13 del Protocolo II de 1977 consagra el principio general de la protección de la población civil,<sup>374</sup> en otras palabras, el principio de inmunidad jurídica de la población, que implica la prohibición absoluta de utilizar ciertos métodos de combate tales como los ataques directos contra la población civil y los actos de terror (art. 13.2), hacer padecer hambre a la población civil (art. 14, protección de los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil), y los desplazamientos forzosos (art. 17).

Este principio general de protección de la población civil se encuentra consagrado en el artículo 13.1 del Protocolo II de 1977: “La población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares”. Este concepto “...es negativo y privativo: designa a la población que no es

<sup>372</sup> A. P. V. Rogers, “Una guerra sin víctimas”, ob. cit., p. 88.

<sup>373</sup> Claude Bruderlein, “La seguridad de la población como nueva medida de estabilidad mundial”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 158, junio, 2001, p. 93.

<sup>374</sup> Sobre este principio se puede consultar Francisco Alonso Pérez, “La protección de la población civil”, en José Luis Rodríguez-Villasante Prieto, *Derecho Internacional Humanitario*, ob. cit., pp. 335-261.

actor del conflicto armado, que no empuña las armas, y además, que es objeto de la violencia de los actores del conflicto armado”.<sup>375</sup>

La protección general cubre a todas las personas civiles sin distinción. La expresión “protección general” se utiliza por oposición a la protección particular, que tiene por objeto una protección reforzada de ciertas categorías de personas pertenecientes a la población civil (heridos, enfermos, niños, personal sanitario, etc.). La protección particular no substituye, sino que se superpone a la protección general.<sup>376</sup>

La protección general implica:

- 1) prohibir de manera absoluta los ataques dirigidos contra la población civil como tal o contra las personas civiles. En el párrafo 2, ...figura mención expresa de esta prohibición;
- 2) limitar los efectos de las operaciones militares que puedan afectar a las personas protegidas.<sup>377</sup>

La puesta en práctica de esta protección requiere que:

...se tomen precauciones, tanto por la parte atacante en las diversas fases del ataque (concepción, decisión y ejecución) como por la parte atacada. Por ejemplo, no deberían situarse intencionadamente instalaciones militares en medio de una concentración de civiles para utilizar a éstos como escudo o hacer que la parte adversa renuncie a atacar, sin olvidar las otras medidas de precaución que no se explicitan en el Protocolo II.<sup>378</sup>

---

<sup>375</sup> Carlos Eduardo Maldonado, “La distinción entre población civil y sociedad civil. Acerca de las condiciones de posibilidad para la sociedad civil”, en Miguel Rujana Quintero (comp.), *Democracia, derechos humanos, derecho internacional humanitario*, ob. cit., p. 85.

<sup>376</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, *Comentario Protocolo II y del artículo 3 de estos Convenios*, ob. cit., párr. 4767.

<sup>377</sup> *Ibid.*, párr. 4771.

<sup>378</sup> *Ibid.*, párr. 4772. En el Protocolo I de 1977, las condiciones de ataque y las medidas de precaución son objeto de normas específicas que desarrollan el principio general de protección (arts. 48-58).

“En la conducción de las hostilidades no es sólo la parte atacante la que tiene obligaciones con miras a garantizar la protección de la población civil y de los civiles, pues también las tiene la parte que se defiende”.<sup>379</sup>

Es importante destacar que, en lo que se refiere a estas medidas de precaución, se deben tener en cuenta los principios generales de protección de la población civil “que son válidos independientemente del carácter internacional o interno del conflicto”, entre los que destacan: “... el principio de la limitación de los medios de dañar al enemigo, el principio de la distinción y el principio de la proporcionalidad, que sólo rigen cuando no se ha podido garantizar la inmunidad total de la población...”.<sup>380</sup>

Este principio es considerado de derecho consuetudinario:

En el caso Martić (Regla 61 de procedimiento) la Sección de Primera Instancia del TPIY encontró que: en el momento existe un cuerpo de derecho internacional consuetudinario aplicable a todos los conflictos armados independientemente de su caracterización como conflictos armados internacionales o no-internacionales. Este cuerpo incluye reglas o principios generales diseñados para proteger a la población civil así como reglas que rigen las formas y métodos de la guerra. Como afirma la Sección de Apelaciones... la prohibición de atacar a la población civil como tal o a civiles son sin duda parte de este cuerpo de derecho consuetudinario.<sup>381</sup>

<sup>379</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, XXVIII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, diciembre de 2003, “El derecho internacional humanitario y los retos de los conflictos armados contemporáneos. Informe preparado por el Comité Internacional de la Cruz Roja”, septiembre de 2003, p. 15.

<sup>380</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, *Comentario Protocolo II y del artículo 3 de estos Convenios*, ob. cit., párr. 4772.

<sup>381</sup> TPIY, review of the indictment, The prosecutor v. Milan Martić, IT-95-11-R61, 108 ILR 39 at 45, párr. 11. Véase también TPIY, Sala de Apelaciones, decision on the defense motion for interlocutory appeal on jurisdiction, The prosecutor v. Dusko Tadić, IT-94-1-AR72 párr. 100 ff.; 105 ILR 453 at 507, citado en Knut Dormann, *Elements of War Crimes*, ob. cit., p. 444.

El Código Penal colombiano, en su artículo 161, tipifica la “omisión de medidas de protección a la población civil”, de la siguiente manera: “El que con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, estando obligado a hacerlo, omita la adopción de medidas para la protección de la población civil, incurrirá...”. El artículo 8.2.e.i) del Estatuto de la Corte Penal Internacional considera como un crimen de guerra en relación con conflictos armados no internacionales: “... dirigir intencionalmente ataques contra la población civil o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades”.

Es importante tener en cuenta que la prohibición de realizar ataques contra la población civil persiste incluso en el caso de que una de las partes en conflicto infrinja esta disposición, ya que el derecho humanitario se aplica sin condiciones de reciprocidad y las represalias están prohibidas:

...en relación con la cuestión de represalias contra la población civil, o contra personas civiles, en el caso Martić, el TPIY (Regla 61 de procedimiento) sostuvo que la prohibición aplica para ambos conflictos armados, tanto el internacional como el no internacional. Aunque, en este sentido, los instrumentos legales aplicables a los conflictos no internacionales no contienen una prohibición explícita, la Sección de Primera Instancia encontró que: la regla que estipula la prohibición en todas las circunstancias de represalias en contra de la población civil como tal, o contra las personas civiles, es una parte integral del derecho internacional consuetudinario y debe ser respetada en todos los conflictos armados, aun confrontadas por un comportamiento injusto de otra de las partes.<sup>382</sup>

El principio de fondo, donde inspirar todas nuestras reflexiones futuras sobre el tema de la guerra, es quizá el de aprender a mirar la Historia desde la parte de las víctimas: no existe, en efecto, ningún proyecto social o ninguna idea de un nuevo Estado que pueda fundarse sobre la violencia.<sup>383</sup>

---

<sup>382</sup> *Ibíd.*, p. 445.

<sup>383</sup> Paolo Collo y Frediano Sessi, *Diccionario de la tolerancia*, Grupo Editorial Norma, Bogotá, 2001, p. 349.

## **8. El artículo 3 común de los Convenios de Ginebra**

El artículo 3 común es la única disposición de los Convenios de Ginebra aplicable a los conflictos armados no internacionales. Esta particularidad lo convierte en la norma más importante del derecho humanitario que regula situaciones internas; esta norma ha alcanzado el rango de derecho consuetudinario sin discusión alguna.<sup>384</sup> El carácter general y amplio de su contenido se traduce en la consagración del mínimo humanitario que deben observar las partes en cualquier tipo de conflicto armado. Su texto es el siguiente:

En caso de conflicto armado sin carácter internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes contratantes, cada una de las Partes contendientes tendrá la obligación de aplicar, por lo menos, las disposiciones siguientes:

1. Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluso los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán en toda circunstancia, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de carácter desfavorable, basada en la raza, el color, la religión o las creencias, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo.

A tal efecto, están y quedan prohibidos en cualquier tiempo y lugar, respecto a las personas arriba mencionadas:

- a) los atentados a la vida y a la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y suplicios;
- b) la toma de rehenes;
- c) los atentados a la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;

---

<sup>384</sup> Véase supra p. 76.

d) las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin juicio previo emitido por un tribunal regularmente constituido, provisto de las garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

2. Los heridos y enfermos serán recogidos y cuidados.

Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes contendientes.

Las Partes contendientes se esforzarán, por otra parte, en poner en vigor por vía de acuerdos especiales la totalidad o parte de las demás disposiciones del presente Convenio.

La aplicación de las disposiciones precedentes no tendrá efecto sobre el estatuto jurídico de las Partes contendientes.

En vista de que este artículo es la disposición más importante para los conflictos armados internos, es menester estudiarlo en detalle. De su lectura general, la norma se puede subdividir en cuatro partes de acuerdo con su contenido. La primera, correspondiente al primer párrafo, determina las circunstancias de hecho para aplicar la norma, es lo que se conoce como el campo de aplicación material. La segunda, correspondiente al segundo párrafo, establece las categorías de las personas protegidas por el artículo, es lo que se denomina el campo de aplicación personal. La tercera, correspondiente a los literales a), b), c) y d), consagra los derechos protegidos por la disposición; y la cuarta, correspondiente a los tres párrafos finales, dispone tres reglas que posibilitan, amplían y aclaran su aplicación.

#### *a) Ámbito de aplicación material*

Las circunstancias de hecho para aplicar la disposición están consagradas en su primer inciso:

En caso de conflicto armado sin carácter internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes contratantes, cada una de las Partes contendientes tendrá la obligación de aplicar, por lo menos, las disposiciones siguientes...

Son dos los elementos que se exigen para su ejecución: uno, que se trate de un conflicto armado sin carácter internacional; dos, que surja en el territorio de una Alta Parte contratante.

En este capítulo se ha examinado la noción de conflicto armado.<sup>385</sup> Solo resta subrayar que el artículo 3 común no exige ninguna calificación particular para éste y, por tanto, su noción se debe pues reservar para aquellas hostilidades de carácter colectivo que enfrentan grupos armados organizados y dirigidos por un mando responsable. “El conflicto armado interno comprendería las acciones armadas en el interior de un Estado que dan lugar a las hostilidades dirigidas contra un gobierno legal, que presentan un carácter colectivo y un mínimo de organización”.<sup>386</sup> Además, como se señaló, los actos aislados y esporádicos de violencia, definidos por el artículo primero del Protocolo II como tensiones internas y disturbios interiores, no son conflictos armados. Este tipo de conflicto armado sugiere la concurrencia de los siguientes mínimos: “la existencia de hostilidades evidentes y generalizadas que se desarrollan en la esfera territorial interna de un Estado entre dos o más grupos armados suficientemente estables como para, generalmente, poder identificar a quien corresponde el mando responsable de las acciones en las que participan siendo, normalmente, uno de estos grupos las fuerzas armadas del Estado”.<sup>387</sup>

El conflicto armado se debe desarrollar dentro de los límites territoriales de un Estado, al interior de sus fronteras, para que tenga las características de no internacional. Además, el Estado dentro del

<sup>385</sup> Véase supra p. 81.

<sup>386</sup> David Suárez Leoz, “Los conflictos armados internos”, en José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, *Derecho Internacional Humanitario*, ob. cit., p. 456. “Steven David define un conflicto armado interno como ‘una confrontación violenta cuyos orígenes echan raíces esencialmente en factores domésticos más que en factores ligados al sistema internacional, y en la cual la violencia armada transcurre esencialmente en los límites de un solo Estado’”. Michael Brown, “The causes and regional dimensions of the internal conflict”, en Michael Brown (ed.), *The international dimension of internal conflict*, Cambridge, MIT Press, 1996, citado en Eduardo Leongómez Pizarro, “Colombia: ¿guerra civil, guerra contra la sociedad, guerra antiterrorista o guerra ambigua?”, ob. cit., p. 166.

<sup>387</sup> Sonia Güell Peris, *Conflictos armados internos y aplicabilidad del derecho internacional humanitario*, Instituto de Estudios Europeos de la Universidad San Pablo Ceu, Dykinson, Madrid, 2005, p. 172.

cual ocurre el conflicto debe ser parte de los Convenios de Ginebra para que pueda aplicarse el artículo 3 común; ese es el significado de la expresión “que surja en el territorio de una de las Altas Partes contratantes”.

El conflicto armado se debe desarrollar entre “partes contendientes”, denominación genérica que reciben los actores de la confrontación. De esta manera, la disposición se puede aplicar a fuerzas y operaciones tanto regulares como irregulares, y no requiere para su ejecución la participación de las fuerzas armadas del gobierno establecido.

El enfrentamiento, puede ser entre fuerzas armadas (expresión que, aunque no distinguida por el art. 3, se prefiere aplicar hoy a las que pertenecen al gobierno establecido y están regularmente constituidas en conformidad a la ley nacional) o entre grupos armados (los que forman los rebeldes con el propósito de luchar), o entre aquellas y éstos, debiendo, pues, discernirse su ocurrencia en los siguientes casos:

- a) entre las fuerzas armadas regulares, cuando una parte del propio ejército gubernamental se subleva;
- b) entre las fuerzas armadas y grupos armados, cuando el gobierno se enfrenta a rebeldes;
- c) entre fuerzas armadas que toman el poder y otras fuerzas armadas o grupos armados que organiza la población para resistirlas;
- d) entre varios grupos armados, intervengan o no las fuerzas armadas gubernamentales, cuando varias facciones se enfrentan (un ejemplo de ello ocurre cuando no hay un gobierno establecido).<sup>388</sup>

---

<sup>388</sup> Hernán Montealegre, *La seguridad del Estado y los derechos humanos*, Academia de Humanismo Cristiano, Santiago de Chile, 1981, p. 574.

Esta disposición también puede aplicarse en caso de Estados desestructurados<sup>389</sup> o en proceso de desestructuración,<sup>390</sup> y también en los conflictos en que participan fuerzas de las Naciones Unidas. En esta última hipótesis, Naciones Unidas puede convertirse en una parte del conflicto armado y debe respetar esta disposición independientemente de la licitud del recurso a la fuerza, y aunque no sea parte de manera formal de los Convenios de Ginebra.<sup>391</sup>

Como se puede observar, la noción de conflicto armado interno del artículo 3 común es abierta en la medida que, como se analizará de manera inmediata, el grado de compromiso asumido en el régimen internacional de protección es mínimo.<sup>392</sup>

Continúa el artículo 3 señalando que “cada una de las Partes contendientes tendrá la obligación de aplicar”. Ambos actores armados están en el deber de respetar las normas humanitarias consagradas en esta disposición. El sentido eminentemente humanitario del derecho de los conflictos armados no puede imponer diferenciaciones entre los actores legales y los ilegales en lo que respecta a su grado

<sup>389</sup> “Desde el punto de vista jurídico, podría afirmarse que el ‘Estado desestructurado’ es aquél que, aunque conserva su capacidad jurídica, en términos prácticos ha perdido su habilidad para ejercerla”. Daniel Thürer, “El Estado desestructurado y el derecho internacional”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 152, diciembre 1999, p. 193.

<sup>390</sup> *Ibíd.*, p. 206.

<sup>391</sup> Anne Ryniker, “Respeto del derecho internacional humanitario por las fuerzas de las Naciones Unidas: algunos comentarios a propósito del boletín del secretario general de las Naciones Unidas, del 6 de agosto de 1999”, *ob. cit.*, p. 263. “Un principio de razonabilidad lleva a interpretar que la ONU está vinculada por aquellas normas humanitarias de carácter consuetudinario que tenga la capacidad de observar, ya que forman parte del derecho internacional general y en consecuencia obligan a cualquier sujeto de derecho internacional que se introduzca en su ámbito material de aplicación. Esta interpretación se ve reforzada por el art. 2.2, Protocolo I. Creo no equivocarme al afirmar que la así denominada cláusula Martens, tiene carácter consuetudinario y deben observarla los individuos que participan en el conflicto, los que tienen mando sobre esos individuos y las personas públicas nacionales o internacionales a cuyas fuerzas pertenecen, sean ellas regulares o irregulares”. José Alejandro Consigli, “Algunos aspectos de la relación entre las operaciones de paz de las Naciones Unidas y el derecho internacional humanitario”, en Gabriel Pablo Valladares, *Lecciones y Ensayos*, *ob. cit.*, pp. 191-192.

<sup>392</sup> Véase en ese sentido a Sonia Güell Peris, *Conflictos armados internos y aplicabilidad del derecho internacional humanitario*, *ob. cit.*, p. 214.

de responsabilidad. Puesto que las hostilidades se dan entre fuerzas armadas y grupos armados organizados, entre fuerzas estatales y grupos contraestatales,<sup>393</sup> la observancia de las leyes de la guerra debe ser por igual entre unas y otras, porque ambas tienen pretensiones político-militares que pueden afectar de la misma manera a las personas y a los bienes de un territorio determinado. Este es uno de los grandes aportes del derecho humanitario al derecho internacional público, y le imprime una diferenciación fundamental con el derecho internacional de los derechos humanos en el que el respeto y la garantía de los derechos le compete única y exclusivamente al Estado.

El deber para las Partes contendientes de observar el mínimo humanitario de la norma surge *ipso jure*, sin depender de ninguna declaración o de un cumplimiento correlativo, porque se fundamenta en principios humanitarios y no en la existencia previa de otros requisitos ni en la capacidad de los contendientes para observarlos. El derecho humanitario es de aplicación inmediata y no es recíproco.

### *b) Ámbito de aplicación personal*

Las personas protegidas por esta disposición son:

1. Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluso los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán en toda circunstancia, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de carácter desfavorable, basada en la raza, el color, la religión o las creencias, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo.
2. Los heridos y enfermos serán recogidos y cuidados.

---

<sup>393</sup> "... el artículo 3º común a los cuatro Convenciones de Ginebra sería una norma internacional aplicable a todas las actividades desarrolladas por todo tipo de fuerzas de defensa civil que operan en el territorio de un Estado, vale decir, desde aquellas cuya constitución y actividades se encuentran fuertemente reguladas por las leyes internas hasta las organizaciones paramilitares que actúan totalmente al margen del ordenamiento jurídico". En Alejandro Ramelli Arteaga, *La constitución colombiana y el derecho internacional humanitario*, ob. cit., p. 301.

Es decir, que serán protegidos y tratados sin discriminación tres tipos de población: las personas que no participen directamente en las hostilidades, los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas que hayan quedado fuera de combate. Además, establece un deber de atención a los heridos y los enfermos. Los que no han participado en el conflicto, o los que habiéndolo hecho ya no lo están, sea porque son víctimas o se rindieron, son los beneficiados por el artículo 3 común.

Al tratar el principio de distinción se explicó de manera detallada en qué consiste esa expresión de la participación en las hostilidades, y se dijo que la palabra “directamente” es la clave para diferenciar entre quienes participan o no en las mismas.<sup>394</sup> La participación directa en las hostilidades implica una relación causal entre la actividad que se desarrolla y el daño ocasionado al enemigo en el lugar y en el tiempo en los cuales la actividad tuvo lugar. Cualquier sujeto que se encuentre fuera de esta relación causal es protegido por el artículo 3 común.

### *c) El núcleo básico de derechos*

El artículo 3 común señala las siguientes conductas que no están permitidas a las partes contendientes respecto de las personas protegidas:

A tal efecto, están y quedan prohibidos en cualquier tiempo y lugar, respecto a las personas arriba mencionadas:

- a) los atentados a la vida y a la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y suplicios;
- b) la toma de rehenes;
- c) los atentados a la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;

---

<sup>394</sup> Véase supra p. 135.

- d) las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin juicio previo emitido por un tribunal regularmente constituido, provisto de las garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

Estas prohibiciones salvaguardan el núcleo básico de derechos humanos que deben respetarse y garantizarse en toda circunstancia, incluso en los conflictos armados: la vida, la integridad física, la dignidad, la libertad personal<sup>395</sup> y las garantías judiciales. Estos cinco derechos son los fundamentales entre los fundamentales, y constituyen el mínimo humanitario que deben observar las partes en conflicto. Este catálogo básico de derechos ha motivado que el artículo 3 sea considerado un “convenio en miniatura”<sup>396</sup> porque más allá de sus prohibiciones se llegaría a un estado de barbarie. “Un autor británico opinó que el artículo 3 común habría de ser entendido como ‘la expresión de la preocupación por que se garanticen, incluso durante un conflicto interno, algunos derechos fundamentales de la persona humana’”.<sup>397</sup>

La adopción del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949... contribuyó a la aproximación entre el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos debido a su amplio ámbito que acarrea la aplicación de las normas humanitarias de la misma manera en las relaciones entre el Estado y las personas

<sup>395</sup> Aunque pareciese que este derecho no se protege de manera amplia puesto que lo único que prohíbe el artículo es la toma de rehenes, según el *Customary International Humanitarian Law*, son normas consuetudinarias para conflictos armados internacionales y no internacionales, en relación con las personas civiles o fuera de combate, las siguientes: “Norma 98. Quedan prohibidas las desapariciones forzadas. Norma 99. Queda prohibida la privación arbitraria de la libertad”. Véase International Committee of the Red Cross, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Rules, ob. cit., pp. 340 a 352.

<sup>396</sup> “... [E]se mirlo blanco que es el artículo 3, calificado de ‘miniconvenio’, que, por embrionario que sea, ha prestado grandes servicios”, Jean Pictet, “La formación del derecho internacional humanitario”, ob. cit., p. 87.

<sup>397</sup> Robert Kolb, “Relaciones entre el derecho internacional humanitario y los derechos humanos: reseña histórica de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) y de los Convenios de Ginebra (1949)”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 147, septiembre de 1998, p. 449.

bajo su jurisdicción (como ocurre en el campo propio de los derechos humanos).<sup>398</sup>

*d) Posibilidades, ampliaciones y aclaraciones sobre su aplicación*

Los tres párrafos finales consagran varias determinaciones que favorecen la aplicación del 3 común. El antepenúltimo inciso establece: “Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes contendientes”.

Se posibilita que sociedades de socorro cumplan con sus funciones de asistencia humanitaria con las víctimas del conflicto armado. Como bien se subraya, es una potestad de los organismos humanitarios invitar a las partes en conflicto para que acepten sus servicios, ofrecimiento que requiere la aceptación de ambas partes para evitar posibles malos entendidos sobre su tarea humanitaria.

La mención del Comité Internacional de la Cruz Roja es ilustrativa, puesto que otros organismos humanitarios como las sociedades nacionales de la Cruz Roja y Media Luna Roja o Médicos sin Frontera, pueden también brindar esta ayuda humanitaria.<sup>399</sup> El CICR como organismo fundador de la Cruz Roja tiene una amplia experiencia en situaciones de conflicto armado y contempla entre sus funciones esenciales la difusión del derecho internacional humanitario. “Los Estados han reconocido tradicionalmente al CICR la función de proteger y prestar asistencia humanitaria a las víctimas en el transcurso de un conflicto armado: es el llamado ‘derecho de iniciativa humanitaria’”.<sup>400</sup>

<sup>398</sup> Antônio Augusto Cançado Trindade, “Derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional de los refugiados y derecho internacional humanitario: aproximaciones y convergencias”, ob. cit., p. 135.

<sup>399</sup> “La Cruz Roja es un movimiento internacional compuesto por tres tipos de instituciones distintas: el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, y las sociedades nacionales”. Bouchet-Saulnier, *Diccionario práctico de derecho humanitario*, ob. cit., p. 212.

<sup>400</sup> Joaquín Alcaide Fernández, “La asistencia humanitaria en situaciones de conflicto armado”, en J. Alcaide Fernández, Ma. del C. Márquez Carrasco y J. A. Carrillo

“Las Partes contendientes se esforzarán, por otra parte, en poner en vigor por vía de acuerdos especiales la totalidad o parte de las demás disposiciones del presente Convenio”. Este penúltimo inciso del artículo 3 común permite aplicar importantes disposiciones de los Convenios de Ginebra relativas a los conflictos armados internacionales. El espectro del derecho humanitario se amplía de manera considerable con esta fórmula que permite por acuerdo entre las partes contendientes aplicar cualquiera de las 429 normas que contienen los cuatro Convenios de Ginebra.

Estos acuerdos pueden consistir en medidas de difusión o instrucciones que se han de impartir a las partes en conflicto, medidas de organización efectuadas y previstas en tiempo de paz, medidas legislativas, y sanciones penales y disciplinarias. La doble placa de identidad para los combatientes (Convenio I, art. 17), y las oficinas nacionales de información sobre prisioneros de guerra (Convenio III, art. 122), pueden ser algunos ejemplos de dichos acuerdos.<sup>401</sup> Los denominados acuerdos humanitarios, encuentran uno de sus fundamentos en esta disposición.

“La aplicación de las disposiciones precedentes no tendrá efecto sobre el estatuto jurídico de la Partes contendientes”. “Sin este último párrafo, seguramente nunca se habría aprobado el artículo 3”,<sup>402</sup> pues se generó la creencia de que el derecho humanitario le otorgaba algún tipo de reconocimiento jurídico a las partes contendientes y, en particular, que le reconocía beligerancia a los grupos armados

---

Salcedo, *La asistencia humanitaria en derecho internacional contemporáneo*, Universidad de Sevilla, Salamanca, 1997, p. 31.

<sup>401</sup> El Defensor del Pueblo, en su informe sobre infracciones del derecho internacional humanitario en 1992, recomienda en desarrollo de esta facultad del artículo 3 común, la creación de zonas sanitarias y de seguridad, organizadas de manera que se pueda proteger contra los efectos de la guerra a heridos, enfermos, inválidos, ancianos, niños y mujeres en estado de gravidez, entre otros. Jaime Córdoba Triviño, *En defensa de la población civil: informe sobre infracciones del derecho internacional humanitario en 1992*, Defensoría del Pueblo, Serie de documentos 6, Bogotá, agosto de 1993, p. 89.

<sup>402</sup> Catherine Rey-Schyr, “Los Convenios de Ginebra de 1949: un progreso decisivo”, *ob. cit.*, p. 54.

de oposición. Como se analizó en otra publicación<sup>403</sup> la beligerancia fue un serio obstáculo para aplicar el derecho humanitario en Colombia.

La importancia de este reconocimiento radicaba en que sólo con él era aplicable el derecho humanitario. Sin embargo, esta última parte del artículo 3 común introdujo un cambio jurídico revolucionario en relación con la beligerancia, pues quebrantó la regla tradicional de que sólo su reconocimiento permitía aplicar el derecho de la guerra para humanizar así el conflicto. Es decir, esta disposición abandona de manera absoluta la doctrina formalista en favor de una doctrina objetiva que no vincula más la aplicación del derecho de los conflictos armados al estatuto jurídico de las partes en conflicto. “Draper no vacila en calificar el artículo 3 de ‘revolucionario’ en cuanto que las Partes contratantes, o sea los Estados, reconocen por adelantado una personalidad legal limitada a futuros grupos de insurrectos enfrentados en un conflicto armado al gobierno de jure”.<sup>404</sup>

El derecho humanitario, por intermedio de su artículo 3 común, fortalece y legitima el derecho interno y le ofrece varias ventajas al gobierno central. En primer lugar, deja aparte el problema del uso legítimo de la fuerza porque no transforma la naturaleza jurídica del conflicto, ni reconoce la beligerancia a las partes en el mismo. En segundo lugar, convive con el derecho interno porque no obstaculiza la labor del Estado para mantener la seguridad interior y para castigar a los responsables de su perturbación, o sea que no proscribire un castigo legal ya que el rebelde puede estar sujeto a pena por parte del gobierno central o de los organismos jurisdiccionales competentes.<sup>405</sup>

<sup>403</sup> Véase Alejandro Valencia Villa, *Derecho humanitario para Colombia*, Defensoría del Pueblo, 1994, pp.112 a 122.

<sup>404</sup> G. I. A. D. Draper, “The Red Cross Conventions”, Stevens & Sons Limited, Londres, 1958, citado en *ibíd.*, p. 55.

<sup>405</sup> “Con relación al art. 3 común de los Convenios de Ginebra, la sala efectuó una aseveración fundamental al señalar que: ‘...el derecho internacional consuetudinario impone responsabilidad penal individual por graves violaciones al art. 3 común’. ICTY, *Prosecutor v. Tadic*, case IT-94.AR72, Appeal on Jurisdiction, 2 de octubre de 1995, párr. 128, citado en Silvia A. Fernández de Gurmendi, “El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, *ob. cit.*, p. 396.

En fin, este análisis pormenorizado del artículo 3 común permite reafirmar su importancia como la norma fundamental del derecho humanitario. Su aplicación efectiva permitiría elevar el nivel de protección de la población civil no combatiente y de las víctimas de los conflictos. Ojalá sus prohibiciones y sus posibilidades sean tenidas más en cuenta por las partes del conflicto armado colombiano. Sólo de esta manera empezariamos a humanizar la guerra mientras alcanzamos la paz.

## 9. El Protocolo II de 1977

El Protocolo II de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, es el instrumento de derecho humanitario que complementa y desarrolla el artículo 3 común de esos Convenios. Por contemplar el conjunto de disposiciones más importantes del derecho humanitario aplicables a conflictos armados no internacionales, bien vale la pena hacer referencia a su contenido.<sup>406</sup>

En la historia del derecho internacional público en Colombia, y en particular en la historia del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho humanitario, nunca un instrumento internacional ha generado tantos debates para su aprobación en el orden interno como el Protocolo II de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra de 1949. La ratificación o adhesión de instrumentos internacionales de derecho humanitario en Colombia no se ha caracterizado por amplias discusiones o por ser objeto de pacientes análisis. Otra es la historia del mencionado Protocolo II.

Desde las discusiones en las conferencias diplomáticas que elaboraron ese instrumento, que se iniciaron en 1974, hasta su aprobación definitiva por el Congreso de la República en 1994, muchos fun-

---

<sup>406</sup> No es el propósito de este libro hacer referencia a la reseña histórica de cómo se adoptó internacionalmente este instrumento u otros tratados de derecho humanitario. Sobre este particular, en relación con el Protocolo II, véanse los párrafos 4360 a 4418 en Comité Internacional de la Cruz Roja, *Comentario del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, ob. cit.

cionarios del Estado colombiano, miembros de las fuerzas militares, analistas políticos y abogados manifestaron sus opiniones sobre la conveniencia o inconveniencia de aprobar este instrumento. Fueron más de veinte años de opiniones a favor o en contra del Protocolo II de 1977. Ocurrió una verdadera politización en torno a la aprobación de un tratado internacional, que incluso llevó prácticamente a negociar su incorporación en la legislación interna. La reconstrucción de esa historia ha sido desarrollada en otro documento que muestra los bemoles que representa aplicar el derecho humanitario en Colombia.<sup>407</sup>

El Protocolo II tiene cinco títulos con 28 artículos que, de acuerdo con su contenido, se pueden agrupar en tres partes. La primera parte, comprendida en los tres primeros artículos, hace referencia al ámbito de aplicación material y personal, y a la no intervención, y serán objeto de comentarios en páginas posteriores. La segunda parte, las disposiciones finales consagradas en los diez últimos artículos, no es de mucho interés puesto que trata de las formalidades de la difusión, firma, ratificación, adhesión, entrada en vigor, enmiendas, denuncia, notificaciones, registro y textos auténticos. La tercera parte, comprendida entre los artículos 4 a 18, sobre el ámbito de protección del Protocolo, es la de nuestro interés, está comprendida en los títulos sobre el trato humano (arts. 4-6), heridos, enfermos y náufragos (arts. 7-12) y población civil (arts. 13-18). Estos quince artículos desarrollan el grado de protección del derecho humanitario en los conflictos armados internos. Aunque un análisis más minucioso de su contenido se abordará en el Capítulo II, vale la pena de manera breve señalar los principales rasgos de este instrumento.

*a) El trato humano a quienes no participen de manera directa en las hostilidades*

El Título II del Protocolo II tiene por objeto proteger a las personas que: 1) no participen directamente en las hostilidades, o 2) hayan dejado de participar en ellas, estén o no privadas de la libertad, con-

<sup>407</sup> Véase Alejandro Valencia Villa, ob. cit., pp. 108 a 122.

tra los abusos de poder y los tratos crueles e inhumanos que pudieran infligirles las autoridades militares o civiles en cuyo poder estén, en el entendido de que estas autoridades pueden ser “legales” o “de hecho”.<sup>408</sup>

En definitiva, las disposiciones contenidas en los artículos de este título desarrollan y completan el artículo 3 común, y se refieren a: 1) garantías fundamentales de un trato humano (art. 4); 2) condiciones mínimas de detención (art. 5), y 3) garantías judiciales (art. 6).<sup>409</sup> Estos artículos son el verdadero complemento y desarrollo del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra y son más amplios y detallados que la disposición de los Convenios en cuanto a las prohibiciones y a las personas protegidas.

Por una parte, el artículo 3 común solo prohíbe los atentados a la vida, a la integridad corporal, a la dignidad personal y la toma de rehenes; el artículo 4 del Protocolo II contempla las mismas prohibiciones pero adiciona otras como son los castigos colectivos, los actos de terrorismo, la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor, la esclavitud y la trata de esclavos en todas sus formas, el pillaje, la orden de que no haya supervivientes, y las amenazas de realizar los actos mencionados.<sup>410</sup>

Los niños son particularmente vulnerables y requieren un trato privilegiado en los conflictos armados, por eso gozan de una protección jurídica específica reflejada en el artículo 4.3 del Protocolo II de 1977. Además, según la Declaración de los Derechos del Niño: “[e]l niño debe, en todas circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro”. Igualmente, el preámbulo al Protocolo

<sup>408</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, *Comentario del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, ob. cit., párr. 4507.

<sup>409</sup> *Ibid.*, párr. 4508.

<sup>410</sup> La libertad de cultos y la vida familiar, también merecen protección. Según el *Customary International Humanitarian Law*, son normas consuetudinarias para conflictos armados internacionales y no internacionales, para las personas civiles o fuera de combate, las siguientes: “Norma 104. Deben respetarse las convicciones y las prácticas religiosas de las personas civiles y de las personas fuera de combate. Norma 105. En la medida de lo posible, se respetará la vida familiar”. Véase International Committee of the Red Cross, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Rules, ob. cit., pp. 375 a 383.

facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la participación de niños en los conflictos armados, reafirma el hecho de “que los derechos del niño requieren una protección especial y que, para ello, es necesario seguir mejorando la situación de los niños sin distinción y procurar que éstos se desarrollen y sean educados en condiciones de paz y seguridad”. Conforme al artículo 38 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los Estados se comprometen a respetar y velar por que se respeten las normas de derecho humanitario que les sean aplicables en los conflictos armados y que sean pertinentes para el niño.

El principio general de protección, enunciado al inicio del numeral 3 del artículo 4 del Protocolo II de 1977 (se proporcionarán a los niños los cuidados y la ayuda que necesiten...), se ilustra mediante una lista de obligaciones que aparecen en los incisos a) a e) de este párrafo. La expresión “que se necesiten” “significa que, para evaluar la asistencia requerida, deben tomarse en consideración todos los factores en función del caso”.<sup>411</sup>

El apartado a) que señala que los niños “(...) recibirán una educación, incluida la religiosa o moral, conforme a los deseos de los padres o, a falta de éstos, de las personas que tengan la guarda de ellos”, “tiene por objeto evitar el riesgo de que los niños a quienes el conflicto ha separado de sus familias queden desarraigados por la inclusión en una cultura, una religión o una moral que no correspondería a los deseos de sus padres, y que sean así, además, políticamente utilizados”.<sup>412</sup> El derecho a la educación debe entenderse en un sentido amplio, de ahí la referencia a la educación religiosa y moral.<sup>413</sup>

El apartado b) del párrafo 3 del artículo 4 señala que: “... se tomarán las medidas oportunas para facilitar la reunión de las familias temporalmente separadas”.

<sup>411</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, *Comentario del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, ob. cit., párr. 4548.

<sup>412</sup> *Ibid.*, párr. 4552.

<sup>413</sup> *Idem.*

La Agencia Central de Búsquedas (ACR) del CICR representa el organismo humanitario por excelencia especializado en materia de reunión de familias dispersas. ...La labor de esta Agencia consiste en mantener o restablecer los contactos familiares. Sus principales tareas son: la transmisión de mensajes familiares cuando los medios de comunicación están interrumpidos; la comunicación a las familias de informaciones sobre la suerte de sus miembros (dar a conocer el lugar de hospitalización y el estado de salud de los heridos y enfermos; comunicar el lugar de internamiento o detención de las personas privadas de libertad, así como su traslado o su liberación; notificar los fallecimientos), y registrar los datos de las personas civiles, en particular los niños, en caso de evacuación.<sup>414</sup>

El apartado e) del párrafo 3 establece la posibilidad de trasladar “a una zona del país más segura” a los niños, temporalmente y con carácter excepcional. El consentimiento de los padres o de las personas que tienen la guarda de los niños se requiere “siempre que sea posible”.

Las garantías fundamentales contenidas en este título constituyen el nivel mínimo de protección al que puede aspirar toda persona en todo tiempo, y son la base de los derechos humanos.<sup>415</sup> En definitiva, este título contiene los derechos que no pueden ser objeto de

---

<sup>414</sup> *Ibid.*, párr. 4553. Según el *Customary International Humanitarian Law*, es norma consuetudinaria para conflictos armados internacionales y no internacionales, la siguiente: “Norma 117. Las partes en conflicto tomarán todas las medidas factibles para averiguar lo acaecido a las personas dadas por desaparecidas a raíz de un conflicto armado y transmitirán a los familiares de éstas toda la información de que dispongan al respecto”. Véase International Committee of the Red Cross, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Rules, ob. cit., pp. 421 a 427.

<sup>415</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, *Comentario del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, ob. cit., párr. 4510. El derecho convencional guarda silencio sobre la protección de ancianos o discapacitados en conflictos armados no internacionales, pero según el *Customary International Humanitarian Law*, es norma consuetudinaria para conflictos armados internacionales y no internacionales, la siguiente: “Norma 138. Los ancianos, los inválidos y los enfermos mentales afectados por los conflictos armados tienen derecho a un respeto y protección especiales”. Véase International Committee of the Red Cross, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Rules, ob. cit., pp. 489 a 491.

suspensión según el artículo 4, párrafo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) incluso en “situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación”.

La obligaciones establecidas por el numeral 1º del artículo 5 del Protocolo II de 1977, junto con las señaladas por el artículo 4º del mismo instrumento, constituyen un mínimo de derechos que deben respetarse respecto de las personas privadas de la libertad por motivos relacionados con el conflicto armado, sean civiles o personas que participaron directamente en las hostilidades.<sup>416</sup> Esas garantías son las siguientes:

a) Los heridos y enfermos serán respetados, protegidos, tratados humanamente y en la medida de lo posible, recibirán los cuidados médicos necesarios.

b) Las personas privadas de la libertad por motivos relacionadas con el conflicto armado “recibirán, en la misma medida que la población local, alimentos y agua potable y disfrutarán de garantías de salubridad e higiene y de protección contra los rigores del clima y los peligros del conflicto armado”, y los lugares de internamiento no deben situarse en los lugares próximos a las zonas de combate.<sup>417</sup>

c) Serán autorizadas a recibir socorros individuales, que son los personales o colectivos, enviados a granel, pudiéndose beneficiar de víveres y suministros sanitarios que estén dirigidos a la población civil.<sup>418</sup>

d) “Podrán practicar su religión y, cuando así lo soliciten y proceda, recibir la asistencia espiritual de personas que ejerzan funciones religiosas, tales como los capellanes”.

e) “En caso de que deban trabajar, gozarán de condiciones de trabajo y garantías análogas a aquellas de que disfrute la población civil local”, y se prohíben los trabajos insalubres, humillantes o peligrosos, teniendo en cuenta las condiciones en las que trabaja la población.<sup>419</sup>

---

<sup>416</sup> *Ibíd.*, párr. 4567.

<sup>417</sup> *Ibíd.*, párr. 4575.

<sup>418</sup> *Ibíd.*, párr. 4577.

<sup>419</sup> *Ibíd.*, párr. 4579

Respecto a las garantías que se señalan en el numeral 2 del artículo 5, éstas deben ser respetadas por las personas que tienen “de hecho”, la responsabilidad de los campos, de las prisiones o de todo otro lugar de detención, independientemente de la noción de autoridad legal reconocida.<sup>420</sup>

Las garantías que se enumeran en el numeral 2, literales a) a e), deben respetarse dentro de “la medida de sus posibilidades”, y en el marco “de los límites de su competencia”. Por tanto, a la hora de determinar si existió o no una infracción de estas garantías habría que analizar si en función de las circunstancias del caso y de las posibilidades de las personas encargadas del centro de detención, se hubiera podido evitar esa infracción de los derechos de las personas privadas de la libertad por un motivo relacionado con el conflicto. Estas garantías consisten en:

- a) salvo cuando hombres y mujeres de una misma familia sean alojados en común, las mujeres estarán custodiadas en locales distintos de los destinados a los hombres y se hallarán bajo la vigilancia inmediata de mujeres;
- b) dichas personas serán autorizadas para enviar y recibir cartas y tarjetas postales, si bien su número podrá ser limitado por la autoridad competente si lo considera necesario;
- c) los lugares de internamiento y detención no deberán situarse en la proximidad de la zona de combate. Las personas a que se refiere el párrafo 1 serán evacuadas cuando los lugares de internamiento o detención queden particularmente expuestos a los peligros resultantes del conflicto armado, siempre que su evacuación pueda efectuarse en condiciones suficientes de seguridad;
- d) dichas personas serán objeto de exámenes médicos;
- e) no se pondrán en peligro su salud ni su integridad física o mental, mediante ninguna acción u omisión injustificadas. Por consiguiente, se prohíbe someter a las personas a que se refiere el presente artículo a cualquier intervención médica que no esté indicada por su estado de salud y que no esté de acuerdo con las normas médicas general-

---

<sup>420</sup> *Ibíd.*, párr. 4582.

mente reconocidas que se aplicarían en análogas circunstancias médicas a las personas no privadas de libertad.

El propósito de este último párrafo, que reproduce el numeral 1º del artículo 11 del Protocolo I de 1977, es que una persona enferma privada de libertad sea cuidada de la misma manera que un enfermo en libertad aquejado de los mismos males, es decir, debe recibir un tratamiento similar.

“Poner en peligro” cubre el estado previo al atentado: la salud mental de una persona puede correr peligro si se la pone en una situación de aislamiento tal que quepa esperar que le cause trastornos psicológicos. El hecho de aislarla puede poner en peligro su salud, sin que se sepa si ésta resultará efectivamente afectada.<sup>421</sup> Por “omisión” hay que entender no sólo las omisiones voluntarias, sino también las negligencias culpables.<sup>422</sup>

En relación con las personas que no son ni internadas ni detenidas, en el sentido del numeral 1º, pero cuya libertad está restringida por motivos relacionados con el conflicto, el numeral 3º establece que se beneficiarán de las garantías del artículo 4º así como de aquéllas del artículo 5º que no conciernen a las condiciones materiales de la detención, como son la asistencia a los heridos y a los enfermos, el derecho a recibir socorros individuales o colectivos, el derecho a practicar su religión o a recibir, en su caso, asistencia espiritual, y el derecho a recibir u enviar correo.<sup>423</sup>

Por último, el numeral 4º establece que si se decide liberar a personas que estén privadas de libertad, se deberán tomar las medidas necesarias para garantizar su seguridad. “...[L]a liberación no debería tener lugar si resulta imposible tomar medidas para garantizar la seguridad de las personas concernidas”.<sup>424</sup>

---

<sup>421</sup> *Ibíd.*, párr. 4590.

<sup>422</sup> *Ibíd.*, párr. 4592.

<sup>423</sup> *Ibíd.*, párr. 4595.

<sup>424</sup> *Ibíd.*, párr. 4596.

La prohibición de dictar condenas y de efectuar ejecuciones sin juicio previo por un tribunal regularmente constituido, establecida por el artículo 3 común, es desarrollada por el artículo 6 del Protocolo II al determinar que las garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados son las de independencia e imparcialidad, tales como el derecho de saber los motivos del juicio, el derecho a un proceso justo, la presunción de inocencia, el derecho del acusado de asistir al proceso, el derecho de apelación, el derecho a ser juzgado solamente por un delito previamente establecido, entre otros. La misma disposición proscribela pena de muerte y permite el otorgamiento de amnistías.

El artículo 6 contiene una serie de garantías judiciales, que a priori podrían considerarse no incluidas dentro de estos derechos inderogables como: 1) el derecho a la presunción de inocencia (apartado d); 2) el derecho a hallarse presente en el proceso (apartado e); y 3) el derecho a no declararse culpable (apartado f). Acerca de este punto, el Comité de Derechos Humanos señaló, respecto a la interpretación y el alcance del artículo 4 del PIDCP que:

(...) Como ciertos elementos del derecho a un juicio imparcial están explícitamente garantizados por el derecho humanitario internacional en tiempo de conflicto armado, el Comité no encuentra ninguna justificación para suspender dichas garantías durante cualquier otra situación de excepción. A juicio del Comité, dichos principios y la disposición sobre recursos efectivos exigen que los principios fundamentales del derecho a un juicio imparcial se respeten durante un estado de excepción. Sólo un tribunal de derecho puede enjuiciar y condenar a una persona por un delito, y se debe respetar la presunción de inocencia. Con el objeto de proteger los derechos que no pueden ser objeto de suspensión, se sigue de este mismo principio que el derecho de acceso a los tribunales, para que éstos decidan sin demora sobre la legalidad de cualquier clase de detención, no debe ser afectado por la decisión del Estado Parte de suspender ciertas garantías del Pacto.<sup>425</sup>

---

<sup>425</sup> Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General núm. 29, "Estados de Emergencia", párr. 16.

### *b) La asistencia humanitaria*

Las palabras “acción”, “ayuda” o “asistencia”, con el adjetivo calificativo de “humanitaria” se refieren básicamente a lo mismo. “Se entiende por acción humanitaria el conjunto de actividades de protección y asistencia, en favor de las víctimas civiles y militares de desastres de causa natural o de los conflictos armados y de sus consecuencias directas, orientadas a aliviar el sufrimiento, garantizar la subsistencia y proteger los derechos humanos”.<sup>426</sup>

La ayuda humanitaria consiste en el envío urgente, con carácter no discriminado, del material de socorro necesario, incluida la ayuda alimentaria de emergencia, para proteger vidas humanas y aliviar la situación de las poblaciones víctimas de catástrofe natural o causada por el hombre o que padecen una situación de conflicto bélico.<sup>427</sup>

...[C]onsideramos que, para el derecho internacional humanitario, asistencia humanitaria sería la provisión de servicios o el suministro de bienes que, de forma humanitaria, imparcial, neutral y con el consentimiento del Estado en que se presta, tiende a lograr la preservación de la vida y las necesidades básicas de supervivencia de la población civil afectada por un conflicto armado.<sup>428</sup>

Lo cierto es que las líneas fundamentales de este “derecho de asistencia humanitaria” que se está gestando son las siguientes:

1. afirmación del derecho de las víctimas a la asistencia humanitaria;
2. derecho/deber de los Estados a conceder esta asistencia y a ofrecerla, sin ninguna discriminación;

<sup>426</sup> Francisco Rey Marcos y Víctor de Currea-Lugo, *El debate humanitario*, Icaria Editorial, Barcelona, 2002, p. 53.

<sup>427</sup> “Ley de cooperación Internacional para el desarrollo”, citado en Francisco Rey Marcos, “Visiones de la acción humanitaria”, en Mariano Aguirre y Tamara Osorio, *Guerras periféricas, derechos humanos y prevención de conflictos*, Anuario CIP, 1998, Icaria Editorial, Madrid, 1998, p. 197.

<sup>428</sup> Ruth Abril Stoffels, *La asistencia humanitaria en los conflictos armados: configuración jurídica, principios rectores y mecanismos de garantía*, Cruz Roja Española, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 41.

3. deber del Estado soberano donde se produce la emergencia de acoger favorablemente esta asistencia, no pudiéndola rehusar arbitrariamente;
4. este derecho solo entraría en funcionamiento en caso de emergencia grave y urgente;
5. se requiere asimismo el consentimiento del Estado soberano territorial para esta asistencia humanitaria internacional;
6. la ayuda internacional tendría un carácter subsidiario, es decir, entraría en juego solamente en el caso de que el Estado no tuviera medios suficientes para hacer frente por sí solo a la emergencia;
7. se trataría de un derecho que concierne primordialmente a organizaciones internacionales y ONG.<sup>429</sup>

La asistencia humanitaria es un ofrecimiento de socorros que tienen una finalidad humanitaria. Aunque “[c]omo reconoció Sadako Ogata, antigua Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Refugiados, ‘Los problemas humanitarios no tienen soluciones humanitarias’”,<sup>430</sup> “...la empresa humanitaria según Gaillard, es ‘un esfuerzo por aportar cierta humanidad, siempre insuficiente, a situaciones que no deberían existir’”.<sup>431</sup>

Los socorros se deben destinar de manera exclusiva a la población civil, y su contenido se reduce a los bienes y servicios indispensables para la supervivencia. El personal de la misión se debe dedicar exclusivamente a las labores humanitarias, y debe cumplir sus funciones con imparcialidad, es decir, no debe discriminar y debe ser proporcional.

... la imparcialidad está compuesta de dos elementos, el de la no discriminación y el de proporcionalidad. ...la no discriminación supone la no diferenciación entre los destinatarios, basándose en el único motivo de su pertenencia a una categoría que no esté fundada en criterios humani-

---

<sup>429</sup> Vicenç Fisas, *Cultura de paz y gestión de conflictos*, ob. cit., p. 112.

<sup>430</sup> David Reieff, *Una cama por una noche. El humanitarismo en crisis*, Editora Aguilar, Bogotá, 2003, p. 33.

<sup>431</sup> *Ibíd.*, p. 188.

tarios, al tiempo que la distinción entre los mismos cuando ello esté motivado por razones humanitarias. La proporcionalidad se manifiesta tanto en el tiempo como en la cantidad: primero los más necesitados, y más a los más necesitados.<sup>432</sup>

La asistencia humanitaria requiere la autorización del Estado en el que se han de llevar a cabo las acciones de socorro.<sup>433</sup> "...[S]i la acción no goza de autorización del Estado en que se realiza, no goza de la protección del derecho internacional humanitario como tal acción. Y que, además, si proviene de Estados u organizaciones internacionales, puede generar la responsabilidad internacional de los mismos por violación del principio de no intervención".<sup>434</sup>

Las partes en conflicto tampoco deben obstaculizar la asistencia humanitaria y, por el contrario, la deben facilitar y garantizar,<sup>435</sup> y se debe prevenir la realización de actos hostiles en o desde locales o medios de transporte.

1. Que los Estados afectados deben autorizar la entrada y el tránsito de socorros destinados a la población civil que los necesita.
2. Que las Partes afectadas no pueden obstaculizar directa o indirectamente la entrada, el tránsito y la distribución de los socorros.
3. Que las partes afectadas deben facilitar al máximo el rápido transporte de los socorros y facilitar y asistir las labores de los actores humanitarios.
4. Que las partes afectadas van a garantizar la seguridad de los socorros y los socorristas.<sup>436</sup>

<sup>432</sup> Ruth Abril Stoffels, *La asistencia humanitaria en los conflictos armados...*, ob. cit., pp. 348, 349 y 358.

<sup>433</sup> *Ibíd.*, p. 313.

<sup>434</sup> *Ibíd.*, p. 316.

<sup>435</sup> *Ibíd.*, p. 145. Según el *Customary International Humanitarian Law*, es norma consuetudinaria para conflictos armados internacionales y no internacionales, la siguiente: "Norma 55. Las partes en conflicto permitirán y facilitarán, a reserva de su derecho de control, el paso rápido y sin trabas de toda la ayuda humanitaria destinada a las personas civiles necesitadas que tenga carácter imparcial y se preste sin distinción desfavorable alguna". Véase International Committee of the Red Cross, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Rules, ob. cit., pp. 193 a 200.

<sup>436</sup> Ruth Abril Stoffels, ob. cit., p. 397.

La asistencia humanitaria se debe diferenciar de la cooperación para el desarrollo, la injerencia humanitaria y la intervención humanitaria. La cooperación para el desarrollo no está vinculada necesariamente a un conflicto armado, se destina a los Estados y tiene un carácter político. La injerencia humanitaria ataca las causas, no las consecuencias, de un conflicto armado, y la intervención humanitaria consiste en la utilización de la fuerza con el objeto de poner fin a una situación de violación de derechos humanos.

Es indudable que tanto la ayuda humanitaria de emergencia como la ayuda al desarrollo son necesarias en determinados momentos para las sociedades que se ven envueltas en algunos tipos de crisis. Pero tanto la una como la otra no son, ni pueden ser, más que eso, ayudas, complementos de otros esfuerzos políticos, económicos y sociales, y especialmente aquellos que se producen en el interior de las sociedades afectadas. La ayuda de emergencia, siendo necesaria, no puede sin embargo alterar el rumbo fundamental de un conflicto, como la ayuda al desarrollo no podrá nunca suplir las medidas estructurales que tienen la capacidad de terminar con el subdesarrollo y la miseria.<sup>437</sup>

La neutralidad es un principio fundamental de la asistencia humanitaria pero no debe interpretarse como un dogma absoluto.<sup>438</sup> “Las organizaciones humanitarias no pueden concebir el silencio como dogma. Debe situarse en perspectiva con el impacto real de la protección y la asistencia real que se presta a las poblaciones. Es preciso subrayar que la Cruz Roja Internacional consideró, con ocasión del conflicto en la antigua Yugoslavia, que la denuncia de las violaciones graves no constituía un atentado al principio de neutralidad”.<sup>439</sup>

...tenemos varias opciones: a) entender la neutralidad como un todo con la confidencialidad; b) entender que es posible hablar sin perder la

---

<sup>437</sup> Vicenç Fisas, *Cultura de paz y gestión de conflictos*, ob. cit., p. 98.

<sup>438</sup> Bouchet-Saulnier, *Diccionario práctico de derecho humanitario*, ob. cit., pp. 212-213.

<sup>439</sup> *Ibíd.*, p. 614.

neutralidad, aunque se pierda la confidencialidad (entendiéndolas por separado), por ejemplo, en el debate humanitario o en el suministro de información de manera sesgada; c) entender que a veces es necesario participar del debate incluso dentro de las categorías excluidas por la neutralidad y perder la neutralidad porque consideramos moralmente válido hacerlo.<sup>440</sup>

La neutralidad permite la crítica a cualquier bando que lo merezca,<sup>441</sup> y el deber de discreción no puede ser exigible en casos de violaciones de los derechos humanos y, por tanto no se desconoce este principio cuando las organizaciones humanitarias hacen las denuncias de esos hechos.<sup>442</sup> "...la libertad de palabra es el instrumento fundamental de las organizaciones humanitarias independientes, y su buen uso es una acción política tan decisiva como la propia ayuda material".<sup>443</sup> "A pesar de todos los problemas morales que conlleva la neutralidad, cuando no existen esperanzas de que se produzca una acción política eficaz un humanitarismo politizado no tiene sentido".<sup>444</sup>

El alcance de la asistencia humanitaria desde el último decenio del siglo XX no tiene precedentes, lo que no ha significado que sea motivo de críticas y cuestionamientos. Se la cuestiona por no solucionar ni prevenir los conflictos armados sino por ofrecer unos simples paliativos, ya que pareciera partir de la lógica de que es más fácil aliviar que resolver. "...[E]n algunas circunstancias, la acción humanitaria podría incluso prolongar las guerras, y podría no proporcionar una protección que se necesita con urgencia, de forma más patente en los

<sup>440</sup> Francisco Rey Marcos y Víctor de Currea-Lugo, *El debate humanitario*, ob. cit., pp. 40-41.

<sup>441</sup> Larry Minear, "La teoría y la práctica de la neutralidad: algunas reflexiones sobre las tensiones", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 149, marzo de 1999, p. 64.

<sup>442</sup> Ruth Abril Stoffels, *La asistencia humanitaria en los conflictos armados*, ob. cit., p. 380.

<sup>443</sup> Rony Brauman, *L'action humanitaire*, Flammarion, 1995, pp. 103, citado en Vicenç Fisas, *Cultura de paz y gestión de conflictos*, ob. cit., p. 104.

<sup>444</sup> David Reieff, *Una cama por una noche. El humanitarismo en crisis*, ob. cit., p. 188.

casos de genocidio”.<sup>445</sup> “...Alex Waal, el crítico más original de la ayuda humanitaria, [insiste en que] el problema radica en si el humanitarismo supone o no un desperdicio de esperanza”.<sup>446</sup> “En el futuro, lo que más debería importar a la acción humanitaria es en qué medida consigue avanzar en la causa de los derechos humanos”.<sup>447</sup> “Una de las cuestiones más conflictivas en esta década, y lo será en el futuro, ha sido combinar el mantenimiento de la paz con la acción humanitaria o, dicho de otra manera, la fuerza con la asistencia”.<sup>448</sup>

Los artículos 7 a 12 hacen parte del Título III del Protocolo que consagra aspectos relevantes en la asistencia humanitaria y que tiene por objeto desarrollar el principio fundamental de respeto y de protección de los heridos y los enfermos y náufragos, tal y como figura en el artículo 3 común de los Convenios. Asimismo, el respeto y la protección del personal sanitario y religioso, de las unidades y los medios de transporte sanitarios, y de sus signos distintivos.

Estos seis artículos describen tanto la manera de brindar ayuda humanitaria a los heridos, enfermos y náufragos, como las obligaciones del personal que brinda esta asistencia. Es decir, estas disposiciones desarrollan el numeral 2 del artículo 3 común que establece que “los heridos y enfermos serán recogidos y cuidados”.

En este sentido, el artículo 7 del Protocolo II reafirma y desarrolla esta norma que constituye la clave de todo el Título, ya que los derechos y las obligaciones enunciados en los artículos 8 a 12 se derivan del principio de inmunidad de los heridos, enfermos y náufragos, enunciado en el artículo 7. En definitiva, el Título III completa el Título II (Trato humano), ya que el derecho que tienen los heridos,

---

<sup>445</sup> Roberts Adams, “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. Un balance*, Icaria Editorial, Barcelona, 1999, p. 53.

<sup>446</sup> David Reieff, *Una cama por una noche. El humanitarismo en crisis*, ob. cit., p. 39.

<sup>447</sup> *Ibid.*, pp. 324-325.

<sup>448</sup> Unidad de Estudios Humanitarios, *Los desafíos de la acción humanitaria. Un balance*, Icaria Editorial, Barcelona, 1999, p. 14.

enfermos o náufragos a recibir asistencia es una garantía fundamental de trato humano en una situación específica.<sup>449</sup>

Dado que el artículo 3 común no se refiere a la protección del personal sanitario y religioso militar, y de algunos miembros del personal sanitario civil, protección expresamente consagrada en los Convenios de Ginebra respecto a los conflictos de carácter internacional, el artículo 9 del Protocolo II llena esta laguna, a fin de reforzar esta protección que se realizaba en la práctica, y de mejorar los medios de salvaguardar a los heridos y a los enfermos. En este sentido, se enuncia el principio del respeto y de la protección del personal sanitario y religioso, garantizados por llevar el signo distintivo, tal y como se estipula en el artículo 12. Conviene precisar que el respeto y la protección implican que el personal que se beneficia de ello se abstenga de todo acto de hostilidad y no sea él mismo objeto de ataques.

La protección del Protocolo II de 1977 abarca tanto al personal sanitario como religioso, sea civil o militar, destinado por una parte en conflicto exclusivamente a la “búsqueda, recogida, transporte, diagnóstico o tratamiento (incluidos los primeros auxilios) de los heridos, enfermos y náufragos, así como la prevención de las enfermedades”, tengan carácter permanente o temporal, siempre y cuando lleven el signo distintivo, conforme al artículo 12 de ese instrumento.

Según el apartado k) del artículo 8 del Protocolo I, aplicable también al personal religioso:

---

<sup>449</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, *Comentario del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, ob. cit. párr. 4632. Según el *Customary International Humanitarian Law*, son normas consuetudinarias para conflictos armados internacionales y no internacionales, las siguientes: “Norma 109. Cuando las circunstancias lo permitan, y en particular después de un combate, las partes en conflicto tomarán sin demora todas las medidas posibles para buscar, recoger y evacuar a los heridos, los enfermos y los náufragos sin distinción desfavorable alguna. Norma 110. Los heridos, los enfermos y los náufragos recibirán cuanto antes, en la medida de lo posible, los cuidados médicos que exija su estado. No se hará entre ellos ninguna distinción que no esté basada en criterios médicos. Norma 111. Las partes en conflicto tomarán todas las medidas posibles para proteger a los heridos, los enfermos y los náufragos contra los malos tratos y el pillaje de sus pertenencias”. Véase International Committee of the Red Cross, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Rules, ob. cit., pp. 396 a 405.

son permanentes el personal sanitario, las unidades sanitarias y los medios de transporte sanitarios que se destinan exclusivamente a fines sanitarios por un periodo indeterminado. Son temporales el personal sanitario, las unidades sanitarias y los medios de transporte sanitarios que se dedican exclusivamente a fines sanitarios por periodos limitados y durante la totalidad de dichos periodos. Mientras no se especifique otra cosa, las expresiones personal sanitario, unidad sanitaria y medio de transporte sanitario abarcan el personal, las unidades y los medios de transporte sanitarios tanto permanentes como temporales.

Además, conforme al artículo 9, el personal sanitario y religioso deberá recibir toda la ayuda disponible en el ejercicio de sus funciones, y no se le obligará a realizar tareas incompatibles con su misión humanitaria. El deber de no obligar a este personal a realizar tareas incompatibles con su misión humanitaria hace referencia a la situación en que el personal sanitario o religioso cae en poder del adversario. En este caso, este personal se encuentra protegido por las garantías establecidas en el artículo 5 del Protocolo II (relativo a las personas privadas de libertad), pero además, "... se le concede la garantía de no obligarlo a realizar tareas incompatibles con su misión". Una tarea incompatible con su misión podría consistir en obligarlos a participar en operaciones militares encubiertas como si fueran operaciones sanitarias.<sup>450</sup>

Adicionalmente, conforme al párrafo 2 del artículo 9, está prohibido obligar al personal sanitario en cumplimiento de su misión, a dar prioridad de tratamiento a una persona, salvo cuando se trate de razones de orden médico. Lo anterior significa que este personal "debe ser siempre el juez de las prioridades que han de otorgarse y que sólo debe dictárselas la urgencia médica".<sup>451</sup> En este sentido, el párrafo 3 del artículo 12 del Convenio I (sobre heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña), señala que: "Sólo razones de urgencia médica autorizarán una prioridad en el orden de asistencia".

---

<sup>450</sup> *Ibíd.*, párr. 4676.

<sup>451</sup> *Ibíd.*, párr. 4677.

El artículo 10 del Protocolo II de 1977, relativo a la protección general de la misión médica, se refiere no solamente a los médicos, sino también a todas las personas que ejerzan profesionalmente una actividad médica, como personal enfermero, las comadronas, los farmacéuticos o los practicantes de medicina que no hayan obtenido aún el diploma.<sup>452</sup> No se ocupa, sin embargo, de las personas civiles sin formación que presten espontáneamente auxilio, cuyo papel es tratado en el artículo 18.1 del Protocolo II de 1977 relativo a sociedades y acciones de socorro.

La misión médica comprende el conjunto de personas, unidades (instalaciones), medios de transporte, equipos, materiales y actividades –transitorios o permanentes, civiles o militares, fijos o móviles– destinados exclusivamente a una finalidad médica y que son necesarios para la administración, el funcionamiento y la prestación de servicios médicos-asistenciales, en los ámbitos de la prevención y la promoción, de la asistencia y de la rehabilitación de las personas afectadas o que puedan resultar afectadas a causa o con ocasión de un conflicto armado. Cubre, pues, a las personas y los elementos necesarios para: - la asistencia, la búsqueda, la recogida, el transporte, el diagnóstico, el tratamiento y la rehabilitación de los heridos, enfermos y naufragos; - la prevención de enfermedades; - la administración y el funcionamiento de las unidades y los medios de transporte sanitarios. La realización de la misión médica implica: - personal sanitario; unidades sanitarias; medios de transporte sanitarios; equipos y medicamentos; actividades médicas.<sup>453</sup>

El párrafo 1 del artículo 10 garantiza el principio de neutralidad de la actividad médica y la obligación de “no castigarlos”, por parte de cualquier autoridad que se encuentre en condiciones de castigar, se trate del Estado o de grupos armados no estatales.<sup>454</sup> “El verbo casti-

<sup>452</sup> *Ibíd.*, párr. 4686.

<sup>453</sup> Víctor de Currea-Lugo, “Protección del sector salud en Colombia: un paso para la humanización del conflicto armado”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 160, diciembre, 2001, p. 321.

<sup>454</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, *Comentario del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, ob. cit., párr. 4690.

gar sitúa la prohibición al nivel de la sanción y cubre las sanciones de todo orden, penal o administrativo”.<sup>455</sup> El párrafo 2 del mencionado artículo ratifica el principio del libre ejercicio de la actividad médica, es decir, que el personal médico debe poder trabajar sin coacción, basándose sólo en la ética profesional.

Según el párrafo 3 del artículo 10, “A reserva de lo dispuesto en la legislación nacional, se respetarán las obligaciones profesionales de las personas que ejerzan una actividad médica, en cuanto a la información que puedan adquirir sobre los heridos y los enfermos por ellas asistidos”. El principio del secreto médico se encuentra íntimamente ligado con el problema de la “no delación”, que es parte de la deontología, y que confiere al médico un margen de libertad de acción según su conciencia y su juicio.

El párrafo 4 establece, salvo lo dispuesto en contrario en la legislación nacional, que: “... la persona que ejerza una actividad médica no podrá ser sancionada de modo alguno por el hecho de no proporcionar o negarse a proporcionar información sobre los heridos y enfermos que asista o haya asistido”. En este sentido conviene tener en cuenta que si se incoaran diligencias judiciales contra una persona que ejerce una actividad médica por no haber respetado la ley, gozará de las garantías judiciales establecidas en el artículo 6 del Protocolo II de 1977.<sup>456</sup>

En resumen, los médicos tienen tres cometidos principales. El primero es tratar de reducir a un mínimo el sufrimiento que causan los conflictos, poniendo sus conocimientos y capacidades como especialistas al servicio de las personas afectadas. El segundo es emplear los principios epidemiológicos y los datos recopilados para intentar reducir el potencial de sufrimiento. El tercero es evitar el “saneamiento” de la guerra en su aspecto médico y mostrar, en cambio, la cara real del sufrimiento que

---

<sup>455</sup> *Ibíd.*, párr. 4691.

<sup>456</sup> *Ibíd.*, párr. 4706.

esa guerra ocasiona, haciendo todo lo posible para que esto contribuya a que cambie la opinión pública y, con el tiempo, la opinión política.<sup>457</sup>

En general, el artículo 11 tiene como finalidad la protección y el respeto de todos los medios de transporte sanitarios, militares o civiles, ya sean terrestres, aéreos, marítimos, de pantanos o fluviales. Conforme al artículo 8 del Protocolo I:

- ... e) se entiende por unidades sanitarias los establecimientos y otras formaciones, militares o civiles, organizados con fines sanitarios, a saber: la búsqueda, recogida, transporte, diagnóstico o tratamiento (incluidos los primeros auxilios) de los heridos, enfermos y náufragos, así como la prevención de las enfermedades. La expresión comprende, entre otros, los hospitales y otras unidades similares, los centros de transfusión de sangre, los centros e institutos de medicina preventiva y los depósitos de material sanitario, así como los almacenes de material sanitario y de productos farmacéuticos de esas unidades. Las unidades sanitarias pueden ser fijas o móviles, permanentes o temporales;
- f) se entiende por transporte sanitario el transporte por tierra, por agua o por aire de los heridos, enfermos y náufragos, del personal sanitario o religioso o del equipo y material sanitarios protegidos por los Convenios y por el presente Protocolo;
- g) se entiende por medio de transporte sanitario todo medio de transporte, militar o civil, permanente o temporal, destinado exclusivamente al transporte sanitario, bajo la dirección de una autoridad competente de una Parte en conflicto;
- h) se entiende por vehículo sanitario todo medio de transporte sanitario por tierra;
- i) se entiende por buque y embarcación sanitarios todo medio de transporte sanitario por agua;

---

<sup>457</sup> Viviente Nathanson, "El papel de la profesión médica en la prevención y la limitación del sufrimiento en caso de conflicto", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 155, septiembre de 2000, p. 204.

- j) se entiende por aeronave sanitaria todo medio de transporte sanitario por aire.

El signo sólo puede utilizarse para proteger a las personas y los bienes mencionados en el artículo 12, es decir, al personal sanitario y religioso, y a las unidades y los medios de transporte sanitarios. Cualquier otro uso es un abuso y, por consiguiente, está prohibido.

### *c) La protección de la población civil*

Los artículos 13 a 18, comprendidos en el Título IV bajo el nombre de población civil, consagran de manera expresa normas básicas de respeto en la conducción de las hostilidades enmarcadas sobre todo en el principio de distinción. La premisa fundamental del título, consagrada en el artículo 13, es que la población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares, y no serán objeto de ataques siendo prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea la de aterrorizar. Este es un progreso notable con respecto al artículo 3 común que no protege, al menos explícitamente, a las personas civiles contra los efectos de las hostilidades. De esta manera se mantuvo vivo el principio de prohibición de los ataques contra la población civil.<sup>458</sup>

Asimismo, gozan de especial protección los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, como los alimentos, las zonas agrícolas, las cosechas, el ganado, las instalaciones y reservas de agua potable y las obras de riego; los bienes culturales y los lugares de culto, como los monumentos históricos y las obras de arte; y las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas, como las presas, los diques y las centrales nucleares de energía eléctrica. Queda prohibido cualquier tipo de ataque contra alguno de estos bienes.

---

<sup>458</sup> René Kosirnik, “Los Protocolos adicionales de 1977: un desarrollo necesario del derecho internacional humanitario”, ob. cit., p. 523.

Merece destacarse el artículo 17 sobre prohibición de los desplazamientos forzados, ya que esta norma se constituye en una de las pocas que a nivel internacional se refiere a la grave violación de derechos humanos que sufren las personas que abandonan sus hogares o sus sitios habituales de trabajo en razón de los conflictos armados internos. Ni los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, ni el derecho internacional de los refugiados, consagran de manera tan expresa esta problemática:

1. No se podrá ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a no ser que así lo exijan la seguridad de las personas civiles o razones militares imperiosas. Si tal desplazamiento tuviera que efectuarse, se tomarán todas las medidas posibles para que la población civil sea acogida en condiciones satisfactorias de alojamiento, salubridad, higiene, seguridad y alimentación.
2. No se podrá forzar a las personas civiles a abandonar su propio territorio por razones relacionadas con el conflicto.

El artículo 18 reitera lo estipulado por el 3 común sobre el ofrecimiento de servicios de socorro a las partes contendientes de los organismos humanitarios imparciales. Incluso la población civil, por su propia iniciativa, puede ofrecerse para recoger y cuidar a los heridos, enfermos y náufragos. Contrariamente a lo que puede inferirse del artículo 3 común, el párrafo 2 del artículo 18 del Protocolo no supedita las acciones de socorro al acuerdo de los beligerantes, sino únicamente al consentimiento del Estado Parte, privilegiando al gobierno legal, aunque la acción de socorro haya de desarrollarse en un territorio controlado por los insurgentes.<sup>459</sup>

---

<sup>459</sup> Joaquín Alcaide Fernández, “La asistencia humanitaria en situaciones de conflicto armado”, en J. Alcaide Fernández, Ma. del C. Márquez Carrasco y J. A. Carrillo Salcedo, *La asistencia humanitaria en Derecho internacional contemporáneo*, Universidad de Sevilla, Salamanca, 1997, p. 65.

Vale la pena mencionar las disposiciones del Protocolo II cuya aplicación puede requerir medidas legislativas a partir de su adhesión o ratificación: las garantías fundamentales previstas en los artículos 4 y 6, los reglamentos relativos a la detención de personas que prevé el artículo 5, las garantías para proteger de manera eficaz la misión médica del artículo 10, y la obligación de difundir el Protocolo consagrada en el artículo 19.<sup>460</sup>

Hasta el 17 de abril de 2007, 163 Estados son parte de este Protocolo. En el continente americano, los países del sur han aceptado totalmente los Protocolos, mientras que los del norte –Estados Unidos y Canadá– se caracterizan por su gran ausencia.<sup>461</sup>

#### *d) La aplicabilidad en Colombia del Protocolo II de 1977*

Durante la década de los noventa se discutió de manera amplia si el Protocolo II era aplicable al conflicto armado que se libraba contra los grupos armados no estatales, y en particular contra los grupos guerrilleros. Es importante señalar cómo la cobertura de este instrumento es diferente a la del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949, y en particular es menor por ser más restringida. En la medida que establece un mayor número de obligaciones internacionales que el artículo 3 común, el Protocolo II reduce de manera significativa los supuestos de hecho del conflicto armado a los que le son oponibles dichas obligaciones.<sup>462</sup> Mientras que según esta norma, los mínimos del artículo 3 común deben ser acatados por las partes en un conflicto armado que no sea de índole internacional, el Protocolo II establece en su artículo 1º que el conflicto armado se libre “(...) entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsa-

<sup>460</sup> Véase “Aplicación de los protocolos”, separata de la *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, julio-agosto de 1980, pp. 6 y 7.

<sup>461</sup> René Kosirnik, “Los Protocolos adicionales de 1977: un desarrollo necesario del derecho internacional humanitario...”, ob. cit., p. 525.

<sup>462</sup> En ese sentido véase Sonia Güell Peris, *Conflictos armados internos y aplicabilidad del derecho internacional humanitario*, ob. cit., p. 214.

ble, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo”.

La primera diferencia notoria es que el Protocolo II no es aplicable a conflictos armados en que participen exclusivamente grupos armados no estatales, cuando no hay participación de las fuerzas armadas del Estado, o cuando falta alguno de los presupuestos que se les exige a las fuerzas armadas disidentes o a los grupos armados organizados. Por el contrario, el artículo 3 común es mucho más amplio y puede aplicarse cuando se enfrenten exclusivamente estos grupos armados no estatales, sin necesidad de que exista ese umbral que exige el Protocolo II.

Resulta pues pertinente preguntarse si los grupos armados no estatales colombianos,<sup>463</sup> sean los grupos guerrilleros como las FARC-EP y el ELN, o los grupos llamados paramilitares o autodefensas, reúnen esos requisitos. ¿Tienen un mando responsable? ¿Estas organizaciones ejercen control sobre ciertas partes del territorio nacional, que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas? ¿Estos grupos armados no estatales están en capacidad de aplicar el Protocolo? Para responder las anteriores preguntas se requiere analizar los requisitos de aplicación material consagrados en el Protocolo II.

En primer lugar, la noción del control territorial por parte de un grupo armado no estatal debe entenderse en un sentido relativo y funcional. Este control no debe asemejarse al dominio absoluto que ejerce un Estado moderno sobre toda la extensión de su territorio.<sup>464</sup>

<sup>463</sup> De manera curiosa el artículo 3 del párrafo 1 de la Ley 782 de 2002 establece que “[d]e conformidad con las normas del Derecho Internacional Humanitario, y para los efectos de la presente ley, se entiende por grupo armado al margen de la ley, aquel que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerza sobre una parte del territorio un control tal que le permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas”. Obsérvese cómo se transcribe de manera textual el artículo 1 del Protocolo II con excepción de la expresión “y aplicar el presente Protocolo”. Esta ley prorroga las leyes 548 de 1999 y 418 de 1997 “por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones”.

<sup>464</sup> Iván Orozco Abad, “La Democracia y el tratamiento del enemigo interior”, *Análisis Político*, núm. 6, enero-abril de 1989, p. 63.

Más bien, debe entenderse como análogo al de los grupos nómadas en la medida en que le pueda permitir un alto índice de movilidad y circulación, suficiente tanto para ingresar fácilmente a una zona como para desarrollar hostilidades en la misma: "...el concepto de dominio territorial, al cual alude el artículo 1o. del Protocolo II, expresa una posición intermedia entre los máximos del sedentarismo y los mínimos del nomadismo".<sup>465</sup> La determinación de la extensión de cada territorio se relaciona con la función que debe cumplir ese dominio territorial.<sup>466</sup>

En muchos conflictos se observa una gran movilidad en el teatro de las hostilidades, pudiendo ocurrir que el control territorial cambie rápidamente de manos. El dominio tiene a veces un carácter relativo, por ejemplo, cuando los centros urbanos permanecen en poder gubernamental, mientras que las zonas rurales escapan a su autoridad. En la práctica, si los grupos armados insurrectos están organizados según las exigencias del Protocolo, la parte de territorio que pueden pretender dominar será la que escape al control de las fuerzas armadas gubernamentales. Se necesitará, no obstante, cierta estabilidad en el control de una porción del territorio, aunque sea modesta, para que estén en condiciones de aplicar efectivamente las normas del Protocolo.

Es la palabra "tal" la que da la clave a la interpretación. El control debe ser suficiente para poder realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el Protocolo, es decir, cuidar a los heridos y los enfermos, por ejemplo, o recluir a los prisioneros y tratarlos debidamente, como se dispone en los artículos 4 (Garantías fundamentales) y 5 (Personas privadas de la libertad).<sup>467</sup>

---

<sup>465</sup> Iván Orozco Abad, "Sobre el estatus jurídico político del paramilitarismo hoy", en Miguel Rujana Quintero (comp.), *Democracia, derechos humanos, derecho internacional humanitario*, Universidad libre de Colombia, Editorial Kimpres, Bogotá, p. 208.

<sup>466</sup> Araceli Mangas Martín, *Conflictos armados internos y derecho internacional humanitario*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1990, p. 74.

<sup>467</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, *Comentario del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, ob. cit., párrs. 4467 y 4466.

Los grupos armados ilegales colombianos están en capacidad de realizar acciones militares en las regiones donde tienen presencia, contra las fuerzas armadas legales. En los lugares donde estas organizaciones tienen presencia, el dominio territorial se ejerce a través de un control político: “El control del territorio se captura mediante el control político de la población, más que a base de avances militares, y se intenta evitar los combates todo lo posible”.<sup>468</sup> Los grupos guerrilleros y paramilitares gozan de cierta legitimidad en algunos rincones del país, y actúan como verdaderos sustitutos del Estado. No se puede desconocer que hay márgenes del territorio colombiano en los que los grupos armados de oposición detentan el uso de la fuerza y ejercen un control social y político sobre la zona. “[S]e podría hablar de unos ‘proto-Estados’, es decir, de intentos de crear gérmenes de contra-Estados locales, similares en alguna medida al fenómeno de los ‘señores de la guerra’ (*warlords*) en muchos conflictos armados actuales en África y Asia”.<sup>469</sup> En esa medida, y mientras no sean desalojados militarmente de algunas porciones del territorio nacional, estos grupos armados no estatales todavía alzados en armas en nuestro país poseen un control territorial en los términos del derecho humanitario. “Habida cuenta de que el DIH, en general, ve en la retención de quienes han quedado fuera de combate un ‘progreso humanitario’ (la alternativa es matarlos), entonces cabe afirmar que la toma de retenidos y su conservación con vida es un indicador po-

<sup>468</sup> Mary Kaldor, *Las nuevas guerras*, ob. cit., p. 23. En una carta al ex presidente López Michelsen, el grupo guerrillero ELN señalaba que dicha categoría debía interpretarse en términos políticos: “Se discute si la Coordinadora Guerrillera tiene la fuerza y la legitimidad para adelantar este tipo de negociaciones. Indudablemente la guerrilla colombiana está en la capacidad de adelantar operaciones concertadas y sostenidas, en un territorio muy amplio, bajo un mando responsable. Ahora bien cada guerrilla desarrolla una noción de dominio territorial. Nosotros hablamos de control político, de aceptación de la población y de permanencia en la vida de las comunidades. Decimos que en Colombia una cuarta parte del territorio está bajo control político de la guerrilla. Es más, vemos que la tendencia es a que el Estado pierda día a día más el control y la guerrilla lo gane. “Carta del ELN a Alfonso López Michelsen”, *La Prensa*, febrero 16 de 1989.

<sup>469</sup> Eduardo Pizarro Leongómez, “Colombia: ¿guerra civil, guerra contra la sociedad, guerra antiterrorista o guerra ambigua?”, ob. cit., p. 171.

deroso de capacidad –efectiva– humanitaria, y en último término de solidez, en la dominación territorial, por parte de las guerrillas”.<sup>470</sup>

Al respecto del dominio territorial, en el examen de constitucionalidad del Protocolo II, la Procuraduría General de la Nación expuso:

Supuesto que el Protocolo II existe para ser aplicado, acaso resulta necesario entender que el dominio territorial al cual aluden sus dictados puede ser un dominio territorial nómada, vale decir, un dominio territorial edificado sobre la libre conservación de las vías de circulación y sobre el control social –vg. sobre la consolidación de un adentro y un afuera sociales–. Lo anterior implica la aceptación de que los dominios territoriales guerrilleros son porosos y aún, intermitentes.

En cualquier caso, no cabe duda de que la guerra de guerrillas colombiana sigue siendo todavía, a pesar de la creciente inserción urbana y aún a pesar de la creciente bandolerización de los grupos insurgentes, una guerra orientada por un proyecto estratégico de “sustitución de Estado”, así que procede –por lo menos en principio– a través de la construcción, consolidación y ampliación progresiva de dominios territoriales. Con otras palabras, la guerra colombiana de guerrillas es, predominantemente, guerra por el dominio del espacio, y en ningún caso, como el terrorismo estratégico, guerra por el dominio del pensamiento. La circunstancia de que la debilidad relativa de la guerrilla frente al Estado determine que los insurgentes hayan debido limitar sus aspiraciones de dominación territorial a ciertas regiones no constituye un argumento contra las observaciones anteriores.<sup>471</sup>

El segundo requisito, la exigencia de un mínimo de organización y la existencia de un mando responsable en el grupo armado, “dimana implícitamente de la referencia a la noción de ‘partes en conflicto’, que figura en el artículo 3, aunque parece delicado concebir que se

---

<sup>470</sup> Iván Orozco Abad, “Sobre el estatus jurídico político del paramilitarismo hoy”, *ob. cit.*, p. 209.

<sup>471</sup> Examen de constitucionalidad de la Ley 171 de 1994, enviado por la Procuraduría General de la Nación a la Corte Constitucional el 3 de marzo de 1995, pp. 25-26.

atribuya ese calificativo a un grupo que no disponga de una estructura jerárquica al menos básica”.<sup>472</sup> “Esto quiere decir que se trata de una organización capaz, por un lado, de planear y llevar a cabo operaciones militares ininterrumpidas y concertadas que se mantengan firmes continuamente y se pongan en marcha con un plan, y por el otro, que sea capaz de imponer una disciplina en nombre de las autoridades de facto”.<sup>473</sup>

...el Protocolo II redundaba en la idea de garantizar su propia efectividad práctica al exigir la existencia de una autoridad capaz de imponer comportamientos disciplinarios entre los combatientes así como asumir la responsabilidad de sus actos. ...Así la existencia de un mando responsable queda probada cuando en el desarrollo del conflicto se abre alguna vía de negociación entre las partes contendientes, se acuerda un alto al fuego o se pacta la distribución de ayuda humanitaria.<sup>474</sup>

En este sentido, los grupos armados no estatales colombianos tienen una organización y un mando responsable. Fácilmente se distingue en estos grupos una estructura y una jerarquía: se encuentran constituidos por frentes y por unas direcciones nacionales –por ejemplo el Secretariado General de las FARC-EP, el Comando Central de el ELN, el Estado Mayor de las Autodefensas–, en las que se pueden distinguir también sus dirigentes. Tanto la estructura como la jerarquía son militares, lo que les permite desarrollar hostilidades. Asimismo, cada organización posee un código de conducta interno que regula

<sup>472</sup> Instituto Internacional de Derecho Humanitario, Comité Internacional de la Cruz Roja, “XXVII mesa redonda sobre problemas Actuales del derecho internacional humanitario: derecho internacional humanitario y otros regímenes jurídicos. Interacción en las situaciones de violencia. Informe resumido preparado por el Comité Internacional de la Cruz Roja, que completa el informe El derecho internacional humanitario y los retos de los conflictos armados contemporáneos”, noviembre de 2003, p. 6.

<sup>473</sup> ICTR, *Prosecutor v. Musema*, judgement of 27 January 2000 (ICTR-96-13-T), par. 257, citado en Kai Ambos, *Los crímenes del nuevo derecho penal internacional*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2004, p. 85.

<sup>474</sup> Sonia Güell Peris, *Conflictos armados internos y aplicabilidad del derecho internacional humanitario*, ob. cit., p. 207.

las faltas. Es menester aclarar que el mando responsable no hace referencia a un control total o absoluto de los jefes hacia sus subordinados; debe entenderse en el sentido de la existencia de una estructura de disciplina y de la distinción de una jerarquía, circunstancia de que gozan los grupos armados no estatales colombianos.

La existencia de un mando responsable implica una cierta organización de los grupos armados insurrectos o de las fuerzas armadas disidentes, pero ello no significa forzosamente la implantación de un sistema de organización militar jerárquico similar al de las fuerzas armadas regulares. Se trata de una organización suficiente para concebir y realizar, por una parte, operaciones militares sostenidas y concertadas y, por otra, para imponer una disciplina en nombre de una autoridad de hecho.<sup>475</sup>

Sobre el particular la Procuraduría General de la Nación expresó:

...La existencia de un mando responsable y la capacidad para realizar operaciones sostenidas y concertadas están ampliamente atestiguadas por la existencia de una dirección central capaz de planear y de desarrollar ofensivas militares en una amplia y dispersa base territorial, a través de sus distintos frentes. La regionalización creciente –vg. fragmentación– del movimiento guerrillero y la autonomía relativa de sus frentes –sobre todo de los más bandolerizados– no constituye todavía un argumento contra la evidencia de que las guerrillas colombianas tienen una comandancia nacional relativamente efectiva.<sup>476</sup>

El tercer requisito es la realización de operaciones militares concertadas y sostenidas. Las operaciones concertadas “implica[n] una previsión, organización y planteamiento, como es natural, previos y una decisión. Se excluyen, como es natural, aquellos cambios que se

---

<sup>475</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, *Comentario del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, ob. cit., párr. 4463.

<sup>476</sup> Procuraduría General de la Nación, Examen de constitucionalidad de la Ley 171 del 16 de 1994, enviado a la Corte Constitucional el 3 de marzo de 1995, pp. 23-24.

realizan de acuerdo con los cambios de la situación y que, a juicio del líder, se consideran necesarios para alcanzar los objetivos previstos [que] implican una previsión”.<sup>477</sup> Por otro lado, las operaciones sostenidas

está[n] íntimamente relacionada[s] con el tiempo y, éste a su vez, con la logística. Implica[n], por lo tanto, un tiempo de actuación durante el cual ni las fuerzas de seguridad del Estado, ni las fuerzas armadas regulares, han sido capaces de hacer desistir de su empeño a los grupos armados o a las fuerzas armadas disidentes. Es de destacar, que el protocolo no da ninguna información adicional sobre la duración de la operación, por lo que es suficiente que no sea una acción instantánea.<sup>478</sup>

Las organizaciones armadas ilegales en Colombia cuentan con una capacidad organizativa y militar que les permite realizar operaciones sostenidas y concertadas. Sus estrategias y tácticas les posibilitan desarrollar acciones típicamente militares como son las de sostener un combate, realizar una emboscada, entre otras.

En cuarto lugar, la observancia de las leyes de la guerra por parte de estos grupos en la conducción de las hostilidades es de vital importancia. Los grupos armados organizados deben demostrar su capacidad para ajustarse a las normas del derecho de los conflictos armados. Como lo señala el Comité Internacional de la Cruz Roja, consiste en poseer la aptitud mínima necesaria para ejecutar el mencionado instrumento:

El criterio fundamental que justifica los otros elementos de la definición es que los insurrectos, que deben estar dirigidos por un mando responsable y controlar una parte del territorio, estén en condiciones de aplicar el Protocolo. El umbral de aplicación parece así bastante elevado. Sin embargo, aparte de que refleja la voluntad de la Conferencia Diplomática, hay que reconocerle cierto realismo. Las condiciones enunciadas en

---

<sup>477</sup> Javier Guisández Gómez, “La protección de las víctimas en los conflictos de carácter no internacional”, *ob. cit.*, pp. 443-444.

<sup>478</sup> *Idem.*

este párrafo 1, analizadas más arriba, corresponden a situaciones de hecho, en las que cabe razonablemente esperar que las partes apliquen las normas que ha desarrollado el Protocolo, puesto que poseen la infraestructura más indispensable.<sup>479</sup>

No se puede desconocer que las organizaciones armadas ilegales colombianas gozan de toda la potencialidad para aplicar el derecho de los conflictos armados. La cuestión de respetar o no las normas de la guerra es de manera inevitable un tema de negociación entre los adversarios, y la negociación de lo humanitario conduce a plantear el problema de la reciprocidad. Cada lado observará atentamente al contrincante a fin de evaluar hasta qué punto cumple las disposiciones, y actuará en consecuencia.<sup>480</sup>

El derecho humanitario se aplica sin condición de reciprocidad. La obligación existe de por sí, y tiene fuerza absoluta e intrínseca para cada una de las partes sin hallarse subordinada a su cumplimiento correlativo, porque se fundamenta en la conciencia jurídica de la humanidad y no en la capacidad o incapacidad de la otra parte para observarla. Tan es así que el derecho humanitario no se limita a exigir el respeto de sus normas por las partes en conflicto, sino que impone a todas las partes la obligación de hacerlas respetar (artículo primero común).<sup>481</sup> “En cuanto al argumento de la reciprocidad, se acepta en la doctrina internacional que el DIH constituye una real excepción al principio de la reciprocidad en las relaciones internacionales, pues los Estados están obligados a respetar y a hacer respetar sus normas en todas las circunstancias”.<sup>482</sup>

---

<sup>479</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, *Comentario del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, ob. cit., párr. 4470.

<sup>480</sup> Daniel Frei, “El derecho internacional humanitario y el control de armamentos”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 90, noviembre-diciembre de 1988, p. 527.

<sup>481</sup> J. de Preux, “Los Convenios de Ginebra y la reciprocidad”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, num. 67, enero-febrero de 1985, pp. 25 a 29.

<sup>482</sup> “El Derecho Internacional Humanitario y el Protocolo II. Análisis de Argumentos”. Documento anexo a la carta del Ministro de Defensa y del Comandante General de las Fuerzas Militares al Presidente de la República, núm. 201 DDNSP, Bogotá, marzo 17 de 1994, pp. 7 y 8.

Las represalias están prohibidas de manera absoluta por el derecho humanitario. De esta manera, no es correcto oponer reciprocidad y tomar represalias. La legislación interna de un gobierno no toma represalias ni podrá hacerlo, sino que aplica la ley. Infortunadamente, con bastante frecuencia el derecho interno es bastante flexible y otorga amplios poderes discrecionales en la práctica a las autoridades civiles y militares para adoptar medidas de fuerza que atemoricen y disuadan de manera eficaz a los miembros de los grupos armados no estatales a costa de numerosas vidas inocentes.<sup>483</sup> En ese sentido, es cierta la advertencia de Oppenheim y Lauterpracht: “Las represalias, en vez de ser un medio de asegurar la conducta legítima de la guerra, pueden llegar a ser un instrumento efectivo de su completa y única violación en materias que constituyen las verdaderas bases del derecho de la guerra”.<sup>484</sup>

Por definición, el derecho internacional humanitario prescribe la obligación de respetar un mínimo de normas, aún en las “peores” situaciones, cuando el diálogo se ha interrumpido y ha sido reemplazado por la última *ratio* del conflicto armado. La importancia de este hecho no debe subestimarse. Aunque solo se respete un porcentaje mínimo de normas, esto representa un elemento ritual, y la ritualización significa que el conflicto tiene una estructura formal. Incluso si las normas no se respetan, el hecho de tenerlas es muy diferente del no tener ninguna norma que violar. Así, aunque estén confrontados en una lucha a muerte en la que no parece haber ningún terreno común, hay una base mínima que los adversarios comparten. Esto puede constituir un marco, aunque sólo sea simbólico, para resolver el conflicto.<sup>485</sup>

Por las anteriores consideraciones, las organizaciones armadas no estatales cumplen con los presupuestos del artículo 1 del Protocolo

<sup>483</sup> Véase Araceli Mangas Martín, *Conflictos armados internos y derecho internacional humanitario*, ob. cit., pp. 131 a 137.

<sup>484</sup> Citado por Araceli Mangas Martín, *ibíd.*, p. 132.

<sup>485</sup> Daniel Frei, “El derecho internacional humanitario y el control de armamentos”, ob. cit., p. 527.

II. No obstante, “[l]a Corte [Constitucional] ha considerado que ‘los requisitos de aplicabilidad del artículo 1º son exigencias mínimas que pueden ser renunciadas por los Estados’”.<sup>486</sup> Sobre el particular el concepto de constitucionalidad de la Procuraduría General de la Nación expresa:

En efecto, la circunstancia de que el Protocolo II, por disposición expresa de su artículo 1º deba ser entendido como desarrollo y complemento del artículo 3º común a los convenios de Ginebra de 1949 asociados al hecho de que dicha norma fue concebida como un mínimo humanitario aplicable a todo conflicto armado no-internacional que superara por sus características e intensidad los simples disturbios y tensiones interiores, resulta suficiente para explicar por qué las exigencias máximas del artículo 1º del Protocolo II son unilateralmente renunciables por parte del Estado, cuando esté en su intención aplicar los mínimos humanitarios contenidos en el artículo 3º común y desarrollados en el Protocolo II.

Supuesto lo anterior, en la coyuntura presente resulta imperativo entender que el gobierno nacional reconoce en las guerrillas a un interlocutor válido desde el punto de vista de las necesidades de humanización de la confrontación armada, a través de la puesta en vigencia y aplicación de las perceptivas del Protocolo II, en un horizonte deseado de paz negociada.

Habida cuenta del hecho que la administración Samper abandonó la anterior estrategia gubernamental de abordar el problema de las violaciones de los derechos humanos como una cuestión de imagen interna-

---

<sup>486</sup> Alexandra Letts y Pablo Rueda Saíz, “La incorporación del derecho internacional humanitario al ordenamiento jurídico colombiano en la jurisprudencia constitucional”, *ob. cit.*, p. 90. “Contrario a lo que afirma la Corte, los requisitos establecidos en el artículo 1º no son obstáculos para la aplicación del Protocolo II, pues permiten identificar claramente a quienes y en qué situaciones se aplica, limitando el ámbito de aplicación en algunos países, sí, pero a la vez limitando la discrecionalidad de éstos para hacerlo; es decir, la determinación explícita de condiciones de aplicación actúa como una restricción a la posibilidad de que los Estados limiten el ámbito de aplicación del Protocolo”. *Ibíd.*, p. 100.

cional, para comprometerse con una política de reconocimiento de la responsabilidad estatal y de aplicación de medidas efectivas para ponerle coto a tales desafueros, debemos entender que la iniciativa gubernamental orientada a la aprobación y ratificación del Protocolo II, no está motivada en la intención deleznable de acallar por un golpe de imagen la opinión adversa internacional, sino por una voluntad decidida de que la confrontación armada entre las fuerzas militares y las guerrillas se regule por los dictados del derecho internacional humanitario. Dicha manifestación unilateral de voluntad de regulación de la confrontación por los dictados del Protocolo II debe ser entendida, a su vez, como una renuncia a las cortapisas del artículo 1º del mismo.<sup>487</sup>

En conclusión, frente a la aplicabilidad del Protocolo II:

Esto ha planteado muchísimas discusiones en el pasado, sobre si por tales razones no era aplicable el Protocolo II de Ginebra a Colombia, por cuanto no reunían las condiciones de aplicabilidad que este instrumento internacional traía.

La Corte Constitucional canceló esa discusión, a mi juicio, con buen criterio, y dijo que esas condiciones de aplicabilidad del derecho internacional humanitario son condiciones frente a la comunidad internacional; pero que frente al ordenamiento constitucional ese derecho se aplica, incluso si no se dan tales condiciones, por cuanto la Corte consideró que la Constitución era muy clara al señalar que en todo caso rigen las reglas del derecho internacional humanitario; es decir, que incluso si el conflicto armado no alcanza esa intensidad según los patrones internacionales, dichas normas son aplicables en el conflicto armado interno colombiano.<sup>488</sup>

---

<sup>487</sup> Procuraduría General de la Nación, Examen de constitucionalidad de la Ley 171 del 16 de 1994, enviado a la Corte Constitucional el 3 de marzo de 1995, pp. 26 a 28.

<sup>488</sup> Rodrigo Uprimny, “La Corte Constitucional frente al Derecho Internacional Humanitario”, *ob. cit.*, p. 246.

## 10. El derecho humanitario en la Constitución Política de Colombia

La figura excepcional del estado de sitio, que tiene su fundamento en la Constitución Política, ha sido utilizada de manera frecuente por los gobiernos colombianos para encarar las perturbaciones del orden público y, entre ellas, el conflicto armado. Nuestra Constitución siempre le ha dado cabida al derecho de los conflictos armados a través de esta facultad del ejecutivo. La Constitución de 1991 sustituyó el artículo 121 de la Constitución de 1886 por un nuevo régimen contenido en los artículos 212, 213 y 214. Este último artículo, que establece algunas disposiciones para los estados de guerra exterior (art. 212) y conmoción interior (art. 213) dice, entre otras cosas, en su numeral segundo: “En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario”, expresión que sustituye a la fórmula “conforme a las reglas aceptadas por el derecho de Gentes [que] rigen para la guerra entre naciones”, incluida al final del primer inciso del artículo 121 constitucional.

Las alusiones al derecho de gentes son recurrentes en las guerras civiles del siglo XIX. Incluso, el discurso sobre la guerra civil justa ya se había prefigurado y configurado en la guerra de independencia. Durante la primera gran guerra civil del siglo XIX: la de los Conventos, que luego se convirtió en las guerras de los Supremos ocurridas entre 1839 y 1842, las narraciones de sus principales protagonistas recurren a argumentos filosóficos y políticos en torno al derecho de gentes, como es el caso de José María Obando, el Supremo del Sur; Tomás Cipriano de Mosquera, el principal antagonista de Obando, y el general Joaquín Posada Gutiérrez.<sup>489</sup>

---

<sup>489</sup> Véase María Teresa Uribe de Hincapié, Liliana María López Lopera, *Las palabras de la guerra, un estudio sobre las memorias de las guerras civiles en Colombia*, La Carreta Editores, Instituto de Estudios Políticos de la Universidad de Antioquia, Corporación Región, Medellín, 2006. En particular las páginas 101 y ss., 104 y ss. y 109 y ss.

En este sentido, los intelectuales y políticos neogranadinos no fueron ajenos a los planteamientos sobre el derecho de gentes o derecho de la guerra y, por tanto, elaboraron un discurso que pretendió articular el *ius in bello* con el *ius ad bellum* y el *ius post bellum* y, fundamentalmente, que pretendió plasmar en documentos constitucionales algunos principios de justicia normativa para justificar y hacer menos dramática e injusta la realidad de la guerra. Con alguna certeza se puede afirmar que a partir de la apelación a un discurso que mostraba la inevitabilidad y necesidad de la guerra y que pasaba por la lectura y aplicación descontextualizada y a veces arbitraria de algunos presupuestos del derecho de gentes, los intelectuales, políticos, juristas, generales y rebeldes neogranadinos, intentaron reconstruir un lenguaje normativo de la guerra, que se adecuara a las condiciones de la naciente república.<sup>490</sup>

Está por investigarse el verdadero origen del respeto del derecho de gentes en las guerras civiles colombianas.<sup>491</sup> La primera alusión aparece en la Constitución de los Estados Unidos de Colombia de 1863. En otra publicación se han analizado los antecedentes de su consagración como principio constitucional.<sup>492</sup>

En la Constitución de 1886 se consagraba el derecho de gentes como una facultad presidencial, lo cual era un contrasentido, ya que esta legalidad es un mecanismo de freno o contención. En la ponencia para el segundo debate en el Senado durante el trámite de la reforma constitucional de 1968, se señaló:

Aunque en este punto no se ha introducido ningún cambio a lo estipulado actualmente en la Carta Fundamental, conviene explicar que la referencia a las reglas aceptadas por el derecho de Gentes para la guerra entre naciones es la remisión a un estatuto que conlleva [tanto] poderes

<sup>490</sup> *Ibíd.*, p. 40.

<sup>491</sup> “La mayoría de los discursos, narraciones y lenguajes políticos presentes en las guerras civiles del siglo XIX colombiano, desarrollaron discursos éticos, políticos y morales de justificación de la guerra y apelaron al derecho de gentes como un concepto que se encontraba asociado a los postulados de la civilización, el progreso y la humanidad”. *Ibíd.*, Derecho humanitario para Colombia, p. 411.

<sup>492</sup> Véase Alejandro Valencia Villa, *ob. cit.*, Capítulo V, pp. 137 a 206.

como limitaciones, de aplicación tanto en caso de conmoción interior como de guerra exterior. El derecho de Gentes está hoy en día conformado por las reglas y principios contenidos en los tratados y convenios internacionales que hayan venido regulando las operaciones de la guerra para humanizarla, y que contemplan disposiciones sobre el trato que debe darse a las personas y a las cosas que se hallen vinculadas a la guerra según su mayor participación o la gravedad del conflicto.

Dichas reglas a las cuales se ha venido suscribiendo Colombia mediante la ratificación de los tratados internacionales, si bien implican poderes sobre las personas y las cosas, suponen también y, esencialmente, limitación en la conducción de las acciones bélicas, pues se han establecido para ello y en guarda de la dignidad de la persona humana, y con el propósito de eliminar la barbarie en los conflictos armados.

Pueden ser de aplicación tanto en los eventos de conmoción interior, si la gravedad de la situación da lugar a las circunstancias previstas en el derecho de Gentes y cuando ella alcance perfiles bélicos, como los de guerra exterior; y, de todos modos, confirma la tradición colombiana de respeto al derecho internacional en las penosas circunstancias de los conflictos armados.<sup>493</sup>

La anterior referencia legislativa fue citada en varias sentencias de la Corte Suprema de Justicia e interpretada como se viene señalando. En la decisión del 5 de marzo de 1987 se dijo de manera enfática que las facultades del presidente durante estado de sitio son tanto una atribución como una responsabilidad, pero que sobre todo buscan restringir los poderes presidenciales durante ese régimen de excepción.<sup>494</sup> Incluso magistrados de la misma corporación señalaban el compromiso de respetar y de hacer respetar esta legalidad:

---

<sup>493</sup> Anales del Congreso, septiembre 30 de 1968, ponencia del senador Raúl Vásquez Vélez.

<sup>494</sup> La sentencia puede consultarse en Foro Colombiano, núm. 214, Bogotá, abril de 1987, pp. 314 a 338. En igual sentido véase la sentencia del 26 de mayo de 1988, en *Jurisprudencia y Doctrina*, tomo XVII, núm. 200, Bogotá, agosto de 1988, p. 656. La providencia del 12 de junio de 1945 sobre los decretos 1640 y 1644 de 1944

En consecuencia, según la Constitución, durante el estado de sitio el ejecutivo tiene no sólo la atribución de hacer valer las reglas del derecho de gentes y de los tratados y convenios internacionales, sino también la consiguiente de hacerlas respetar y la inescindible obligación de no desconocerlas unilateralmente. La transgresión o violación de una norma clausular de un convenio o tratado prohijado por una ley nacional, que no sea contraria a la Carta, equivale a la violación de la propia Constitución, en la medida en que ésta le ordena al ejecutivo regirse por el Derecho de Gentes, al igual que cuando el gobierno como legislador extraordinario al violar una ley de facultades infringe la Carta.<sup>495</sup>

Asimismo, en la providencia del 16 de junio de 1987, el magistrado Jesús Vallejo Mejía argumentaba lo siguiente en su aclaración de voto:

...el art. 121 C.N. alude expresamente al derecho de gentes, que es hoy el derecho internacional público, para determinar el alcance de las facultades del gobierno dentro del estado de sitio, por lo que hay que considerar que su competencia se abre pero también se limita no sólo por la ley y la Constitución sino por lo que, en definitiva, aspira a ser el derecho común de la humanidad.<sup>496</sup>

En los albores de la década de los sesenta, Charry Samper ratificaba que el derecho de gentes es una restricción, una valla para los gobernantes, y no una atribución más. Señala al respecto:

---

menciona los antecedentes históricos del artículo 121 constitucional pero no sugiere ninguna interpretación sobre las facultades derivadas del derecho de gentes.

<sup>495</sup> Salvamento de voto de los magistrados Manuel Gaona Cruz y Ricardo Uribe-Holguín a la sentencia del 10 de diciembre de 1981, en *Gaceta Judicial*, tomo CXLIV, núm. 2405, 1981, pp. 509 y ss.

<sup>496</sup> Sentencia de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia del 16 de junio de 1987, en *Jurisprudencia y Doctrina*, tomo XVI, núm. 188, Bogotá, agosto de 1987, pp. 821 y 822. Con base en esta aclaración de voto, algunos académicos han sugerido la aplicación directa del derecho de los conflictos armados bajo estado de sitio. Véase Hernando Valencia Villa, "Vida, pasión y muerte del Tribunal Especial", *Análisis Político*, núm. 2, Bogotá, septiembre-diciembre de 1987, p. 96.

... en materia de derecho de gentes, ha prosperado la tesis que yo considero errónea, de que al hablar la Constitución de que el gobierno tendrá a más de las facultades legales las que le confiere el derecho de gentes, se le están confiriendo mayores atribuciones, y quien entienda claramente lo que es y lo que ha sido el derecho de gentes a través de la historia, se dará cuenta que el derecho de gentes no es una atribución más al presidente en estado de sitio, sino precisamente lo contrario: una restricción al órgano ejecutivo... Pues bien; ese derecho de gentes significa, entre otras cosas, que contra los alzados en armas en una guerra intestina, no se pueden aplicar medidas atroces, no se pueden ejecutar actos de aquellos que están prohibidos para la guerra internacional. La presencia del derecho de gentes en la legislación colombiana para efectos del estado de sitio para conmoción interior, es una de las conquistas más decisivas de nuestro derecho público...<sup>497</sup>

La anterior fórmula consagraba el derecho de gentes como legalidad mitigadora de las facultades presidenciales en reemplazo de una legalidad permisiva o, en otras palabras, la incluía como ordenamiento complementario y moderador (complementario en tanto moderador) de tales atribuciones presidenciales en los casos de guerra exterior o conmoción interior. Complementario porque era una adición a las facultades legales y constitucionales del presidente de la república, y moderador porque era precisamente un límite a tales facultades.

La nueva redacción de la Constitución de 1991 no deja dudas y simplemente señala que “En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario”. La disposición no le concede poderes al Estado, ni le confiere atribuciones al ejecutivo, ni le otorga facultades al presidente. El derecho humanitario consagra, en términos precisos, obligaciones de los Estados, impone restricciones al ejecutivo inspirado en el sentimiento de humanidad, y reduce la po-

---

<sup>497</sup> Héctor Charry Samper (compilación y comentarios), *la reforma del artículo 121 de la Constitución*, Tomo I, sin editorial, Bogotá, 1962, p. 49. Por demás, Peláez en ese mismo sentido señala que aparte de las limitaciones que se le imponen al ejecutivo en razón de la naturaleza del vínculo y de la condición de los sujetos de la relación jurídica, existen aún otras restricciones de índole natural y de necesidad basadas en el respeto a la dignidad humana, ob. cit., pp. 164 y ss.

testad presidencial en aras de la protección de la persona en caso de conflictos armados. Dice la conclusión segunda de la sentencia de la Corte Constitucional que declaró la exequibilidad del Protocolo I de 1977:

Segunda. Asimismo, ella reconoce también los plenos efectos jurídicos a las reglas del derecho internacional humanitario, particularmente durante la vigencia de los denominados Estados de Excepción (art. 214-2). Es claro, pues, que las facultades del gobierno durante tales estados encuentran límites efectivos que operan aún antes de la vigencia de la ley estatutaria a que alude la misma disposición constitucional. Lo cual significa, ni más ni menos, que las reglas del derecho internacional humanitario son hoy –por voluntad expresa del constituyente–, normas obligatorias per se sin ratificación alguna previa o sin expedición de norma reglamentaria. Y lo son “en todo caso” como lo señala significativamente la propia Carta. En estas condiciones, no hay duda que el derecho internacional humanitario constituye uno de los más eficaces instrumentos de protección del núcleo común que comparte con los derechos humanos, tal como lo ha señalado la más autorizada doctrina.<sup>498</sup>

La teoría del bloque de constitucionalidad que viene avalando la jurisprudencia de la Corte Constitucional para señalar el valor suprallegal de los instrumentos internacionales de derechos humanos y derecho humanitario fue establecida en la sentencia que revisa la constitucionalidad del Protocolo II. La Corte, al integrar normativamente estos instrumentos internacionales a la Constitución, compartió la interpretación sugerida por la Procuraduría General de la Nación de compatibilizar el artículo 93 que establece la prevalencia en el orden interno de dichos tratados<sup>499</sup> con el artículo 4º que señala que la Constitución es norma de normas.

---

<sup>498</sup> Corte Constitucional, sentencia C-574 de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón, p. 114.

<sup>499</sup> Antes del pronunciamiento de la Corte la doctrina había señalado que esta prevalencia no sólo era predicable de los instrumentos que integran el derecho internacional de los derechos humanos tal como lo establece expresamente el artículo 93 constitucional sino del derecho internacional humanitario: “Es obvio, además,

No cree este Despacho, sin embargo, que dicha prevalencia puede ser leída e interpretada como una suerte de supra-constitucionalidad. La armonización del artículo 93 con las exigencias del artículo 4º constitucional sobre la prevalencia de la Carta Fundamental sobre toda otra norma conduce más bien a la necesidad de postular una integración horizontal (bloque de constitucionalidad) entre los tratados internacionales sobre derechos humanos y las disposiciones de la Constitución sobre el horizonte de un modelo dualista moderado de articulación entre el derecho internacional y el derecho constitucional. Nótese, en este mismo sentido, cómo las normas constitucionales sobre reforma de la Carta no tienen prevista la posibilidad de que el gobierno o el Congreso, de manera separada o de consuno, realicen reformas constitucionales mediante la aprobación y ratificación de tratados internacionales.<sup>500</sup>

Con la adopción del bloque de constitucionalidad, la Corte revisa sus anteriores decisiones donde predicó una supraconstitucionalidad del derecho humanitario<sup>501</sup> para sostener a partir de la fecha una paraconstitucionalidad tanto del derecho internacional de los derechos humanos como del derecho humanitario. Sin embargo, en sentencias posteriores, la Corte Constitucional sigue sosteniendo que con base

---

que en la expresión ‘tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos’ del artículo 93 deben considerarse incluidos los instrumentos de derecho humanitario y los demás referentes a la protección de la persona humana, tanto los ya ratificados como los que se ratifiquen en el futuro”. Hernando Valencia Villa, *La justicia de las armas: una crítica normativa de la guerra metodológica en Colombia*, ob. cit., p. 110.

<sup>500</sup> Procuraduría General de la Nación, Examen de constitucionalidad de la Ley 171 del 16 de 1994, enviado a la Corte Constitucional el 3 de marzo de 1995, pp. 21-22.

<sup>501</sup> “Por otra parte, en el artículo 214 numeral 2o. de la Carta se consagró el valor supraconstitucional del derecho internacional humanitario cuando, al regular los parámetros a que se sujetan las atribuciones presidenciales durante los estados de excepción, dispuso que ‘En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario’”. Corte Constitucional, sentencia 574 de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón, p. 103. Otra sentencia de la Corte Constitucional que le otorga idénticas interpretaciones a los artículos 93 y 214 es la 275 de 1994, expediente T-31.551 del 15 de junio de 1994, de la sala séptima de revisión de tutelas, con ponencia del magistrado Alejandro Martínez Caballero.

en el artículo 214 constitucional existe una incorporación automática de las reglas derecho humanitario en el orden interno:

Dichos principios, en nuestro ordenamiento jurídico no pueden reducirse a simples enunciados teóricos de propósitos loables de la comunidad internacional. Según lo ordena expresamente el numeral 2o. del artículo 214 de la Carta Política, las reglas del derecho internacional humanitario deben respetarse y se encuentran incorporadas al derecho interno sin necesidad de ratificación previa o sin expedición de norma reglamentaria, puesto que se fundamentan en el respeto a la dignidad humana, valor constitucionalmente protegido.<sup>502</sup>

Nótese que hay un sutil pero importante cambio en la interpretación de la Corte Constitucional. Si bien en las primeras sentencias se hablaba de una incorporación automática del derecho humanitario sustentada en su reconocimiento como *ius cogens*, en las últimas decisiones, como la que se acaba de citar, se habla de una incorporación automática de “las reglas” del derecho humanitario con base en el artículo 214 constitucional. Es de esperar que este cambio de interpretación tienda a corregir esa imprecisión señalada anteriormente, de equiparar el derecho consuetudinario con el *ius cogens*, y otorgarle este último calificativo a todas las normas que integran el derecho humanitario.<sup>503</sup>

¿Qué se debe entender por reglas? Si nos atenemos a la acepción más castiza de esta palabra, se está haciendo referencia, como lo indica el *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia Española a un “conjunto de preceptos fundamentales” a “principios o máximas”. No se está haciendo referencia a todo el derecho humanitario porque sino se hubiese obviado esta palabra en el texto constitucional. Así pues, está haciendo referencia a los principios del derecho humanitario que fueron examinados,<sup>504</sup> o a las normas fundamentales del derecho internacional humanitario. A continuación

<sup>502</sup> Corte Constitucional, sentencia C-991 de 2000, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

<sup>503</sup> Véase supra p. 69 y ss.

<sup>504</sup> Véase supra p. 118 y ss.

se citan precisamente las denominadas por el Comité Internacional de la Cruz Roja como “Normas fundamentales del derecho internacional humanitario aplicables en los conflictos armados”, que como se pueden observar no son otra cosa que una síntesis del artículo 3 común del Protocolo II de 1977, y de los principios del derecho humanitario:

1. Las personas fuera de combate y quienes no participen directamente en las hostilidades tienen derecho a que se les respeten la vida y la integridad física y moral. Serán protegidas y tratadas, en toda circunstancia, con humanidad, sin ninguna distinción de carácter desfavorable.
2. Está prohibido matar o herir a un adversario que se rinda o que esté fuera de combate.
3. Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos por la Parte en conflicto que los tenga en su poder. Esta protección se extiende, asimismo, al personal sanitario, a los establecimientos, a los medios de transporte y al material sanitario. El emblema de la cruz roja (de la media luna roja), es el signo de esa protección, y debe respetarse.
4. Los combatientes capturados y las personas civiles que están bajo la autoridad de la parte adversa tienen derecho a que se les respeten la vida, la dignidad, los derechos personales y las convicciones. Serán protegidos contra todo acto de violencia y de represalias. Tendrán derecho a intercambiar noticias con sus familiares y a recibir socorros.
5. Cada persona se beneficiará de las garantías judiciales fundamentales. A nadie se considerará responsable de un acto que no haya cometido. Nadie será sometido a tortura física o mental, ni a castigos corporales o a tratos crueles o degradantes.
6. Las Partes en conflicto y los miembros de sus fuerzas armadas no tienen un derecho ilimitado por lo que respecta a la elección de los medios y métodos de guerra. Se prohíbe emplear armas o métodos de guerra que puedan causar pérdidas inútiles o sufrimientos excesivos.
7. Las Partes en conflicto harán siempre la distinción entre la población civil y los combatientes, protegiendo a la población civil y los bienes civiles. Ni la población civil, como tal, ni las personas civiles serán

objeto de ataques. Los ataques se dirigirán sólo contra los objetivos militares.<sup>505</sup>

Como se señaló, estas reglas tienen el estatus de derecho consuetudinario según lo ha señalado el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia y la investigación sobre la materia adelantada por el Comité Internacional de la Cruz Roja.<sup>506</sup> Estas reglas, según el texto constitucional y la interpretación de la Corte, son obligatorias. El Estado y las partes en conflicto están en el deber de respetarlas.<sup>507</sup> Además, dicha obligatoriedad es permanente y constante. Siempre se deben respetar en situaciones de conflicto armado las normas y los principios del derecho humanitario, incluso si no se ha declarado formalmente la guerra exterior o la conmoción interior:

...La expresión en todo caso se entiende, ...como la orden constitucional de aplicar el DIH siempre, haya o no estados de excepción. Como ya se afirmó, el DIH se aplica en situaciones de normalidad y en los estados de excepción. No puede entenderse, por la redacción del texto constitucional, que se aplicaría en todo caso de estados de excepción y no se aplicaría cuando éstos no se han declarado. Si no se han declarado estados de excepción, el DIH es clara y lógicamente aplicable, pues es posible que lleguen a ocurrir enfrentamientos armados o a surgir hostilidades o conflictos armados, sin la previa declaración de los estados de excepción, como está ocurriendo en la actualidad en Colombia.

Además, el DIH es aplicable y debe aplicarse también en tiempos de paz, cuando los Estados deben prepararse para los tiempos de conflictos armados, por medio de la adopción de medidas nacionales de aplicación, y cumpliendo con su obligación de difundir el DIH, como lo ordenan los

<sup>505</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, “Normas fundamentales del derecho internacional humanitario aplicables en los conflictos armados”, en *Normas fundamentales de los Convenios de Ginebra y de sus Protocolos Adicionales*, Ginebra, 1983, p. 7.

<sup>506</sup> Véase supra p. 78 y ss.

<sup>507</sup> Véase supra p. 106 y ss.

arts. 48/49/128/149 y 47/48/127/144, de igual texto pero de enumeración diferente en cada uno de los cuatro Convenios de Ginebra.<sup>508</sup>

El derecho humanitario debe aplicarse en condiciones de relativa normalidad, además porque en Colombia hay algo así como un estándar de conflicto armado interno que podríamos llamar *funcional*, en la medida en que no constituye un peligro inminente para la estabilidad de las instituciones o para la seguridad del Estado, que por eso mismo no requiere de la declaratoria del estado de excepción pero exige el respeto del derecho humanitario.<sup>509</sup>

Aún más, este respeto es de aplicación inmediata y directa:

...Las normas de aplicación del DIH son de aplicación inmediata y directa en los términos del artículo 85 de la nueva Carta Constitucional, en la medida en que las normas que hablan de manera taxativa de una vigencia inmediata de los derechos humanos, tienen un bien jurídico protegido que es idéntico en buena medida con el bien jurídico protegido por el derecho internacional humanitario. Baste pensar en el derecho a la vida, la prohibición de la tortura, etc., y en el peor de los casos, si se quiere, las normas sobre derecho internacional humanitario deben ser entendidas ellas mismas, como una reglamentación de esos artículos de la Carta para circunstancias de guerra. No creo que se requiera un tipo de desarrollo legislativo adicional; son de aplicación inmediata; constituyen una responsabilidad para los jueces y para el legislador en sus ámbitos específicos de competencia.<sup>510</sup>

“... [E]l derecho humanitario permite identificar, actualizar, ubicar y contrarrestar la mentalidad de guerra según la cual todo se vale, y

---

<sup>508</sup> Mauricio Hernández Mondragón, *Derecho internacional humanitario: su aplicación en Colombia*, Presidencia de la República, Consejería para los Derechos Humanos, Bogotá, 1992, pp. 66 y 67.

<sup>509</sup> Véase Iván Orozco Abad, “El derecho humanitario en la nueva Constitución Nacional”, en Comisión Andina de Juristas Seccional Colombiana, *Espacios internacionales para la justicia en Colombia*, vol. III, Bogotá, 1993, pp. 184 y 185.

<sup>510</sup> *Ibíd.*, p. 187.

contribuye a rescatar el verdadero sentido común<sup>511</sup>. El derecho humanitario "... constituye un verdadero patrimonio común de la humanidad, que, según su carácter universal, ha de proteger al mundo contra un caos total y contra atrocidades sin límite"<sup>512</sup>.

---

<sup>511</sup> Gustavo Gallón Giraldo, "El derecho internacional humanitario en el contexto del conflicto armado: los riesgos del derecho humanitario", en Álvaro Villarraga Sarmiento, *Derecho Internacional humanitario aplicado. Casos de Colombia, El Salvador, Guatemala, Yugoslavia y Ruanda*, Tercer Mundo Editores, Colombia, 1998, p. 323.

<sup>512</sup> Gérard Peytrignet, "Sistemas internacionales de protección de la persona humana: el derecho internacional humanitario (DIH), ob. cit., p. 18.

## CAPÍTULO II

### *Las infracciones*

Los combatientes evidencian una discrepancia muy grande entre su conocimiento de las normas humanitarias y su poca intención de respetarlas en caso de eventuales hostilidades. ...La diferencia que hay entre reconocer y aplicar las normas se debe a una serie de mecanismos que conducen al combatiente a abdicar de sus compromisos morales y a cometer violaciones del DIH. La abdicación moral de los combatientes es principalmente el fruto de: 1) las justificaciones de las violaciones y 2) la deshumanización del enemigo. ...El proceso de abdicación moral no sólo es gradual, sino que también determina comportamientos que sacan fuerzas de las acciones pasadas para futuras acciones.<sup>1</sup>

Estas afirmaciones hacen parte de los resultados de un estudio sobre el origen del comportamiento en la guerra realizado por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). De ahí que ante el abismo entre la prédica y la práctica del derecho humanitario, una de las conclusiones del estudio señale que uno de los medios más efectivos para lograr que se respete mejor es sancionar las infracciones al derecho humanitario.<sup>2</sup>

Las infracciones al derecho humanitario no sólo representan una de las realidades más frecuentes en los conflictos armados, sino que su sanción es uno de sus mayores desafíos. Los diferentes marcos normativos han diseñado varias posibilidades de sancionar dichas infrac-

---

<sup>1</sup> Daniel Muñoz Rojas y Jean-Jacques Fresard, “El origen del comportamiento de la guerra: comprender y prevenir las violaciones del DIH”, CICR, Ginebra, 2004, pp. 8 a 10.

<sup>2</sup> *Ibíd.*, pp. 15 y 16.

ciones: la tipificación de las infracciones de los Convenios de Ginebra de 1949 y del Protocolo I de 1977 como delitos en las legislaciones internas de cada Estado; la sanción de algunas infracciones graves al derecho humanitario y otras violaciones de las leyes o prácticas de la guerra por parte de los tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia, Ruanda y Sierra Leona; la aplicación del principio de la jurisdicción universal que impone a los Estados el deber de castigar las infracciones graves al derecho humanitario;<sup>3</sup> la aplicación del principio de la jurisdicción internacional por parte de la comunidad internacional que le permite a la Corte Penal Internacional la investigación y el juzgamiento de crímenes de guerra. Tanto la complementariedad de estos diferentes modelos normativos como la cooperación entre Estados<sup>4</sup> son fundamentales para que las sanciones sean efectivas.

<sup>3</sup> “Las llamadas ‘graves infracciones’ que enumeran los Convenios de Ginebra de 1949 –que son crímenes de guerra– imponen el ejercicio de esta clase de jurisdicción como deber legalmente exigible”. Hugo Relva, “La implementación del Estatuto de Roma y el principio de jurisdicción universal”, en José A. Guevara y Tarcisio dal Maso, *La Corte Penal Internacional: una visión iberoamericana*, Porrúa, Universidad Iberoamericana, México, 2005, p. 953. Los siguientes instrumentos de derecho humanitario contienen cláusulas en las que está prevista la jurisdicción universal para la represión y sanción de algunas de sus infracciones: las Convenciones de Ginebra 1949, el Protocolo I de 1977, el Convenio de La Haya de 1954, el Protocolo II de 1999 a este Convenio de La Haya. Esperanza Orihuela Catalayud, “Aplicación del derecho internacional humanitario por las jurisdicciones nacionales”, en Javier F. Quel López (ed.), *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Colección Escuela Diplomática, núm. 4, Escuela Diplomática y Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Madrid, 2000, pp. 245-246. Según el *Customary International Humanitarian Law*, es norma consuetudinaria para conflictos armados internacionales y no internacionales, la siguiente: “Norma 157. Los Estados tienen derecho a conferir a sus tribunales nacionales jurisdicción universal en materia de crímenes de guerra”. Véase International Committee of the Red Cross, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Rules, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. 604 a 607.

<sup>4</sup> Según el *Customary International Humanitarian Law*, es norma consuetudinaria para conflictos armados internacionales y no internacionales, la siguiente: “Norma 161. Los Estados se esforzarán en cooperar todo lo posible entre ellos a fin de facilitar la investigación de los crímenes de guerra y el enjuiciamiento de los imputados”. Véase International Committee of the Red Cross, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Rules, ob. cit., pp. 618 a 621.

La denominación de las infracciones es diferente de conformidad con las normas que las consagran. En los Convenios de Ginebra de 1949, y en el Protocolo I de 1977 se llaman infracciones o infracciones graves. En los estatutos de los tribunales penales internacionales se llaman también infracciones graves pero algunas son denominadas violaciones. En el Estatuto de la Corte Penal Internacional se entienden como crímenes de guerra algunas infracciones graves al derecho humanitario y otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados. En el Código Penal colombiano se llaman delitos. En el Código Disciplinario Único se llaman violaciones graves. Esta es una simple diferenciación semántica que no significa una mayor o menor importancia en su calificación.<sup>5</sup>

El punto de partida de sancionar esas infracciones surge del comportamiento irreprochable que deben tener los combatientes y quienes participan en las hostilidades de respetar las normas humanitarias. Su origen está vinculado con el derecho de llevar armas que se remonta al honor caballeresco: “los crímenes de guerra eran violaciones al honor que importaba el derecho mismo de portar armas”.<sup>6</sup>

En la primera parte de este capítulo se realizará una caracterización general de estas infracciones de acuerdo con las fuentes legales que las establecen, y en la segunda parte se hará una presentación más detallada de algunas de ellas.

## **1. Las infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 y del Protocolo I de 1977**

Los Convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales no establecen una jurisdicción penal internacional para juzgar los crímenes de guerra, como es el caso de otros instrumentos del derecho

---

<sup>5</sup> En el presente libro se usará la palabra infracción por ser más propia del derecho humanitario, y no violación que es una expresión más propia del derecho internacional de los derechos humanos.

<sup>6</sup> Alberto Luis Zuppi, *Jurisdicción Universal para crímenes contra el derecho internacional. El camino hacia la Corte Penal Internacional*, Editorial AD-HOC, Buenos Aires, 2002, p. 42.

internacional, como la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio (art. VI) y la Convención Internacional sobre la represión y castigo del crimen de *apartheid* (art. V). Esta competencia podría derivarse de un acuerdo entre Estados por intermedio de un tratado como es el caso del Estatuto de la Corte Penal Internacional, o por una decisión del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas como los tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda.

Lo que sí establecen los Convenios de Ginebra de 1949 es un esquema general de represión. Estos instrumentos, y el Protocolo I de 1977 por una parte tipifican algunas infracciones que deben ser sancionadas, y por la otra, señalan que son los Estados quienes deben tomar las medidas necesarias para hacer efectivas dichas sanciones.<sup>7</sup> Dichos instrumentos las denominan con el nombre de infracciones graves, y son las que de manera más seria atentan contra los principios del derecho humanitario. Estas infracciones están contempladas en el artículo 50 del Convenio I, artículo 51 del Convenio II, artículo 130 del Convenio III, artículo 147 del Convenio IV, y artículos 11, 85 y 86 del Protocolo I de 1977. Las infracciones expresamente establecidas pueden sistematizarse de la siguiente manera:

Las contenidas en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949:

- El homicidio intencional.
- La tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos.
- Causar de manera deliberada grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud.

---

<sup>7</sup> En las siguientes páginas no se va a hacer referencia al derecho procesal de la guerra que plantea como problemas fundamentales los de los tribunales que han de juzgar las infracciones, la competencia de los mismos y el procedimiento que se ha de seguir. Sobre este particular puede verse José Luis Fernández Flores, "La represión de las infracciones del derecho de la guerra cometidas por individuos", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 105, Ginebra, mayo-junio de 1991, pp. 303 y ss.

Las contenidas en los Convenios I, II y III de Ginebra de 1949:

- La destrucción y la apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares y realizadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente.

Las contenidas en los Convenios III y IV de Ginebra de 1949:

- Forzar a un cautivo o coaccionar a una persona protegida a servir en las fuerzas armadas de la potencia enemiga.
- Privar a un cautivo o a una persona protegida de su derecho a ser juzgada legítima e imparcialmente según los Convenios.

Las contenidas en el Convenio IV de Ginebra de 1949:

- Las deportaciones y los traslados ilegales.
- La detención ilegal.
- La toma de rehenes.

Las contenidas en el Protocolo I de 1977:

- La acción u omisión deliberada que ponga gravemente en peligro la salud o la integridad física o mental de toda persona en poder de Parte distinta de la que depende.
- Las infracciones graves de los Convenios contra las personas en poder de una Parte adversa protegidas por los artículos 44, 45 y 73 del Protocolo, y contra los heridos, los enfermos y los náufragos de la Parte adversa, o contra el personal sanitario o religioso, y las unidades y los medios de transporte sanitario bajo el control de la Parte adversa igualmente.
- Las acciones intencionales en violación del Protocolo que causen la muerte o atenten gravemente contra la integridad física o la salud, consistentes en: a) ataques contra la población civil; b) ataques indiscriminados contra la población civil o los bienes civiles; c) ataques contra las obras o instalaciones que contengan fuerzas peligrosas; d) ataques contra localidades no

defendidas y zonas desmilitarizadas; e) ataques contra personas fuera de combate; y f) uso pérfido de los signos protectores reconocidos.

- Los actos que se cometan intencionadamente en violación de los Convenios o del Protocolo, consistentes en: a) traslado por la Potencia ocupante de parte de su población o territorio ocupado y traslados o deportaciones de la totalidad o parte de la población del territorio ocupado dentro de éste o fuera de él; b) demora en la repatriación de prisioneros de guerra o de personas civiles; c) prácticas de *apartheid* u otras inhumanas de discriminación racial; d) ataques contra monumentos históricos, obras de arte o lugares de culto; y e) privación a una persona protegida por los Convenios o el Protocolo de su derecho de ser juzgada legítima e imparcialmente.
- También son infracciones graves las que resultan del incumplimiento de un deber de actuar.<sup>8</sup>

Este listado no es taxativo y pueden existir otras infracciones que puedan ser calificadas de graves e incluso otras que no tengan dicha calificación. “Los Convenios hacen, pues, la distinción entre las infracciones graves y las demás infracciones: cualquier comportamiento contrario a sus disposiciones constituye una infracción”.<sup>9</sup> “La mayoría de las violaciones de los Convenios de Ginebra y los Protocolos adicionales no son infracciones graves”.<sup>10</sup> Aunque la gravedad está determinada por la seriedad de la infracción, dicha evaluación no deja de ser subjetiva, tal vez por esta razón, como se verá más adelante, muchos códigos penales nacionales como el colombiano

<sup>8</sup> José Luis Fernández Flores, “La represión de las infracciones del derecho de la guerra cometidas por individuos”, ob. cit., pp. 286 y 287.

<sup>9</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, *Comentarios del Protocolo de 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)*, tomo II, Plaza y Janés, Bogotá, 2000, párr. 3401.

<sup>10</sup> Roy Gutman y David Rieff, *Crímenes de guerra, lo que debemos saber*, Random House Mondadori, S.L., Barcelona, 2003, p. 146.

no tienen en cuenta este criterio para calificar los delitos. Los tribunales penales internacionales han señalado que:

...la violación debe ser “grave”, es decir, debe constituir la infracción de una norma que protege valores importantes, y debe implicar graves consecuencias para la víctima. Así, por ejemplo, el hecho de que un combatiente se apropie de una lonja de pan en una aldea ocupada, no ascendería a “violación grave del derecho internacional humanitario”, aunque puede concernir al principio básico establecido en el artículo 46, parágrafo 1, del derecho de La Haya (y de la regla correspondiente de derecho internacional consuetudinario), por lo tanto, la “propiedad privada debe ser respetada” por cualquier ejército que ocupa un territorio enemigo.<sup>11</sup>

El complemento nacional a la tipificación de las anteriores infracciones es la labor de cada Estado, según lo destacan los artículos 49 del Convenio I, 50 del Convenio II, 129 del Convenio III y 146 del Convenio IV:

Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio... Cada Parte Contratante tomará las oportunas medidas necesarias para que cesen, aparte de las infracciones graves... los actos contrarios a las disposiciones del presente Convenio.

El numeral 1º del artículo 85 del Protocolo I de 1977 dice que las disposiciones de los Convenios “son aplicables a la represión de las infracciones y de las infracciones graves del presente Protocolo”, y

---

<sup>11</sup> Tribunal Penal Internacional de la antigua Yugoslavia, caso Tadic, decisión del 2 de octubre de 1995, segunda instancia, párr. 94. Traducción no oficial de Rafael A. S. Prieto Sanjuán, “Tadic: internacionalización de conflictos internos y responsabilidad individual”, Pontificia Universidad Javeriana, Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá, 2005, p. 144. En este mismo sentido *ibíd.*, p. 147.

el numeral 1º del artículo 86 del mismo instrumento señala que “[l]as Altas Partes Contratantes y las Partes en conflicto deberán reprimir las infracciones graves y adoptar las medidas necesarias para que cesen todas las demás infracciones de los Convenios o del presente Protocolo que resulten del incumplimiento de un deber de actuar”.<sup>12</sup>

Las infracciones graves presentan dos particularidades. La primera es el deber de las Partes Contratantes de tomar todas las medidas legislativas necesarias para determinar las sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido u ordenado cometer una de esas infracciones. La segunda es que esas infracciones están sometidas a la jurisdicción universal. Cada Parte Contratante deberá buscar a las personas inculpadas de haber cometido u ordenado cometer cualquier infracción grave. De conformidad con el principio *aut dedere aut iudicare* deberá o bien hacerlas comparecer ante sus propios tribunales, sea cual sea su nacionalidad, o bien, si así lo prefiere, y según las condiciones previstas por su propia legislación, entregarlas –para que sean juzgadas– a otra Parte Contratante que esté interesada en el enjuiciamiento y que haya admitido cargos suficientes contra dichas personas. Sean cuales fueren las normas contenidas en la legislación penal o en la legislación relativa a cada Parte Contratante, la jurisdicción universal establece una alternativa que no debe permitir ninguna escapatoria.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> Según el *Customary International Humanitarian Law*, es norma consuetudinaria para conflictos armados internacionales y no internacionales, la siguiente: “Norma 158. Los Estados deberán investigar los crímenes de guerra presuntamente cometidos por sus ciudadanos o sus fuerzas armadas, así como en su territorio, y encausar, si procede, a los imputados. Deberán asimismo investigar otros crímenes de guerra que sean de su competencia y encausar, si procede, a los imputados”. Véase International Committee of the Red Cross, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Rules, ob. cit., pp. 607 a 611.

<sup>13</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, *Comentarios del Protocolo de 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)*, tomo II, ob. cit., párr. 3403.

“En algunas oportunidades se ha confundido el significado del principio con otra regla del derecho internacional a la que se encuentra íntimamente vinculada: la regla *aut dedere aut iudicare* (o juzgas o extraditas). La primera, ... en atención a la naturaleza del crimen, atribuye jurisdicción a cualquier Estado sin importar

Además,

Los Convenios de Ginebra de 1949 prohíben a los Estados exonerarse de culpa solos o mutuamente con respecto a su responsabilidad en las infracciones graves de los Convenios de Ginebra (GI art. 51; GIII art. 131; GIV art. 148). Los Estados, comprometidos con la sanción de estas infracciones graves, no pueden proceder a declarar la amnistía con respecto a estos crímenes a través de una ley nacional, ni en el marco de la firma de acuerdos de paz.<sup>14</sup>

“La responsabilidad internacional del individuo por infracciones graves del Derecho Internacional Humanitario quedó claramente establecida en el Estatuto y en las sentencias del Tribunal de Nuremberg”.<sup>15</sup> Según el *Customary International Humanitarian Law*, son normas consuetudinarias para conflictos armados internacionales y no internacionales, en relación con la responsabilidad individual, las siguientes:

Norma 151. Las personas que cometen crímenes de guerra son penalmente responsables de ellos.

Norma 152. Los jefes y otros mandos superiores son penalmente responsables de los crímenes de guerra cometidos en cumplimiento de sus órdenes.

---

las circunstancias en que el mismo haya sido cometido; la segunda impide que un Estado sustraiga a una persona presuntamente responsable de un crimen de derecho internacional de su juzgamiento, mediante la imposición del deber de juzgarla ante sus propios tribunales (lo que en muchos casos acarreará necesariamente el ejercicio de la jurisdicción universal) o extraditarla a otro Estado para su juzgamiento o entregarla a un tribunal internacional a iguales efectos”. Hugo Relva, “La implementación del Estatuto de Roma y el principio de jurisdicción universal”, José A. Guevara y Tarcisio dal Maso, *La Corte Penal Internacional: una visión iberoamericana*, ob. cit., p. 951.

<sup>14</sup> Bouchet-Saulnier, *Diccionario práctico de derecho humanitario*, Ediciones Península, Barcelona, 2001, p. 59.

<sup>15</sup> Esperanza Orihuela Catalayud, “Aplicación del derecho internacional humanitario por las jurisdicciones nacionales”, en Javier F. Quel López (ed.), *Creación de una jurisdicción penal internacional*, ob. cit., p. 243.

Norma 153. Los jefes y otros mandos superiores son penalmente responsables de los crímenes de guerra cometidos por sus subordinados si sabían, o deberían haber sabido, que éstos iban a cometer o estaban cometiendo tales crímenes y no tomaron todas las medidas razonables y necesarias a su alcance para evitar que se cometieran o, si ya se habían cometido, para castigar a los responsables.

Norma 154. Los combatientes tienen la obligación de desobedecer una orden que es manifiestamente ilícita.

Norma 155. La obediencia a la orden de un superior no exime a un subordinado de su responsabilidad penal si sabía que el acto ordenado era ilícito o debería haberlo sabido porque su ilicitud era manifiesta.<sup>16</sup>

El Principio VI de derecho internacional reconocido por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nüremberg, aprobado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en 1950, señala en su literal b que son delitos contra la guerra:

Las violaciones de las leyes o usos de la guerra, que comprenden, sin que esta enumeración tenga carácter limitativo, el asesinato, el maltrato, o la deportación para trabajar en condiciones de esclavitud o con cualquier otro propósito, de la población civil de territorios ocupados o que en ellos se encuentre, el asesinato o el maltrato de prisioneros de guerra o de personas que se hallen en el mar, la ejecución de rehenes, el saqueo de la propiedad pública o privada, la destrucción injustificable de ciudades, villas o aldeas, o la devastación no justificada por las necesidades militares.

La imprescriptibilidad de los crímenes de guerra es una norma consuetudinaria en vías de consolidación.<sup>17</sup> Los “Principios y direc-

---

<sup>16</sup> Véase International Committee of the Red Cross, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Rules, ob. cit., pp. 551a-567.

<sup>17</sup> Micaela Frulli, “El derecho internacional y los obstáculos a la implementación de la responsabilidad penal por crímenes internacionales”, en Antonio Cassese y Mirella Delmas-Marty (eds.), *Crímenes internacionales y jurisdicciones internacionales*, Norma, Bogotá, 2004, p. 358. Para algunos autores ya es una norma consuetudinaria y una norma general del derecho internacional, por ejemplo

trices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones a las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, señala en su numeral IV: “Cuando así se disponga en un tratado aplicable o forme parte de otras obligaciones jurídicas internacionales, no prescribirán... las violaciones graves del derecho internacional humanitario que constituyan crímenes en virtud del derecho internacional”. La Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, instrumento que entró en vigor el 11 de noviembre de 1970 y que hasta la fecha no ha sido firmada ni ratificada por el Estado colombiano, establece:

Artículo I. Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido:

- a) Los crímenes de guerra según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, del 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) del 13 de febrero de 1946 y 95 (I) del 11 de diciembre de 1946, sobre todo las “infracciones graves” enumeradas en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra.

Las infracciones graves se consideran crímenes de guerra (numeral 5 del artículo 85 del Protocolo I de 1977)<sup>18</sup> y tienen como un

---

véase Raúl Emilio Vinuesa, “La aplicación del derecho internacional humanitario por los tribunales nacionales: la extradición de criminales de guerra (a propósito del caso “Priebke, Erich/solicitud de extradición”, causa 1663/94)”, en Gabriel Pablo Valladares (comp.), *Lecciones y ensayos, derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 346. Según el *Customary International Humanitarian Law*, es norma consuetudinaria para conflictos armados internacionales y no internacionales, la siguiente: “Norma 160. Las leyes de prescripción no se aplican a los crímenes de guerra”. Véase International Committee of the Red Cross, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Rules, ob. cit., pp. 614 a 618.

<sup>18</sup> Según el *Customary International Humanitarian Law*, es norma consuetudinaria para conflictos armados internacionales y no internacionales, la siguiente: “Norma 156. Las violaciones graves del derecho internacional humanitario consti-

elemento constitutivo la intención, y además para los ataques indiscriminados, el elemento del conocimiento previo de los resultados previsibles:<sup>19</sup> “...El autor ha de haber actuado con conciencia y voluntad, es decir, representándose su acto y sus resultados y queriéndolos (“intención criminal” o “dolo penal”); esto engloba la noción de “dolo eventual”, o sea, la actitud de un autor que, sin estar seguro de que se produzca el resultado, lo acepta si se produce”.<sup>20</sup> En los Convenios de Ginebra de 1949 y en el Protocolo I de 1977 no se consagra la tentativa de las infracciones graves,<sup>21</sup> aspecto que sí se puede reprimir en las legislaciones nacionales<sup>22</sup> y que está consagrado expresamente en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (art. 25).

## **2. Las infracciones y violaciones de los estatutos de los tribunales penales internacionales**

Otro paso importante en la sanción de las infracciones del derecho humanitario fue el dado por los tribunales penales internacionales que se crearon en la década de los noventa del siglo XX.<sup>23</sup> Con su creación, los procedimientos de represión del derecho humanitario empezaron a cobrar protagonismo<sup>24</sup>, y hoy por hoy existen diferentes modelos de justicia internacional: tribunales internacionales

---

tuyen crímenes de guerra”. Véase International Committee of the Red Cross, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Rules, ob. cit., pp.568 a 603.

<sup>19</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, *Comentarios del Protocolo de 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)*, tomo II, ob. cit., párr. 1934.

<sup>20</sup> *Ibíd.*, párr. 3474.

<sup>21</sup> *Ibíd.*, párr. 3414.

<sup>22</sup> *Ibíd.*, párr. 3416.

<sup>23</sup> Sobre este tema puede consultarse Fernando Pignatelli Meca, “El derecho penal internacional. Los tribunales internacionales de crímenes de guerra”, en José Luis Rodríguez-Villasante Prieto (coord.), *El derecho internacional humanitario ante los retos de los conflictos armados actuales*, Fundación Rafael del Pino, Cruz Roja Española, Madrid, 2006, pp. 503-530.

<sup>24</sup> Joaquín Cáceres Brun, “Aspectos destacados en la aplicación del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos”, en Gabriel Pablo Valladares

como el Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia y el Tribunal Penal para Ruanda; tribunales híbridos como el Tribunal Especial para Sierra Leona; tribunales nacionales internacionalizados como los jueces internacionales para las Cortes Nacionales en Kosovo; los Paneles Especiales para crímenes graves en Timor Oriental; las Cortes Extraordinarias para juzgar crímenes graves en Camboya, y la Cámara Especial para crímenes de guerra en la Corte Estatal de Bosnia y Herzegovina; y tribunales especialmente asistidos como el Tribunal Especial Iraquí. En la elección de los modelos de justicia internacional influyen factores tales como la capacidad doméstica, la etapa de transición, el tipo de conflicto, la disponibilidad de mecanismos de detención, la necesidad de reemplazar las estructuras de amnistías existentes, y el alcance de la participación de los actores internacionales en el proceso de paz.<sup>25</sup> A continuación se hará una breve referencia a los tribunales penales internacionales.

El primer tribunal penal creado fue el de la antigua Yugoslavia, y en su Estatuto de manera expresa se consagraron las siguientes transgresiones al derecho humanitario:

Artículo 2. Infracciones graves a la Convención de Ginebra de 1949

El Tribunal Internacional está habilitado para perseguir a las personas que cometan o den la orden de cometer infracciones graves a la Convención de Ginebra del 12 de agosto de 1949, a saber, los siguientes actos dirigidos contra personas o bienes protegidos por los términos de las disposiciones de dicha Convención:

- a) El homicidio intencionado;
- b) La tortura o los tratamientos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos;

---

(comp.), *Lecciones y ensayos. Derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas*, Lexis Nexis Abeledo Perrot, CICR, Buenos Aires, 2003, p.58.

<sup>25</sup> Véase Carsten Stahn, *La geometría de la justicia transicional: opciones de diseño institucional*, en Angelika Rettberg (comp.), *Entre el perdón y el paredón, preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Universidad de Los Andes, Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Ciencia Política, Bogotá, 2005, pp. 81 a 142.

- c) Causar grandes sufrimientos intencionadamente, o atentar gravemente contra la integridad física o la salud;
- d) La destrucción y la apropiación de bienes no justificada por necesidades militares, ejecutadas de forma ilícita e innecesaria a gran escala;
- e) Obligar a un prisionero o a un civil a servir en las fuerzas armadas enemigas;
- f) Privar a un prisionero de guerra o a un civil de su derecho a ser juzgado de forma legítima e imparcial;
- g) La expulsión o el traslado ilegal de un civil o su detención ilegal;
- h) La toma de civiles como rehenes.

### Artículo 3. Violaciones de las leyes o prácticas de guerra

El Tribunal Internacional tiene competencia para perseguir a las personas que cometan violaciones de las leyes o prácticas de guerra. Tales violaciones comprenden, sin que esto impida reconocerse otras, las siguientes:

- a) El empleo de armas tóxicas o de otras armas concebidas para causar sufrimientos inútiles;
- b) La destrucción sin motivo de ciudades y pueblos, o la devastación no justificada por exigencias militares;
- c) El ataque o los bombardeos, por cualquier medio, de ciudades, pueblos, viviendas o edificios no defendidos;
- d) La toma, destrucción o daño deliberado de edificios consagrados a la religión, a la beneficencia y a la enseñanza, a las artes y a las ciencias, a los monumentos históricos, a las obras de arte y a las obras de carácter científico;
- e) El pillaje de bienes públicos o privados.

El artículo 2 establece las transgresiones establecidas en el derecho convencional, en particular de los Convenios de Ginebra de 1949, y el artículo 3 establece las violaciones de las leyes y costumbres de la guerra<sup>26</sup> que venían siendo consideradas por el derecho

---

<sup>26</sup> "... La expresión 'violaciones de las leyes y costumbres de la guerra' es un término técnico tradicional usado en el pasado, cuando los conceptos de 'guerra' y 'leyes de la guerra' todavía prevalecían, antes que fueran sustituidos en gran par-

consuetudinario. Este último artículo es un avance importante ya que intenta sistematizar prácticas recurrentes que desconocen el derecho humanitario.

Sin embargo, la gran contribución ofrecida por este Tribunal Penal Internacional no fue tanto esta consagración normativa sino su desarrollo jurisprudencial. Uno de sus aportes más significativos es el de señalar desde su primera decisión que pueden predicarse infracciones graves en conflictos armados no internacionales:

En el fiscal contra Tadic, el Tribunal aceptó el principio según el cual sólo se cometen “infracciones graves” –equiparables, ahora a los “crímenes de guerra”– durante los conflictos armados internacionales (aunque el juez Abi-Saab, en opinión separada, señaló que hay “argumentos sólidos” para sostener que dichos crímenes también se pueden cometer durante los conflictos internos). Sin embargo, en la misma decisión, la sala de apelación declaró, basándose en la práctica de los Estados, que la disposición del Estatuto del Tribunal que se refiere a las violaciones del derecho o costumbres de la guerra es aplicable a los conflictos armados tanto internos como internacionales.<sup>27</sup>

La doctrina venía sosteniendo que aunque el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 guardaba silencio sobre la represión a las transgresiones del derecho humanitario, se estimaba que como las prohibiciones que describía estaban consagradas en los Convenios de Ginebra de 1949 como infracciones graves, y se come-

---

te por dos nociones más amplias: (i) la de ‘conflicto armado’, introducido esencialmente por los Convenios de Ginebra de 1949; y (ii) la noción correlativa de ‘derecho internacional de los conflictos armados’; o la noción más reciente y más comprensiva de ‘derecho internacional humanitario’, el cual ha emergido como resultado de la influencia de las doctrinas de derechos humanos en el derecho de los conflictos armados ...”. Tribunal Penal Internacional de la antigua Yugoslavia, caso Tadic, decisión del 2 de octubre de 1995, segunda instancia, párr. 87. Traducción no oficial de Rafael A. S. Prieto Sanjuán, “Tadic: internacionalización de conflictos internos y responsabilidad individual”, ob. cit., p. 139.

<sup>27</sup> John Dugard, “Salvando la distancia entre los derechos humanos y el derecho humanitario: la sensación de los infractores”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 147, septiembre de 1998, p. 489.

tían contra personas protegidas por esta disposición, se estaba ante dichas infracciones. Oppenheim calificaba de crímenes de guerra estas infracciones al artículo 3 común: “el crimen de guerra es un abuso de fuerza que se produce dentro de las circunstancias materiales creadas por un conflicto armado internacional o interno”.<sup>28</sup> Desde antes en otros contextos se venía señalando que se podrían predicar infracciones graves del derecho humanitario en conflictos armados no internacionales. Por ejemplo, la Misión de Observadores de las Naciones Unidas en El Salvador (Onusal), en su primer informe estableció una tipología de las infracciones del derecho internacional humanitario e indicó que la verificación tendría en cuenta las infracciones a las normas de conducta sobre el trato humano y sobre la protección de la población civil.<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> Véase Hernán Montealegre, *La seguridad del Estado y los derechos humanos*, Academia de Humanismo Cristiano, Santiago de Chile, 1981, pp., 324 y ss. También en este sentido, Carlos Chipoco, *En defensa de la vida: ensayos sobre derechos humanos y derecho humanitario*, Centro de Estudios y Publicaciones, Lima, 1992, pp. 143 a 148.

<sup>29</sup> Tipología de infracciones a las normas que prescriben el trato humano: 1) Atentados contra la vida, la salud e integridad física o mental (homicidios, tratos crueles, torturas, mutilaciones, penas corporales). 2) Atentados contra la dignidad personal (tratos humillantes y degradantes, violación, atentado al pudor). 3) Amenazas de realizar estos actos. 4) Reclutamiento o participación en las hostilidades de menores de 15 años. 5) Malos tratos a personas privadas de libertad. 6) Imposición de condenas o penas sin sentencia de tribunal independiente o imparcial. 7) Falta de protección y asistencia a heridos y enfermos. 8) Falta de protección al personal sanitario y religioso. 9) Falta de protección a unidades y medios de transporte sanitario. 10) Otros actos prohibidos. Tipología de infracciones a la protección de la población civil: 1) Ataques a la población civil. 2) Ataques indiscriminados, desproporcionados, sin precauciones. Represalias. 3) Actos o amenazas de violencia. 4) Ataques a bienes indispensables para la supervivencia. 5) Obstaculización a las acciones de socorro. 6) Desplazamientos arbitrarios. 7) Otros actos prohibidos. Véase Rodolfo Mattarollo, “La verificación internacional en El Salvador. Una experiencia de terreno”, en *Espacios internacionales para la justicia colombiana*, vol. II, Comisión Andina de Juristas Seccional Colombiana, Bogotá, 1993, pp. 160 y 161. El primer informe de la misión de Onusal es el A/45/1055/S23037 del 16 de septiembre de 1991. Los párrafos 39 a 52 tratan sobre las categorías de casos y situaciones. El primer informe de la Defensoría del Pueblo utiliza esta tipología, véase Jaime Córdoba Triviño, *En defensa de la población civil: informe sobre infracciones del derecho internacional*

...[L]a caracterización del conflicto que posteriormente hizo el Tribunal, en el caso Tadic y su propia interpretación de la normativa aplicable significaron una novedosa extensión del concepto de crímenes de guerra y una importante confirmación judicial de que las violaciones cometidas en conflictos armados no internacionales también constituyen crímenes de guerra. Con relación a la naturaleza misma del conflicto, la sala de Apelaciones consideró que el conflicto en la antigua Yugoslavia revestía aspectos tanto internos como internacionales que debían ser considerados por las salas de juicio de manera de determinar en cada caso particular su carácter interno o internacional.<sup>30</sup>

En el caso Celebici la sala de Juicio del mismo Tribunal se preguntó si no existía la posibilidad de reconocer que el derecho consuetudinario hubiese desarrollado las disposiciones de los Convenios de Ginebra sobre graves infracciones para hacerlas aplicables también a los conflictos internos.<sup>31</sup>

...[H]a sido obra de la Sala de Apelaciones la primera condena por violaciones graves del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y del Protocolo Adicional II de 1977. Esta condena se produjo en la sen-

---

*humanitario en 1992*, Defensoría del Pueblo, Serie de documentos 6, Bogotá, agosto de 1993, pp. 35 a 38.

<sup>30</sup> Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, *Prosecutor v. Tadic*, case IT-94.AR72, Appeal on Jurisdiction, 2 of October 1995, párr. 77, citado en Silvia A. Fernández de Gurmendi, "El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: extensión de los crímenes de guerra a los conflictos armados de carácter no internacional y otros desarrollos relativos al derecho internacional humanitario", en Gabriel Pablo Valladares (comp.), *Lecciones y ensayos. Derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas*, ob. cit., p. 395.

<sup>31</sup> Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, *Prosecutor v. Delalic et al. (Celebici case)*, judgement, case IT-96-21-T, T.Ch.IIqtr, 16 November 1998, párr. 202.235, citado en *ibíd.*, p. 396. "Respecto a si existe una norma internacional de naturaleza consuetudinaria que declare la responsabilidad penal del individuo por la violación de las normas que rigen en los conflictos armados internos, el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia ha obrado más con voluntarismo que con acierto". Véase Juan Bautista Delgado Cánovas, *El derecho internacional humanitario a la luz del Estatuto y de la jurisprudencia del tribunal penal para la antigua Yugoslavia*, Editorial Comares, Granada, 2000, pp. 131 y ss.

tencia en apelación del 26 de mayo de 2003, en el asunto el fiscal contra el Sr. Georges Rutaganda, al modificar la Sala las consideraciones de la Sala de Primera Instancia que declaraban que la fiscal no había logrado probar más allá de la duda razonable el vínculo necesario entre la conducta criminal del acusado y el conflicto armado interno.<sup>32</sup>

Sin embargo, es el Tribunal Penal Internacional para Ruanda quien da un salto en esta materia al considerar de manera explícita en su Estatuto como crímenes de guerra las violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el marco de conflictos armados no internacionales:<sup>33</sup>

Artículo 4º Violaciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y del Protocolo Adicional II de los Convenios.

El Tribunal Internacional para Rwanda tendrá competencia para enjuiciar a las personas que cometan u ordenen la comisión de graves violaciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados y del Protocolo Adicional II de los Convenios, de 8 de junio de 1977. Dichas violaciones comprenderán los actos siguientes, sin que la lista sea exhaustiva:

- a) Los actos de violencia contra la vida, la salud y el bienestar físico o mental de las personas, especialmente el homicidio y el trato cruel como la tortura, la mutilación o cualquier otra forma de castigo corporal;
- b) Los castigos colectivos;
- c) La toma de rehenes;
- d) Los actos de terrorismo;

---

<sup>32</sup> María Torres Pérez y Franch Valentín Bou, *La contribución del Tribunal internacional penal para Ruanda a la configuración jurídica de los crímenes internacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 416.

<sup>33</sup> Véase Silvia A. Fernández de Gurmendi, "El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: extensión de los crímenes de guerra a los conflictos armados de carácter no internacional...", ob. cit., p. 396.

- e) Los ultrajes a la dignidad personal, en particular los tratos humillantes o degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier otra forma de agresión indecente;
- f) El saqueo;
- g) La aprobación de sentencias y la realización de ejecuciones sin un fallo previo pronunciado por un tribunal constituido regularmente y que haya ofrecido todas las garantías judiciales consideradas indispensables por los pueblos civilizados;
- h) Las amenazas de perpetración de cualquiera de los actos precedentes.

El Tribunal Penal Internacional para Ruanda es el primer tribunal de carácter internacional con competencia material para conocer de las infracciones al derecho internacional humanitario en conflictos armados no internacionales<sup>34</sup> y, por consiguiente, se puede afirmar sin tapujos la existencia de la responsabilidad penal internacional de los individuos por violación de las normas del derecho humanitario aplicable a los conflictos armados internos.<sup>35</sup>

En una jurisprudencia, este Tribunal ha definido los requisitos que deben concurrir para que pueda existir una infracción al artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 y del Protocolo II de 1977. Esos requisitos que conforman el test de aplicabilidad son los siguientes: “1) el carácter no internacional del conflicto armado; 2) La existencia de un nexo entre el acusado y las fuerzas armadas; 3) el

---

<sup>34</sup> Véase María Torres Pérez y Franch Valentín Bou, *La Contribución del Tribunal internacional penal para Ruanda a la configuración jurídica de los crímenes internacionales*, ob. cit., p. 400.

<sup>35</sup> “La decisión del Consejo de Seguridad de crear el Tribunal Penal para Ruanda que introduce el concepto de crimen de guerra en los conflictos armados internos y cuya jurisdicción se basa en estos conceptos, las decisiones del Tribunal Penal de la ex Yugoslavia, e incluso las opiniones doctrinales vertidas antes y después de la creación de estos Tribunales ad hoc, permiten contar con una base suficiente para afirmar que hemos atravesado un periodo de cambio en la forma de entender la responsabilidad internacional penal del individuo por infracciones del Derecho Internacional Humanitario y su represión”. Esperanza Orihuela Catalayud, “Aplicación del derecho internacional humanitario por las jurisdicciones nacionales”, ob. cit., p. 251.

requisito *ratione loci*; 4) la clase de víctimas; 5) La existencia de un nexo entre la conducta delictiva y el conflicto armado”.<sup>36</sup>

Otro de los aportes de la jurisprudencia de ambos tribunales es la creación de importantes precedentes para la sanción de actos de violencia sexual.<sup>37</sup> Como se verá más adelante, sus decisiones en esta materia han sido fundamentales.

También en el Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona se consagran infracciones al derecho humanitario en conflictos armados no internacionales:

Artículo 3. Infracciones del artículo 3 comunes a los Convenios de Ginebra y del Protocolo Adicional II

El Tribunal Especial estará facultado para someter a juicio a quienes hayan cometido u ordenado la comisión de infracciones graves del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, relativas a la protección de las víctimas de los conflictos armados y del Protocolo Adicional II de los Convenios, de 8 de junio de 1977. Las infracciones incluirán:

- a) Los actos de violencia contra la vida, la salud o la integridad física o mental, en particular el asesinato, y tratos crueles tales como la tortura, la mutilación o cualquier otra forma de castigo corporal;
- b) Las sanciones colectivas;
- c) La toma de rehenes;
- d) Los actos de terrorismo;
- e) Los ultrajes contra la dignidad personal, en particular los tratos humillantes y degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado contra el pudor;
- f) El saqueo;

<sup>36</sup> Párr. 169 de la sentencia del 21 de mayo de 1999, en el asunto el fiscal contra el Sr. *Clément Kayishema* y el Sr. *Obed Ruzindana*, citado en María Teresa Torres Pérez y Franch Valentín Bou, *La Contribución del Tribunal internacional penal para Ruanda a la configuración jurídica de los crímenes internacionales*, ob. cit., p. 403.

<sup>37</sup> Silvia A. Fernández de Gurmendi, “El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: extensión de los crímenes de guerra a los conflictos armados de carácter no internacional...”, ob. cit., p. 405.

- g) Las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin sentencia previa pronunciada por un tribunal constituido regularmente y que haya ofrecido todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados;
- h) La amenaza de cometer cualquiera de los actos precedentes.

#### Artículo 4. Otras infracciones graves del derecho internacional humanitario

El Tribunal Especial estará facultado para someter a juicio a quienes hayan cometido las infracciones graves del derecho internacional humanitario que se indican a continuación:

- a) Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil en cuanto a tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades;
- b) Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, materiales, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles u objetos civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados;
- c) El secuestro o el reclutamiento forzado de niños menores de 15 años de edad para grupos o fuerzas armadas a los efectos de utilizarlos para participar activamente en las hostilidades.

Los aportes de estos tribunales internacionales han sido significativos:

Mientras los gobiernos temen que pueden realzar el estatuto de los rebeldes por el mero hecho de adherirse a tratados que ponen límites al trato que se puede dar a los rebeldes, el mejor medio para desarrollar el derecho no serán los tratados. Los tribunales penales internacionales para ex Yugoslavia y Ruanda tienen cometidos que, probablemente, les permitirá hacer más, y el primero ya ha emprendido significativas gestiones en ese sentido. Dado que la mayoría de los conflictos armados modernos, si no todos, son conflictos no internacionales, nunca se destacará demasiado

la importancia que tiene, en el ámbito humanitario, la continua mejora del derecho aplicable a estos conflictos.<sup>38</sup>

### **3. Los crímenes de guerra del Estatuto de la Corte Penal Internacional**

La Corte Penal Internacional tiene competencia respecto de los crímenes de genocidio, lesa humanidad, agresión y guerra. Aunque en este apartado sólo se va a hacer referencia a estos últimos, bien vale la pena señalar algunas características de la Corte que resultan comunes para los cuatro crímenes de su competencia y que, por tanto, son de relevancia para los crímenes de guerra.

En primer lugar, la Corte Penal Internacional es complementaria de las jurisdicciones penales nacionales (art. 1) y, por tanto, los Estados tienen el deber inicial de investigar y sancionar los crímenes de guerra, a menos que no quieran o no puedan (art. 17). En segundo lugar, el Estatuto de la Corte Penal Internacional establece la responsabilidad penal individual, y por esta razón tiene competencia respecto de las personas naturales mayores de dieciocho años (arts. 25 y 26). En tercer lugar, el Estatuto de la Corte Penal Internacional entró en vigor el 1º de julio de 2002 y tiene únicamente competencia respecto de los crímenes cometidos con posterioridad a esa fecha y, en el caso colombiano, después del 1 de noviembre de 2002, fecha de entrada en vigor en virtud de la Ley 742 de 2002.

En cuarto lugar, la intención y el conocimiento son dos elementos constitutivos de los crímenes de competencia de la Corte, es decir, se requieren dolo y percepción subjetiva del autor para que se configure un crimen. “La intencionalidad (en la conducta y en el resultado producido) es diferente de la ‘imprudencia o negligencia’, conducta en la que el sujeto activo (aunque realiza la conducta punible) no se propone causar el resultado lesivo, pero actúa con falta de la diligen-

---

<sup>38</sup> George H. Aldrich, “Los Protocolos adicionales de 1977: veinte años de vigencia: comentarios de los Protocolos de Ginebra”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 143, septiembre-octubre de 1997, p. 544.

cia exigible o de la previsión necesaria para evitar las consecuencias dañosas de su conducta”.<sup>39</sup>

Ahora bien, el castigo de un crimen de guerra por el Tribunal Penal Internacional (art. 30 del estatuto de Roma) exige la intención y el conocimiento. Actúa intencionadamente el que, en relación con una conducta se propone incurrir en ella (quiere la acción criminal) y también quien, en relación con el resultado o consecuencia de su acción o conducta (por ejemplo, la muerte de una persona), se propone causarlo o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos (dolo eventual), por ejemplo, si se abandona a un herido muy grave sin prestarle la necesaria atención médica.<sup>40</sup>

El artículo 30 del Estatuto de la Corte Penal Internacional establece el elemento de la intencionalidad en estos términos:

1. Salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si actúa con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen.
2. A los efectos del presente artículo, se entiende que actúa intencionalmente quien:
  - a) En relación con una conducta, se propone incurrir en ella;
  - b) En relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos.
3. A los efectos del presente artículo, por “conocimiento” se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. Las palabras “a sabiendas” y “con conocimiento” se entenderán en el mismo sentido.

En los Elementos de los Crímenes del mismo Estatuto se dice que “[l]a existencia de la intención y el conocimiento puede inferirse de

---

<sup>39</sup> Roy Gutman y David Rieff, *Crímenes de guerra, lo que debemos saber*, ob. cit., p. 275.

<sup>40</sup> Idem.

los hechos y las circunstancias del caso” (numeral 3 de la introducción general) y “[c]uando no se hace referencia en los elementos de los crímenes a un elemento de intencionalidad para una conducta, consecuencia o circunstancia indicada, se entenderá aplicable el elemento de intencionalidad que corresponda según el artículo 30, esto es, la intención, el conocimiento o ambos” (numeral 2 de la introducción general).

En quinto lugar, los crímenes de competencia de la Corte se pueden perpetrar en el grado de tentativa. A diferencia de los Convenios de Ginebra de 1949 y del Protocolo I de 1977 que guardan silencio sobre este particular en relación con las infracciones graves, de manera expresa el Estatuto de la Corte Penal Internacional establece en su artículo 25 la responsabilidad penal individual en el grado de tentativa.

En sexto lugar, los crímenes de la competencia de la Corte son imprescriptibles (art. 29). En séptimo lugar, el Estatuto de la Corte establece la responsabilidad de los jefes y otros superiores y será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial (arts. 27 y 28). En octavo lugar, el principio de la jurisdicción universal no es excluyente de los alcances del Estatuto de la Corte Penal Internacional: “Si la competencia atribuida a la Corte no tienen carácter obligatorio ni alcance universal y si las jurisdicciones nacionales van a seguir ejerciendo un papel estelar en la represión de estas infracciones, debemos considerar que todos estos delitos están sometidos al principio de jurisdicción universal”.<sup>41</sup>

En noveno lugar, la competencia inherente de la Corte Penal Internacional frente a los crímenes es en el Estado en cuyo territorio se

---

<sup>41</sup> Esperanza Orihuela Catalayud, “Aplicación del derecho internacional humanitario por las jurisdicciones nacionales”, ob. cit., p. 252. De esta misma autora puede consultarse el artículo “Crímenes de guerra y justicia universal: avances y retrocesos en la lucha contra la impunidad”, en Consuelo Ramón Chornet (ed.), *Derechos y libertades ante las nuevas amenazas a la seguridad global*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 153 y ss. También puede consultarse el artículo de Jorge Pueyo Losa, “El principio de jurisdicción universal y el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, en José Luis Rodríguez Villasante y Prieto (coord.), *El derecho internacional humanitario ante los retos de los conflictos armados actuales*, Fundación Rafael del Pino, Cruz Roja Española, Madrid, 2006, pp. 179 y ss.

cometió la conducta o el de la nacionalidad del acusado (art. 12). En décimo lugar, la activación de la competencia de la Corte se puede dar cuando un Estado Parte le remite el caso al fiscal, cuando el Consejo de Seguridad le remite una situación al mismo, o de oficio por el propio fiscal (arts. 13 a 15).

El Estatuto de la Corte Penal Internacional establece entre los crímenes de su competencia los crímenes de guerra, tanto para conflictos armados internacionales como no internacionales. “La categoría de los crímenes de guerra fue la figura delictiva que llegó menos precisada a la Conferencia Diplomática de Roma”.<sup>42</sup>

#### Artículo 8. Crímenes de guerra

1. La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes.

2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por “crímenes de guerra”:

a) infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente:

i) Matar intencionalmente;

ii) Someter a tortura o a otros tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos;

iii) Infligir deliberadamente grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud;

iv) Destruir bienes y apropiarse de ellos de manera no justificada por necesidades militares, a gran escala, ilícita y arbitrariamente;

v) Obligar a un prisionero de guerra o a otra persona protegida a prestar servicio en las fuerzas de una Potencia enemiga;

vi) Privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a otra persona de sus derechos a un juicio justo e imparcial;

---

<sup>42</sup> Fernando Pignatelly y Meca, “Los crímenes de guerra en el estatuto de la Corte Penal Internacional”, en Consuelo Ramón Chornet (coord.), *El derecho internacional humanitario ante los nuevos conflictos armados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 241.

- vii) Someter a deportación, traslado o confinamiento ilegales;
- viii) Tomar rehenes;
- b) Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco del derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes:
  - i) Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil en cuanto tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades;
  - ii) Dirigir intencionalmente ataques contra objetos civiles, es decir, objetos que no son objetivos militares;
  - iii) Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles u objetos civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados;
  - iv) Lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas de vidas, lesiones a civiles o daños a objetos de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea;
  - v) Atacar o bombardear, por cualquier medio, ciudades, aldeas, pueblos o edificios que no estén defendidos y que no sean objetivos militares;
  - vi) Causar la muerte o lesiones a un enemigo que haya depuesto las armas o que, al no tener medios para defenderse, se haya rendido a discreción;
  - vii) Utilizar de modo indebido la bandera blanca, la bandera nacional o las insignias militares o el uniforme del enemigo o de las Naciones Unidas, así como los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra, y causar así la muerte o lesiones graves;
  - viii) El traslado, directa o indirectamente, por la Potencia ocupante de parte de su población civil al territorio que ocupa o la deportación o el traslado de la totalidad o parte de la población del territorio ocupado, dentro o fuera de ese territorio;
  - ix) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados al culto religioso, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos, los

hospitales y los lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, siempre que no sean objetivos militares;

x) Someter a personas que estén en poder del perpetrador a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón de un tratamiento médico, dental u hospitalario, ni se lleven a cabo en su interés, y que causen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud;

xi) Matar o herir a traición a personas pertenecientes a la nación o al ejército enemigo;

xii) Declarar que no se dará cuartel;

xiii) Destruir o confiscar bienes del enemigo, a menos que las necesidades de la guerra lo hagan imperativo;

xiv) Declarar abolidos, suspendidos o inadmisibles ante un tribunal los derechos y las acciones de los nacionales de la parte enemiga;

xv) Obligar a los nacionales de la parte enemiga a participar en operaciones bélicas dirigidas contra su propio país, aunque hubieran estado a su servicio antes del inicio de la guerra;

xvi) Saquear una ciudad o una plaza, incluso cuando es tomada por asalto;

xvii) Emplear veneno o armas envenenadas;

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

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

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

xxi) Cometer ultrajes contra la dignidad de la persona, en particular tratos humillantes y degradantes;

xxii) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra;

xxiii) Aprovechar la presencia de civiles u otras personas protegidas para que queden inmunes de operaciones militares determinados puntos, zonas o fuerzas militares;

xxiv) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y vehículos sanitarios, y contra personal habilitado para utilizar los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional;

xxv) Provocar intencionalmente la inanición de la población civil como método de hacer la guerra, privándola de los objetos indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar intencionalmente los suministros de socorro de conformidad con los Convenios de Ginebra;

xxvi) Reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades;

c) En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y los que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, lesiones, detención o por cualquier otra causa:

i) Actos de violencia contra la vida y la persona, en particular el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura;

ii) Los ultrajes contra la dignidad personal, en particular los tratos humillantes y degradantes;

iii) La toma de rehenes;

iv) Las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin sentencia previa pronunciada por un tribunal constituido regularmente y que haya ofrecido todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables.

d) El párrafo 2 c) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y por lo tanto no se aplica a situacio-

nes de disturbios o tensiones internos, tales como motines, actos aislados y esporádicos de violencia u otros actos de carácter similar.

e) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes:

i) Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil como tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades;

ii) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y vehículos sanitarios y contra el personal habilitado para utilizar los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional;

iii) Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles u objetos civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados;

iv) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados al culto religioso, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos, los hospitales y otros lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, a condición de que no sean objetivos militares;

v) Saquear una ciudad o plaza, incluso cuando es tomada por asalto;

vi) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra;

vii) Reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o grupos, o utilizarlos para participar activamente en hostilidades;

viii) Ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a menos que así lo exija la seguridad de los civiles de que se trate o por razones militares imperativas;

ix) Matar o herir a traición a un combatiente enemigo;

x) Declarar que no se dará cuartel;

xi) Someter a las personas que estén en poder de otra parte en el conflicto a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón del tratamiento médico, dental u hospitalario de la persona de que se trate ni se lleven a cabo en su interés, y que provoquen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud;

xii) Destruir o confiscar bienes del enemigo, a menos que las necesidades del conflicto lo hagan imperativo;

f) El párrafo 2 e) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y, por consiguiente, no se aplica a situaciones de disturbios y tensiones internas, como motines, actos aislados y esporádicos de violencia u otros actos de carácter similar. Se aplica a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos.

2. Nada de lo dispuesto en los párrafos 2 c) y e) afectará a la responsabilidad que incumbe a todo gobierno de mantener y restablecer el orden público en el Estado y de defender la unidad e integridad territorial del Estado por cualquier medio legítimo.

A continuación se describirán algunas características generales de estos crímenes de guerra. En primer lugar, las conductas tipificadas en el artículo 8 pueden clasificarse en las siguientes categorías: "...los atentados contra la integridad personal, los ataques injustificados contra los bienes, la violación de las garantías fundamentales de los prisioneros de guerra y otras personas protegidas y la vulneración de los derechos básicos de la población civil".<sup>43</sup> También pueden agruparse en "...las categorías siguientes: - trato de personas protegidas por el DIH (homicidio intencional, tortura...); - trato de lugares y bienes protegidos por el DIH (destrucción y apropiación de bienes no justificados por la necesidad militar...); - ataque a personas protegidas por el DIH; - métodos y medios de guerra".<sup>44</sup>

<sup>43</sup> *Ibíd.*, p. 262.

<sup>44</sup> Cristina Pellandini, "Los crímenes de guerra", en Juan Antonio Yáñez-Barnuevo (coord.), *La justicia penal internacional: una perspectiva iberoamericana*. En-

En segundo lugar, de una lectura general se observa que muchos de estos crímenes son una transcripción de las infracciones establecidas en los Convenios de Ginebra de 1949, en el Protocolo I de 1977, y en los Estatutos de los tribunales penales internacionales. En los crímenes de guerra perpetrados en conflictos armados internacionales se incluyen todas las incriminaciones que son consideradas infracciones graves por los Convenios de Ginebra.<sup>45</sup> No se hizo ningún esfuerzo por cambiar la terminología o mejorar la redacción, y por el contrario, en muchas de sus expresiones primaron los intereses militares protegidos.<sup>46</sup>

En tercer lugar, son crímenes de guerra que ameritan cierta novedad algunas ofensas de naturaleza sexual y los ataques contra el personal de las Naciones Unidas y el personal asociado. Los tratados de derecho humanitario simplemente prohibían la violación, la prostitución forzada y todo otro atentado contra el pudor, pero gracias al aporte jurisprudencial de los tribunales penales internacionales se incluyeron de manera expresa otros crímenes de naturaleza sexual como la esclavitud sexual, la esterilización forzada y el embarazo forzado. Además, tampoco estaban consagrados de manera convencional en las normas humanitarias los ataques contra el personal y los bienes de las misiones de las Naciones Unidas aunque sí tenían un reconocimiento consuetudinario.<sup>47</sup>

---

*cuentro Iberoamericano sobre justicia penal internacional*, Casa de América, Madrid, 2001, p. 120. Otras maneras de agrupar estas violaciones aparecen en José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, "El proceso de aprobación y desarrollo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional", en José Luis Rodríguez Villasante y Prieto (coord.), *El derecho internacional humanitario ante los retos de los conflictos armados actuales*, ob. cit., pp. 171 y ss.

<sup>45</sup> Fernando Pignatelly y Meca, "Los crímenes de guerra en el estatuto de la Corte Penal Internacional", en Consuelo Ramón Chornet (Coord.), *El derecho internacional humanitario ante los nuevos conflictos armados*, ob. cit., p. 260.

<sup>46</sup> Kai Ambos, *Los crímenes del nuevo derecho penal internacional*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2004, pp. 104-105.

<sup>47</sup> Según el *Customary International Humanitarian Law*, es norma consuetudinaria para conflictos armados internacionales y no internacionales, la siguiente: "Norma 33. Queda prohibido lanzar un ataque contra el personal y los bienes de las misiones de mantenimiento de la paz que sean conformes con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección que el derecho

En cuarto lugar, según el numeral 1 del artículo 8 la competencia de la Corte respecto de los crímenes de guerra será “cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes”. Sin embargo, a esta frase se anteponen las palabras “en particular”. La pregunta es si con estas dos palabras se establece un umbral que restrinja la aplicación del Estatuto<sup>48</sup>, “...o si tan poco afortunada frase marca la competencia indudable sin rechazar que la Corte pueda conocer de otros supuestos”,<sup>49</sup> y que pueda ser interpretada como no excluyente.<sup>50</sup>

La expresión “en particular” no excluye lo general y, por tanto, la Corte tendrá competencia para investigar crímenes de guerra únicos o individuales sin que “se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes”. Además, el derecho humanitario no exige ese umbral, y si se establece como un requisito indispensable se estaría reduciendo la competencia de la Corte y hasta se podrían confundir los crímenes de guerra con los de lesa humanidad que sí exige dicho elemento.<sup>51</sup>

---

internacional humanitario otorga a las personas civiles y los bienes de carácter civil”. Véase International Committee of the Red Cross, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Rules, ob. cit., pp. 112 a 114.

<sup>48</sup> Sylvia Steiner, “Protección penal internacional de las víctimas de la guerra: los crímenes de guerra en el Estatuto de Roma”, en José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto (coord.), *El derecho internacional humanitario ante los retos de los conflictos armados actuales*, ob. cit., p. 46.

<sup>49</sup> José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, “El proceso de aprobación y desarrollo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, en José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto (coord.), *El derecho internacional humanitario ante los retos de los conflictos armados actuales*, ob. cit., p. 169.

<sup>50</sup> Marie-Claude Roberge, “Los crímenes de guerra en el Estatuto de Roma”, citado por Sylvia Steiner, “Protección penal internacional de las víctimas de la guerra: los crímenes de guerra en el Estatuto de Roma”, en José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto (coord.), *El derecho internacional humanitario ante los retos de los conflictos armados actuales*, ob. cit., p. 46.

<sup>51</sup> Véase Marie-Claude Roberge, “Crímenes de guerra”, Gabriel Pablo Valladares, “La participación del Comité Internacional de la Cruz Roja en el proceso de creación de la Corte Penal Internacional”, y Socorro Flores Liera, “La admisibilidad de los casos ante la Corte Penal Internacional”; estos tres artículos en José A. Guevara y Tarcisio dal Maso (comps.), *La Corte Penal Internacional: una visión iberoamericana*, ob. cit., pp. 273, 378 y 99 respectivamente.

En quinto lugar, una innovación importante es que el Estatuto es el primer tratado multilateral que consagra crímenes de guerra en los conflictos armados no internacionales.<sup>52</sup> El Estatuto del Tribunal Penal para Ruanda dio el primer paso al consagrar en su artículo cuarto violaciones al artículo 3 común y al Protocolo II de 1977. Aunque el proyecto solamente incluía violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en conflictos armados de carácter internacional,<sup>53</sup> con esta consagración se "...estaría haciendo referencia a la existencia de normas consuetudinarias o de derecho internacional general relativas a la conducta de las hostilidades en el caso de conflicto armado no internacional".<sup>54</sup> "Este importante reconocimiento diluyó pero no hizo desaparecer el tradicional tratamiento dispar de conflictos internacionales y conflictos internos".<sup>55</sup>

En sexto lugar, el listado de crímenes de guerra en caso de conflicto armado no internacional presenta algunas insuficiencias,<sup>56</sup> y no es homogéneo en comparación con las conductas que se tipifican en caso de conflictos armados internacionales.<sup>57</sup> En los conflictos armados no internacionales se excluyen todas las disposiciones relacionadas con el uso de armas como crímenes de guerra, y no se sanciona

<sup>52</sup> Citado en Fernando Pignatelly y Meca, "Los crímenes de guerra en el estatuto de la Corte Penal Internacional", en Consuelo Ramón Chornet (coord.), *El derecho internacional humanitario ante los nuevos conflictos armados*, ob. cit., p. 301. Silvia A. Fernández de Gurmendi, "El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: extensión de los crímenes de guerra a los conflictos armados de carácter no internacional...", ob. cit., p. 392.

<sup>53</sup> Silvia A. Fernández de Gurmendi, "El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: extensión de los crímenes de guerra a los conflictos armados de carácter no internacional...", ibíd., p. 393.

<sup>54</sup> María Teresa Comellas Aguirrezábal, "El Estatuto de Roma y los crímenes de guerra en los conflictos armados no internacionales", en Juan Antonio Carrillo Salcedo (coord.), *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, p. 349.

<sup>55</sup> Silvia A. Fernández de Gurmendi, "El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: extensión de los crímenes de guerra a los conflictos armados de carácter no internacional...", ob. cit., p. 397.

<sup>56</sup> María Teresa Comellas Aguirrezábal, "El Estatuto de Roma y los crímenes de guerra en los conflictos armados no internacionales", ob. cit., p. 349.

<sup>57</sup> Esperanza Orihuela Catalayud, "Aplicación del derecho internacional humanitario por las jurisdicciones nacionales", ob. cit., p. 250.

el hacer padecer hambre como método de combate ni la destrucción de los recursos naturales.<sup>58</sup>

Mientras que la lista de actos que constituyen crímenes de guerra en caso de conflicto armado internacional asciende a 26, el número de éstas se reduce a 16 en los supuestos en que el conflicto armado no presente carácter internacional, no incluyéndose, por ejemplo, los ataques que causan incidentalmente bajas civiles o uso de armas prohibidas y además la regulación establecida respecto de los crímenes cometidos en un conflicto armado interno no incluye todas las prohibiciones establecidas en el Protocolo II, de 8 de junio de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra, como, por ejemplo, las penas colectivas, el terrorismo, la esclavitud (art. 42) y los ataques contra las instalaciones que contienen fuerzas peligrosas.<sup>59</sup>

En séptimo lugar, el artículo 8 del Estatuto excluye el uso de las armas de destrucción masiva como crímenes de guerra. La utilización de las siguientes armas es lo único que de manera expresa constituye crímenes de guerra en conflictos armados internacionales: “veneno o armas envenenadas; gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivo análogo y balas que se abran o aplasten fácilmente en el cuerpo humano, como balas de camisa dura que no recubran totalmente la parte interior o que tengan incisiones”.<sup>60</sup>

---

<sup>58</sup> Fernando Pignatelly y Meca, “Los crímenes de guerra en el estatuto de la Corte Penal Internacional”, en Consuelo Ramón Chornet (coord.), *El derecho internacional humanitario ante los nuevos conflictos armados*, ob. cit., p. 312. Marie-Claude Roberge, “El nuevo Tribunal Penal Internacional: evaluación preliminar”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 148, diciembre de 1998, p. 725, citado en María Teresa Comellas Aguirrezábal, “El Estatuto de Roma y los crímenes de guerra en los conflictos armados no internacionales”, ob. cit., p. 350.

<sup>59</sup> Esperanza Orihuela Catalayud, “Aplicación del derecho internacional humanitario por las jurisdicciones nacionales”, ob. cit., p. 250.

<sup>60</sup> Silvia A. Fernández de Gurmendi, “El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: extensión de los crímenes de guerra a los conflictos armados de carácter no internacional...”, ob. cit., p. 400.

Constituye este crimen de guerra una de las deficiencias o sombras más notables que presenta el artículo 8.2. b) del Estatuto, habiéndose puesto de relieve la paradoja de que los subapartados xvii), xviii) y xix) del aludido precepto prevean una relación de armas prohibidas que ya lo estaban en las Convenciones de La Haya y, sin embargo, se evite enumerar los mecanismos más letales desarrollados por la industria de armamentos que por su propia naturaleza de armas de destrucción masiva, como las bacteriológicas o nucleares, están llamadas a causar daños superfluos e indiscriminados tanto entre los combatientes como entre la población civil.<sup>61</sup>

Es de lamentar la exclusión de algunos crímenes de guerra en la lista aprobada en Roma. Baste mencionar que no figuran disposiciones en materia de retrasos injustificables en la repatriación de prisioneros de guerra y de civiles, ni los ataques indiscriminados contra la población civil o contra objetivos civiles. La disposición sobre el empleo de armas particularmente crueles cubre sólo un campo mínimo, ya que resultó difícil llegar a un consenso, en gran parte porque algunos Estados manifestaron el deseo de incluir las armas nucleares en la lista de armas prohibidas, mientras que otros se opusieron a esta medida. Por consiguiente, se omitieron las armas nucleares, las biológicas y las que causan ceguera, así como las minas antipersonal.<sup>62</sup>

<sup>61</sup> Fernando Pignatelly y Meca, “Los crímenes de guerra en el estatuto de la Corte Penal Internacional”, en Consuelo Ramón Chornet (Coord.), *El derecho internacional humanitario ante los nuevos conflictos armados*, ob. cit., pp. 288-289. Véase también Silvia A. Fernández de Gurmendi, “El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: extensión de los crímenes de guerra a los conflictos armados de carácter no internacional...”, ob. cit., p. 400.

<sup>62</sup> Marie-Claude Roberge, “El nuevo Tribunal Penal Internacional: evaluación preliminar”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, ob. cit., pp. 725-726. Véase también Cristina Pellandini, “Los crímenes de guerra”, en Juan Antonio Yáñez-Barnuevo (coord.), *La justicia penal internacional: una perspectiva iberoamericana. Encuentro Iberoamericano sobre justicia penal internacional*, ob. cit., p. 121. “Era obvio, sin embargo, que la cuestión de la legalidad de las armas nucleares no era susceptible de ser resuelta en el marco de las negociaciones para establecer la Corte Penal Internacional. Su prohibición, resistida de plano por las potencias nucleares, hubiera significado, lisa y llanamente, el fracaso de la creación de la Corte”. Silvia A. Fernández de Gurmendi, “El Estatuto de Roma de la Corte Penal

En octavo lugar, los crímenes de guerra deben estar siempre relacionados y vinculados con el conflicto armado. Para cada uno de los crímenes de guerra se señalan siempre como los dos últimos Elementos de los Crímenes los siguientes: “[q]ue la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado y haya estado relacionada con él”, y “[q]ue el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado”.

...cuatro elementos constitutivos en común que destacan el ámbito de aplicación material y personal de dichos crímenes así como el elemento mental que los acompaña. Son los siguientes: - la conducta fue realizada y asociada en el contexto de un conflicto armado internacional (arts. 8(2) a) o de carácter no internacional (arts. 8 (2) c) respectivamente; - el acusado era consciente de las circunstancias factuales que establecían un conflicto armado; - el crimen fue cometido contra una persona o personas protegidas por uno o más Convenios de Ginebra (art. 8 (2) a) o contra personas fuera de combate o civiles, personal médico o religioso que no participa directamente en las hostilidades; - el acusado era consciente de las circunstancias factuales que establecían dicho estatuto de protección.<sup>63</sup>

Por último, al momento en que el Estado colombiano, a través del ejecutivo, realizó el depósito de ratificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional, el gobierno hizo la declaración consignada en el artículo 124 del Estatuto mediante la cual durante un periodo de siete años contados a partir del 1 de noviembre de 2002, fecha de entrada en vigor del Estatuto en Colombia, el Estado colombiano no acepta la competencia de la Corte sobre los crímenes de guerra cuando se denuncie la comisión de uno de éstos por sus nacionales o en su te-

---

Internacional: Extensión de los crímenes de guerra a los conflictos armados de carácter no internacional...”, ob. cit., p. 401. También en este sentido Sylvia Steiner, “Protección penal internacional de las víctimas de la guerra: los crímenes de guerra en el Estatuto de Roma”, ob. cit., pp. 46 y 47.

<sup>63</sup> Cristina Pellandini, “Los crímenes de guerra”, en Juan Antonio Yáñez-Barnuevo (coord.), *La justicia penal internacional: una perspectiva iberoamericana*, ob. cit., p. 125.

ritorio. El gobierno nacional ha argumentado en repetidas ocasiones que esa declaración la formuló para no entorpecer las posibles negociaciones de paz con los grupos armados no estatales. Aunque dicha declaración sólo se puede realizar por una sola vez y en cualquier momento puede ser retirada, hasta la fecha el gobierno colombiano no la ha retirado.

...[E]l debate suscitado por la salvedad, y la decepción social que ello ha causado, revelan que el principal elemento para tener en cuenta en relación con la aplicación efectiva del Estatuto de Roma en el caso colombiano es el problema de la guerra. ... [L]a aplicación práctica de las normas sobre crímenes internacionales pasa por la dinámica de la confrontación armada en Colombia.<sup>64</sup>

#### **4. Los delitos contra las personas y los bienes protegidos por el derecho internacional humanitario en el Código Penal**

La obligación primaria de sancionar las infracciones al derecho humanitario está en cabeza de los Estados. Como se indicó, las sanciones penales son responsabilidad de los Estados.<sup>65</sup> En Colombia, hasta antes de la Ley 599 de 2000 que expidió un nuevo código penal para el país, no existía ninguna legislación específica sobre la materia, salvo las alusiones que se tratarán respecto a la legislación penal militar.<sup>66</sup>

La iniciativa de tipificar esas infracciones y crímenes en la normatividad interna se le debe a la Fiscalía General de la Nación. El Proyecto de Ley 40 de 1998, por el cual se expide un nuevo código penal, fue presentado ante el Senado de la República por el entonces fiscal general de la nación, Alfonso Gómez Méndez, el 4 de agosto de 1998.

<sup>64</sup> Alejandro Aponte, "Colombia", en Kai Ambos y Ezquiel Malarino (eds.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Fundación Konrad-Adenauer, Uruguay, 2003, pp. 239 y 247.

<sup>65</sup> Véase supra pp. 242 y 247.

<sup>66</sup> Véase infra pp. 322 y ss.

En relación con el capítulo relacionado con los delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, se señala lo siguiente en la exposición de motivos:

...En la situación de conflicto armado interno que padece Colombia, muchas de las conductas vulneratorias o amenazadoras de derechos humanos, constituyen a la vez infracciones al *derecho internacional humanitario*. Son ellas acciones y omisiones con las cuales quienes participan directamente en las hostilidades –*los combatientes*– incumplen los deberes o quebrantan las prohibiciones que les ha impuesto el artículo 3º común a los Cuatro Convenios de Ginebra y el Protocolo II adicional. ...En la propuesta legislativa se incluye un capítulo especial denominado “*Conductas punibles contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario*”, que agrupa una serie de tipos penales que describen y penalizan aquellos comportamientos que representan las más graves infracciones a esa normatividad internacional que Colombia se comprometió a respetar y a aplicar.<sup>67</sup>

“Quizá en ningún otro conjunto de normas se expresa con tanta claridad el carácter específico del caso colombiano, la peculiaridad de encontrarse este país situado en los límites entre la guerra y el derecho”.<sup>68</sup> A continuación se presentan los tipos contemplados por el Código Penal en esta materia.

---

<sup>67</sup> Presentado el 4 de agosto de 1998, en *Gaceta del Congreso*, núm. 139 del 6 de agosto de 1998, pp. 9-10.

<sup>68</sup> Alejandro Aponte, “Colombia”, en Kai Ambos y Ezquiel Malarino (eds.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, ob. cit., p. 217.

## Título II

### Delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario

#### Capítulo único

**Artículo 135.** Homicidio en persona protegida. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, ocasione la muerte de persona protegida conforme a los convenios internacionales sobre derecho humanitario ratificados por Colombia, incurrirá en prisión de treinta (30) a cuarenta (40) años, multa de dos mil (2.000) a cinco mil (5.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de quince (15) a veinte (20) años.

**Parágrafo.** Para los efectos de este artículo y las demás normas del presente título se entiende por personas protegidas conforme al derecho internacional humanitario:

1. Los integrantes de la población civil.
2. Las personas que no participan en hostilidades y los civiles en poder de la parte adversa.
3. Los heridos, enfermos o náufragos puestos fuera de combate.
4. El personal sanitario o religioso.
5. Los periodistas en misión o corresponsales de guerra acreditados.
6. Los combatientes que hayan depuesto las armas por captura, rendición u otra causa análoga.
7. Quienes antes del comienzo de las hostilidades fueren considerados como apátridas o refugiados.
8. Cualquier otra persona que tenga aquella condición en virtud de los Convenios I, II, III y IV de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales I y II de 1977 y otros que llegaren a ratificarse.

**Artículo 136.** Lesiones en persona protegida. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, cause daño a la integridad física o a la salud de persona protegida conforme al derecho internacional humani-

tario, incurrirá en las sanciones previstas para el delito de lesiones personales, incrementada hasta en una tercera parte.<sup>69</sup>

---

<sup>69</sup> Artículo 111. Lesiones. El que cause a otro daño en el cuerpo o en la salud, incurrirá en las sanciones establecidas en los artículos siguientes. Artículo 112. Incapacidad para trabajar o enfermedad. Si el daño consistiere en incapacidad para trabajar o en enfermedad que no pase de treinta (30) días, la pena será de prisión de uno (1) a dos (2) años. Si el daño consistiere en incapacidad para trabajar o enfermedad superior a treinta (30) días sin exceder de noventa (90), la pena será de uno (1) a tres (3) años de prisión y multa de cinco (5) a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Si pasare de noventa (90) días, la pena será de dos (2) a cinco (5) años de prisión y multa de diez (10) a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Artículo 113. Deformidad. Si el daño consistiere en deformidad física transitoria, la pena será de prisión de uno (1) a seis (6) años y multa de quince (15) a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Si fuere permanente, la pena será de prisión de dos (2) a siete (7) años y multa de veintiséis (26) a treinta y seis (36) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Si la deformidad afectare el rostro, la pena se aumentará hasta en una tercera parte. Artículo 114. Perturbación funcional. Si el daño consistiere en perturbación funcional transitoria de un órgano o miembro, la pena será de prisión de dos (2) a siete (7) años y multa de quince (15) a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Si fuere permanente, la pena será de tres (3) a ocho (8) años de prisión y multa de veintiséis (26) a treinta y seis (36) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Artículo 115. Perturbación psíquica. Si el daño consistiere en perturbación psíquica transitoria, la pena será de prisión de dos (2) a siete (7) años y multa de veintiséis (26) a cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Si fuere permanente, la pena será de tres (3) a nueve (9) años de prisión y multa de veintisiete (27) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Artículo 116. Pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro. Si el daño consistiere en la pérdida de la función de un órgano o miembro, la pena será de seis (6) a diez (10) años de prisión y multa de veinticinco (25) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes. La pena anterior se aumentará hasta en una tercera parte en caso de pérdida anatómica del órgano o miembro. Artículo 117. Unidad punitiva. Si como consecuencia de la conducta se produjeren varios de los resultados previstos en los artículos anteriores, sólo se aplicará la pena correspondiente al de mayor gravedad. Artículo 118. Parto o aborto preterintencional. Si a causa de la lesión inferida a una mujer, sobreviniere parto prematuro que tenga consecuencias nocivas para la salud de la agredida o de la criatura, o sobreviniere el aborto, las penas imponibles según los artículos precedentes se aumentarán de una tercera parte a la mitad. Artículo 119. Circunstancias de agravación punitiva. Cuando con las conductas descritas en los artículos anteriores, concorra alguna de las circunstancias señaladas en el artículo 104 [circunstancias de agravación del homicidio] las respectivas penas se aumentarán de una tercera parte a la mitad.

**Artículo 137.** Tortura en persona protegida. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, inflija a una persona dolores o sufrimientos, físicos o síquicos, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o confesión, de castigarla por un acto por ella cometido o que se sospeche que ha cometido, o de intimidarla o coaccionarla por cualquier razón que comporte algún tipo de discriminación, incurrirá en prisión de diez (10) a veinte (20) años, multa de quinientos (500) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de diez (10) a veinte (20) años.

**Artículo 138.** Acceso carnal violento en persona protegida. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, realice acceso carnal por medio de violencia en persona protegida incurrirá en prisión de diez (10) a diez y ocho (18) años y multa de quinientos (500) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Para los efectos de este artículo se entenderá por acceso carnal lo dispuesto en el artículo 212 de este código. [...se entenderá por acceso carnal la penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral, así como la penetración vaginal o anal de cualquier otra parte del cuerpo humano u otro objeto].

**Artículo 139.** Actos sexuales violentos en persona protegida. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, realice acto sexual diverso al acceso carnal, por medio de violencia en persona protegida incurrirá en prisión de cuatro (4) a nueve (9) años y multa de cien (100) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

**Artículo 140.** Circunstancias de agravación. La pena prevista en los dos artículos anteriores se agravará en los mismos casos y en la misma proporción señalada en el artículo 211 de este código.<sup>70</sup>

---

<sup>70</sup> Artículo 211. Circunstancias de agravación punitiva. Las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando: 1. La conducta se cometiere con el concurso de otra u otras personas. 2. El responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza.

**Artículo 141.** Prostitución forzada o esclavitud sexual. El que mediante el uso de la fuerza y con ocasión y en desarrollo del conflicto armado obligue a persona protegida a prestar servicios sexuales incurrirá en prisión de diez (10) a diez y ocho (18) años y multa de quinientos (500) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

**Artículo 142.** Utilización de medios y métodos de guerra ilícitos. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, utilice medios o métodos de guerra prohibidos o destinados a causar sufrimientos o pérdidas innecesarios o males superfluos incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de seis (6) a diez (10) años, multa de cien (100) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a diez (10) años.

**Artículo 143.** Perfidia. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado y con el propósito de dañar o atacar al adversario, simule la condición de persona protegida o utilice indebidamente signos de protección como la Cruz Roja o la Media Luna Roja, la bandera de las Naciones Unidas o de otros organismos Intergubernamentales, la bandera blanca de parlamento o de rendición, banderas o uniformes de países neutrales o de destacamentos militares o policiales de las Naciones Unidas u otros signos de protección contemplados en tratados internacionales ratificados por Colombia, incurrirá por esa sola conducta en prisión de tres (3) a ocho (8) años y multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En igual pena incurrirá quien, con la misma finalidad, utilice uniformes del adversario.

**Artículo 144.** Actos de terrorismo. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, realice u ordene llevar a cabo ataques indiscriminados

---

3. Se produjere contaminación de enfermedad de transmisión sexual. 4. Se realizare sobre persona menor de doce (12) años. 5. Se realizare sobre el cónyuge o sobre con quien se cohabite o se haya cohabitado, o con la persona con quien se haya procreado un hijo. 6. Se produjere embarazo.

o excesivos o haga objeto a la población civil de ataques, represalias, actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarla, incurrirá por esa sola conducta en prisión de quince (15) a veinticinco (25) años, multa de dos mil (2.000) a cuarenta mil (40.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de quince (15) a veinte (20) años.

**Artículo 145.** Actos de barbarie. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado y fuera de los casos especialmente previstos como delitos y sancionados con pena mayor, realice actos de no dar cuartel, atacar a persona fuera de combate, de abandonar a heridos o enfermos, o realice actos dirigidos a no dejar sobrevivientes o a rematar a los heridos y enfermos u otro tipo de actos de barbarie prohibidos en tratados internacionales ratificados por Colombia incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de diez (10) a quince (15) años, multa de doscientos (200) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de diez (10) a quince (15) años.

**Artículo 146.** Tratos inhumanos y degradantes y experimentos biológicos en persona protegida. El que, fuera de los casos previstos expresamente como conducta punible, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, inflija a persona protegida tratos o le realice prácticas inhumanas o degradantes o le cause grandes sufrimientos o practique con ella experimentos biológicos, o la someta a cualquier acto médico que no esté indicado ni conforme a las normas médicas generalmente reconocidas incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de cinco (5) a diez (10) años, multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a diez (10) años.

**Artículo 147.** Actos de discriminación racial. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, realice prácticas de segregación racial o ejerza tratos inhumanos o degradantes basados en otras distinciones de carácter desfavorable que entrañen ultraje contra la dignidad personal,

respecto de cualquier persona protegida, incurrirá en prisión de cinco (5) a diez (10) años, multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a diez (10) años.

**Artículo 148.** Toma de rehenes. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, prive a una persona de su libertad condicionando ésta o su seguridad a la satisfacción de exigencias formuladas, o la utilice como defensa, incurrirá en prisión de veinte (20) a treinta (30) años, multa de dos mil (2000) a cuatro mil (4.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de quince (15) a veinte (20) años.

**Artículo 149.** Detención ilegal y privación del debido proceso. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, prive ilegalmente de su libertad a una persona y la sustraiga de su derecho a ser juzgada de manera legítima e imparcial, incurrirá en prisión de diez (10) a quince (15) años y multa de mil (1.000) a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

**Artículo 150.** Constreñimiento a apoyo bélico. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, constriña a persona protegida a servir de cualquier forma en las fuerzas armadas de la parte adversa incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años y multa de cien (100) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

**Artículo 151.** Despojo en el campo de batalla. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, despoje de sus efectos a un cadáver o a persona protegida, incurrirá en prisión de tres (3) a diez (10) años y multa de cien (100) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

**Artículo 152.** Omisión de medidas de socorro y asistencia humanitaria. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado y estando obligado a prestarlas, omita las medidas de socorro y asistencia humanitarias a

favor de las personas protegidas, incurrirá en prisión de tres (3) a cinco (5) años y multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

**Artículo 153.** Obstaculización de tareas sanitarias y humanitarias. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, obstaculice o impida al personal médico, sanitario o de socorro o a la población civil la realización de las tareas sanitarias y humanitarias que de acuerdo con las normas del derecho internacional humanitario pueden y deben realizarse, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años y multa de cien (100) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si para impedir las u obstaculizarlas se emplea violencia contra los dispositivos, los medios o las personas que las ejecutan, la pena prevista en el artículo anterior se incrementará hasta en la mitad, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor.

**Artículo 154.** Destrucción y apropiación de bienes protegidos. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado y fuera de los casos especialmente previstos como conductas punibles sancionadas con pena mayor, destruya o se apropie por medios ilegales o excesivos en relación con la ventaja militar concreta prevista, de los bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, incurrirá en prisión de cinco (5) a diez (10) años y multa de quinientos (500) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

**Parágrafo.** Para los efectos de este artículo y los demás del título se entenderán como bienes protegidos conforme al derecho internacional humanitario:

1. Los de carácter civil que no sean objetivos militares.
2. Los culturales y los lugares destinados al culto.
3. Los indispensables para la supervivencia de la población civil.
4. Los elementos que integran el medio ambiente natural.
5. Las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas.

**Artículo 155.** Destrucción de bienes e instalaciones de carácter sanitario. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, sin justificación alguna basada en imperiosas necesidades militares, y sin que haya tomado previamente las medidas de protección adecuadas y oportunas, ataque o destruya ambulancias o medios de transporte sanitarios, hospitales de campaña o fijos, depósitos de elementos de socorro, convoyes sanitarios, bienes destinados a la asistencia y socorro de las personas protegidas, zonas sanitarias y desmilitarizadas, o bienes e instalaciones de carácter sanitario debidamente señalados con los signos convencionales de la Cruz Roja o de la Media Luna Roja, incurrirá en prisión de cinco (5) a diez (10) años y multa de quinientos (500) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

**Artículo 156.** Destrucción o utilización ilícita de bienes culturales y de lugares de culto. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, sin justificación alguna basada en imperiosas necesidades militares y sin que previamente haya tomado las medidas de protección adecuadas y oportunas, ataque y destruya monumentos históricos, obras de arte, instalaciones educativas o lugares de culto, que constituyan el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos, o utilice tales bienes en apoyo del esfuerzo militar, incurrirá en prisión de tres (3) a diez (10) años y multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

**Artículo 157.** Ataque contra obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, sin justificación alguna basada en imperiosas necesidades militares, ataque presas, diques, centrales de energía eléctrica, nucleares u otras obras o instalaciones que contengan fuerzas peligrosas, incurrirá en prisión de diez (10) a quince (15) años, multa de mil (1.000) a tres mil (3.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de diez (10) a quince (15) años.

Si del ataque se deriva la liberación de fuerzas con pérdidas o daños en bienes o elementos importantes para la subsistencia de la población ci-

vil, la pena será de quince (15) a veinte (20) años de prisión, multa de dos mil (2.000) a cuatro mil (4.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de quince (15) a veinte (20) años.

**Artículo 158.** Represalias. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, haga objeto de represalias o de actos de hostilidades a personas o bienes protegidos, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años y multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

**Artículo 159.** Deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado y sin que medie justificación militar, deporte, expulse, traslade o desplace forzadamente de su sitio de asentamiento a la población civil, incurrirá en prisión de diez (10) a veinte (20) años, multa de mil (1.000) a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de diez (10) a veinte (20) años.

**Artículo 160.** Atentados a la subsistencia y devastación. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, ataque, inutilice, dañe, retenga o se apodere de bienes o elementos indispensables para la subsistencia de la población civil, incurrirá en prisión cinco (5) a diez (10) años y multa de quinientos (500) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

**Artículo 161.** Omisión de medidas de protección a la población civil. El que con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, estando obligado a hacerlo, omita la adopción de medidas para la protección de la población civil, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

**Artículo 162.** Reclutamiento ilícito. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, reclute menores de dieciocho (18) años o los obligue a participar directa o indirectamente en las hostilidades o en acciones armadas, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años y multa de seiscientos (600) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

**Artículo 163.** Exacción o contribuciones arbitrarias. El que, con ocasión y en desarrollo de un conflicto armado, imponga contribuciones arbitrarias incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años y multa de quinientos (500) a tres mil (3.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

**Artículo 164.** Destrucción del medio ambiente. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, emplee métodos o medios concebidos para causar daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural, incurrirá en prisión de diez (10) a quince (15) años, multa de cinco mil (5.000) a treinta mil (30.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de diez (10) a quince (15) años.

Estas penas establecidas por la Ley 599 de 2000 fueron modificadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, ley que rige a partir del 1 de enero de 2005:

Las penas previstas en los tipos penales contenidos en la Parte Especial del Código Penal se aumentarán en la tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo. En todo caso, la aplicación de esta regla general de incremento deberá respetar el tope máximo de la pena privativa de la libertad para los tipos penales de acuerdo con lo establecido en el artículo 2º de la presente ley [La pena de prisión para los tipos penales tendrá una duración máxima de cincuenta (50) años, excepto en los casos de concurso].

Una importante fuente que inspiró la elaboración de este Título II fue sin duda alguna el Capítulo III “De los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado” del Título XXIV,

“Delitos contra la comunidad internacional” del Código Penal español (Ley Orgánica 10/1995). Los artículos 608 a 614 bis establecen elementos que fueron punto de partida para la redacción de los tipos del Código Penal colombiano.

El sistema de tipificación de los delitos contra las personas y los bienes protegidos por el derecho humanitario utilizado por el Código Penal

es el llamado de “incriminación específica completa”, que establece una descripción exhaustiva de las conductas criminales, tipificando así las infracciones penales, y fija las penas de cada delito con una adecuada dosimetría. Se trata de una norma penal autosuficiente, sin perjuicio de los ineludibles elementos normativos (por ejemplo, el concepto de “prisionero de guerra” hay que ir a buscarlo al Convenio III de Ginebra de 1949), que se puede completar con un tipo residual más general y algunas disposiciones comunes.<sup>71</sup>

De los tipos penales transcritos se pueden señalar las siguientes características generales:

- Los tipos penales no distinguen la clase del conflicto armado y por esto se pueden aplicar tanto para conflictos armados internacionales como no internacionales. Idéntica protección aparece en otras legislaciones como en Argentina, Bélgica y España.<sup>72</sup> Aunque no se

<sup>71</sup> José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto y Manuel Pérez González, “Propuesta de modificación del código penal español en materia de delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado”, ob. cit., p. 420. Sobre el caso español véase Fernando Pignatelli Meca, “Protección penal de las víctimas de la guerra en el ordenamiento penal español”, en José Luis Rodríguez-Villasante Prieto (coord.), *Derecho Internacional Humanitario*, ob. cit., pp. 561-599.

<sup>72</sup> José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto y Manuel Pérez González, “Propuesta de modificación del código penal español en materia de delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado”, y Amalia Sanín Betancourt, “El nuevo código penal y el derecho internacional humanitario en el contexto colombiano”, ambos en Gabriel Pablo Valladares (comp.), *Lecciones y ensayos. Derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas*, ob. cit., pp. 515 y 421 respectivamente.

diferencia el tipo de conflictos armados, en la medida que estos delitos hacen parte de una legislación que se aplica sobre todo en el territorio nacional (art. 14 del Código Penal), están destinados a ser aplicados sobre todo en conflictos armados no internacionales.

- El umbral de gravedad no es un elemento estructural de los tipos penales. El Código Penal no utiliza la palabra “grave” para calificar los delitos,<sup>73</sup> como sí lo hacen los Convenios de Ginebra de 1949, el Protocolo I de 1977, el Estatuto de la Corte Penal Internacional y el numeral 7 del artículo 48 del Código Disciplinario Único. Otras legislaciones (Argentina, Bélgica, Canadá, Dinamarca, España, Finlandia, Noruega, Países Bajos, Suiza)<sup>74</sup> no hacen esta diferencia, ya que esta calificación quiere resaltar cierta importancia cuando independientemente de la severidad de los daños o de los derechos conculcados, cualquier delito es reprochable.

- El sujeto activo es amplio, monosubjetivo e indeterminado. El autor de la conducta típica no es calificado: “el que”. Son aplicables las normas generales del Código Penal relacionadas con la autoría y participación (arts. 29 y 30) mediante las cuales se puede sancionar al autor, al determinador, al coautor y al cómplice.

La propuesta inicial de la Fiscalía General de la Nación relativa a estos delitos incluía en cada uno de los tipos un sujeto activo calificado: el combatiente. La razón debía estar fundada en que esa expresión es la que ha hecho carrera en Colombia para denominar a quienes participan directa e inmediatamente en las hostilidades y que, por tanto, son llamados a infringir el derecho humanitario.

Sin embargo, el texto definitivo del Título II de la parte especial al Proyecto de Ley 238 de 1999 - Cámara, y 40 de 1998 - Senado, aprobado en segundo debate en la sesión plenaria de la Cámara de

---

<sup>73</sup> Incluso, como se verá más adelante, la palabra “grave” que aparecía en el tipo penal de tortura de este Título fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional. Véase *infra* p. 351.

<sup>74</sup> José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto y Manuel Pérez González, “Propuesta de modificación del código penal español en materia de delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado”, *ob. cit.*, p. 421.

Representantes el 14 de diciembre de 1999,<sup>75</sup> fue motivo de objeciones presidenciales por inconveniencia. Estas son las razones de dicha objeción:

Las normas citadas definen al sujeto activo calificado de las conductas punibles respectivas bajo el sustantivo “el combatiente” concepto que sólo puede ser utilizado para referirse a los miembros de las Fuerzas Armadas de un Estado, según el artículo 43 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, que regulan los conflictos armados entre Estados.

Así las cosas, utilizar el calificativo de combatiente para todas las personas que en Colombia realizan tanto legítima como ilegítimamente actividad bélica, es equiparar las acciones de los miembros de las organizaciones armadas al margen de la ley con la misión institucional de las Fuerzas Armadas de la República.

El Protocolo I, adoptado en Ginebra el 8 de junio de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra el 12 de agosto de 1949, celebrado con la finalidad de establecer en concreto la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, los define y precisa en los artículo 3º y 4º, y además, en la Sección II, incorpora el Estatuto del Combatiente y de Prisionero de Guerra, para significar su aplicación jurídica internacional en los conflictos entre potencias, definiendo en el artículo 43, en primer lugar, qué se debe entender por Fuerzas Armadas, y en segundo lugar que los miembros de las Fuerzas Armadas de una parte en conflicto son combatientes, por lo cual tienen derecho a participar directamente en las hostilidades.

En Protocolo II, realizado en Ginebra el 8 de junio de 1997, adicional de los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, con la finalidad de establecer lo relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, según la precisión del artículo 1º, para desarrollar y complementar el artículo 3º común a los Convenios de Gi-

---

<sup>75</sup> *Gaceta del Congreso*, núm. 569 del 22 de diciembre de 1999.

nebra del 12 de agosto de 1949, en manera alguna hace referencia al carácter de combatiente, pues al referirse al trato humano, en el artículo 4º, de las Garantías Fundamentales, claramente se cambia la denominación de combatiente por las personas que participen o no en las hostilidades, siendo evidente que tampoco se les da el carácter de prisioneros de guerra.

Finalmente, en el Estatuto de Roma, aprobado en la Conferencia de Plenipotenciarios, en la cual intervino Colombia, celebrada entre el 15 de junio y el 17 de julio de 1998, por medio de la cual se estableció la Corte Penal Internacional, como institución permanente con jurisdicción mundial, con la finalidad de procesar a individuos acusados de la comisión de los más graves crímenes contra el derecho internacional humanitario: el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, al determinar en los crímenes de guerra su intervención tanto en conflictos armados internacionales como internos, no hace alusión alguna al término combatiente, para definir a las personas partícipes de los conflictos.

Para concluir este punto, es pertinente anotar que de aplicar estrictamente estas normas tal y como están plasmadas en el proyecto de ley, se estaría dejando por fuera de la sanción penal los delitos de este tipo que fueran cometidos por integrantes de las organizaciones armadas al margen de la ley, pues dichas conductas sólo serían punibles para los combatientes es decir los miembros de las Fuerzas Armadas constitucionalmente establecidas.

Por lo tanto es necesario sustituir la expresión “El combatiente” por “El que” o “Quien”.<sup>76</sup>

Frente a la objeción presidencial se presentó la siguiente propuesta:

---

<sup>76</sup> *Gaceta del Congreso*, núm. 65 del 17 de marzo de 2000, pp. 10-11.

Para aclarar el término de combatiente en el sentido que debe tener el Código Penal colombiano es necesario entonces considerar la tradición jurídica del país, en virtud de la cual se ha de entender que el combatiente es todo aquel que toma parte en el conflicto, ya sea a través de las armas, ya facilitando la labor del grupo armado, o violando la condición de persona protegida de la víctima, sea miembro o no de las Fuerzas Armadas del Estado. En este sentido, la apreciación precisa será la de entender por combatiente a todo aquel que no goza de la condición de persona protegida por tomar parte activa en las hostilidades, lo que no es sino una aplicación del principio de distinción.

Hechas estas aclaraciones debe anotarse que la propuesta del gobierno de sustituir la denominación de “el combatiente” por la expresión “El que” o el término “Quien” para dejar así indefinido el sujeto activo en estas conductas delictivas, no resulta apropiada. Dado que las conductas definidas en este título hacen referencia a los crímenes de guerra contemplados por el derecho internacional humanitario, y que el objetivo es hacerlos aplicables también para un conflicto con carácter no internacional como el nuestro, la solución a la objeción planteada por el gobierno debe estar en la inclusión en el texto de una definición exacta de lo que debe entenderse por “combatiente” en la legislación interna colombiana. Dejar el sujeto activo indeterminado podría llevar al extremo de que cualquier persona, así no participe en el conflicto, pueda ser considerada un criminal de guerra.

Así las cosas, proponemos a la Plenaria incluir en el artículo 135 un párrafo que contenga la definición del término “combatiente” que partiendo del principio de distinción entre persona protegida y persona no protegida por el derecho internacional humanitario debe consistir en “todo aquel que tome parte directa en las hostilidades”.

En este sentido se propone modificar el artículo 135 del proyecto incluyendo un nuevo párrafo así:

(...)

Parágrafo 2º. Para los efectos de este artículo y las demás normas del presente título se entiende por combatiente todo aquel que tome parte directa en las hostilidades.<sup>77</sup>

Esta última propuesta no fue de recibo, y desde muy diversas fuentes se recomendó al Congreso que estableciera un sujeto activo indeterminado. Por ejemplo, “[l]a delegación del CICR tuvo la oportunidad de reunirse con el vicefiscal general de la Nación en marzo de 2000 con el fin de expresar su posición a favor de una tipificación penal con sujeto activo genérico (el que, quien)”.<sup>78</sup> “El fondo del problema reside en el hecho de que los gobiernos establecidos detestan reconocer un verdadero estatuto de combatiente a quien se enrola en fuerzas disidentes, por temor a que se vea en ello una promoción de la rebelión y una debilidad de su soberanía”.<sup>79</sup> Finalmente, el Congreso reconoció la objeción y se aprobó como sujeto activo simplemente la expresión “el que”.

Aunque la Corte Constitucional en la sentencia C-291 de 2007 declaró constitucional la palabra “combatientes” del numeral 6 del parágrafo del artículo 135, cuando menciona las personas protegidas, nuestra opinión difiere de esta Corporación. No es congruente hablar de “‘los combatientes’ que hayan depuesto las armas por captura, rendición u otra causa análoga”. Para ser consecuentes con los demás tipos penales se debió mencionar simplemente a “los que hayan depuesto las armas por captura, rendición u otra causa análoga”. Compartimos pues el salvamento de voto del magistrado Jaime Araújo Rentería que abogaba por su inconstitucionalidad.

Aunque la naturaleza de este sujeto sea monosubjetiva e indeterminada, se debe tener en cuenta que conforme al principio de distinción, en los conflictos armados no internacionales los llamados a

<sup>77</sup> Acta de Plenaria núm. 22 de la Sesión Ordinaria del día miércoles 31 de mayo de 2000, en *Gaceta del Congreso*, núm. 194 del 9 de junio de 2000, pp. 20-22.

<sup>78</sup> José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto y Manuel Pérez González, “Propuesta de modificación del código penal español en materia de delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado”, ob. cit., p. 510.

<sup>79</sup> Yves Sandoz, “El medio siglo de los Convenios de Ginebra”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 150, junio de 1999, Ginebra, pp. 152-153.

desconocer el derecho humanitario son quienes participan directamente en las hostilidades.<sup>80</sup> Es necesario observar lo señalado en el Capítulo I sobre los alcances de esta expresión.<sup>81</sup> Para los tribunales penales internacionales, antes que sancionan ciertas infracciones al derecho humanitario, es determinante esta diferencia: “Para el TPIY es innecesario definir exactamente la línea divisoria entre aquellos que participan directamente en las hostilidades y aquellos que no están tan involucrados. Es suficiente evaluar los hechos relevantes de cada víctima y cerciorarse si en cada circunstancia individual la persona participaba activamente en las hostilidades en el momento relevante”.<sup>82</sup>

- El sujeto pasivo no es uniforme en los diferentes tipos. La persona titular del bien jurídico que el legislador protege y que resulta afectada por la conducta del sujeto agente es cualificada y determinada en los siguientes casos: persona protegida (arts. 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 146, 147, 150, 151, 152, y 158), población civil (arts. 144, 157 –segundo inciso–, 159, 160 y 161), persona (arts. 148 y 149), persona fuera de combate, heridos, enfermos, (art. 145), adversario (art. 143) menores de dieciocho años (art. 162). De estos sujetos pasivos determinados, los únicos que aparecen definidos por el propio Código Penal son las personas protegidas. En el Capítulo I en el aparte del principio de distinción se mencionaron los alcances de

<sup>80</sup> “[Incluso], en virtud del Derecho Internacional Humanitario incumbe al Estado sancionar al personal bajo su mando, aunque haya sido puesto a disposición de Naciones Unidas”. Pilar Pozo Serrano, “La aplicación del derecho internacional humanitario a las fuerzas de Naciones Unidas: algunos interrogantes”, en Consuelo Ramón Chornet (coord.), *El derecho internacional humanitario ante los nuevos conflictos armados* ob. cit., p. 349.

<sup>81</sup> Véase supra p. 135 y ss.

<sup>82</sup> Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, Judgement, The prosecutor v. Dusko Tadic, IT.94-1-T, paras. 615; 112 ILR 1 at 203, citado en Knut Dormänn, *Elements of war crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court. Sources and Comments*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 390.

estas expresiones.<sup>83</sup> Incluso también aparecen tipos indeterminados como el del artículo 163.

- La conducta de los diversos tipos penales establece diferentes comportamientos de acción y omisión, y es muy variada en sus verbos rectores. El modelo descriptivo en casi todos los casos es activo y sólo es negativo en las omisiones establecidas en los artículos 152 y 161. La mayoría de los tipos establecen comportamientos de resultado e instantáneos.

- El objeto material, aquello sobre lo cual se concreta la vulneración del interés jurídico que el legislador pretende tutelar en cada tipo, y hacia el cual se orienta la conducta del agente, en algunos tipos es personal, en otros real y en otros fenomenológico. El objeto material personal coincide con la calidad de sujeto pasivo y objeto material de la conducta: persona protegida, población civil, heridos, enfermos, personas fuera de combate, y menor de dieciocho años, entre otros. El objeto material real protege de manera específica ciertas cosas: cadáver (art. 151), bienes protegidos (art. 154), bienes sanitarios (art. 155), bienes culturales (art. 156), obras que contienen fuerzas peligrosas (art. 157), bienes indispensables para la supervivencia (art. 158). Dos tipos penales protegen un objeto material fenomenológico: los signos de protección (art. 143) y el medioambiente (art. 164).

- El objeto jurídico es el derecho internacional humanitario puesto que es el interés que el Estado busca proteger mediante los diversos tipos penales y que resulta vulnerado por la conducta del agente. Los tipos penales cuyo objeto material es personal protegen una variedad de bienes jurídicos como son la vida (arts. 135, 144, 145, 158, 160, 161), la integridad personal (arts. 136, 137, 146, 147, 158, 159), la integridad sexual (arts. 138, 139, 140, 141), la igualdad (art. 147), la libertad personal (arts. 148, 149, 150, 159) y las garantías judiciales (art. 149).

---

<sup>83</sup> Véase *infra* p. 127 y ss.

- Un ingrediente normativo estructural del tipo es la expresión “con ocasión y desarrollo del conflicto armado”, que aparece en cada una de las conductas delictivas. Es un ingrediente normativo especial subjetivo de contenido jurídico y, como se verá más adelante, dicho ingrediente califica el sujeto y su significado es de naturaleza jurídica, ya que el sentido de la expresión debe interpretarse conforme al derecho humanitario.

Sobre los alcances de la expresión “con ocasión y en desarrollo del conflicto armado”, lo primero que se debe reiterar es que no existen limitaciones temporales y geográficas para aplicar el derecho humanitario en un conflicto armado no internacional independientemente de la existencia o no de hostilidades. Si al interior de un Estado existe un conflicto armado se debe aplicar siempre el derecho humanitario, en cualquier sitio o en cualquier hora, “en cualquier tiempo y lugar”, conforme al artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949.

Los tribunales penales internacionales han sido enfáticos en esta apreciación. En las distintas decisiones del caso Tadic, el primero decidido por el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, de diferentes maneras se hace referencia a esta característica del derecho humanitario: “...el alcance temporal y geográfico de los conflictos armados internos e internacionales se extiende más allá del tiempo y lugar exactos de las hostilidades”; “...por lo menos algunas disposiciones de los Convenios aplican a todo el territorio de las partes en conflicto, no sólo en inmediaciones de las hostilidades”; “...las reglas contenidas en el artículo 3, también se aplican fuera del estrecho contexto geográfico del real teatro de operaciones de combate”; “...el derecho internacional humanitario continúa aplicándose ...en caso de conflictos internos, [en] todo el territorio bajo control de una parte, si ahí toma lugar o no un combate real. ...Es suficiente que los crímenes invocados fueran relacionados de cerca con las hostilidades que ocurrían en otras partes de los territorios controlados por las partes en conflicto”; “...La única cuestión a determinar en las circuns-

tancias de cada caso, es saber si las infracciones estuvieron estrechamente ligadas al conflicto armado en su conjunto”.<sup>84</sup>

Este mismo Tribunal, en el caso *Blasik*, dijo que “[n]o es necesario que todos los crímenes deban cometerse en la región geográfica exacta donde se lleva a cabo un conflicto armado en un momento dado”.<sup>85</sup> En el caso *Musema*, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda afirmó: “Por lo que se refiere al requisito territorial, no existe una limitación con respecto al territorio de la Alta Parte Contratante, ya que el artículo 3 común y el Protocolo Adicional II se aplicarán en todo su territorio, sin limitarse al frente de guerra o al lugar donde se están produciendo los combates”.<sup>86</sup> En este mismo sentido ha dicho la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

La Comisión también desea hacer énfasis en que, en conflictos armados internos, el derecho humanitario se aplica en todo el territorio nacional, no solamente en áreas geográficas específicas donde se llevan a cabo las hostilidades. Por consiguiente, cuando el derecho humanitario prohíbe a las partes del conflicto dirigir ataques contra personas civiles o tomar rehenes en cualquier circunstancia, prohíbe dichos actos en todas partes. Por lo tanto, dichos actos de violencia cometidos por las partes en áreas en las que no hay hostilidades no son menos violatorios del derecho internacional humanitario que aquellos que se cometen en las zonas más conflictivas del país.<sup>87</sup>

---

<sup>84</sup> Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso *Tadic*, decisión del 2 de octubre de 1995, párrs. 67, 68, 69 y 70, y decisión del 7 de mayo de 1997, primera instancia, párr. 573, respectivamente. Traducción no oficial de Rafael A. S. Prieto Sanjuán, “*Tadic: internacionalización de conflictos internos y responsabilidad individual*”, Pontificia Universidad Javeriana”, ob. cit., pp. 124, 125, 126 y 306.

<sup>85</sup> *Prosecutor v. Blasik*, párr. 69, citado en *ibíd.*

<sup>86</sup> TPIR, sentencia del 27 de enero de 2000 en el asunto el fiscal contra el Sr. Alfred Musema, párr. 284, citado en María Torres Pérez y Franch Valentín Bou, *La Contribución del Tribunal internacional penal para Ruanda a la configuración jurídica de los crímenes internacionales*, ob. cit., p. 408.

<sup>87</sup> CIDH, *Tercer Informe*, ob. cit., párr. 83.

Lo segundo por reiterar es que en el caso de infracciones al derecho humanitario, aunque éste se debe aplicar en cualquier tiempo y lugar así no se presenten hostilidades, siempre deber existir un nexo entre la conducta delictiva descrita en los tipos penales y el conflicto armado. Esta relación ha sido subrayada también por los Tribunales Penales Internacionales. En el caso Rutaganda, el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia afirmó que “[d]ebería haber un nexo entre la ofensa y el conflicto armado para que el artículo 4 del Estatuto sea aplicado. Por esto debería entenderse que la ofensa debe estar estrechamente relacionada con las hostilidades cometidas en el contexto del conflicto armado”.<sup>88</sup> En el caso Akayesu, el Tribunal Penal para Ruanda señaló: “...los crímenes no deben ser cometidos por el perpetrador puramente por motivos personales”.<sup>89</sup>

Por tanto, debe haber una relación entre el crimen y el conflicto armado. En términos del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, los crímenes alegados deben ser “cometidos dentro del contexto del conflicto armado”. En el caso Delalic, el Tribunal manifestó:

Debe haber una relación obvia entre el acto criminal y el conflicto armado. Claramente, por ejemplo, si un crimen relevante fue cometido en el curso de una pelea o de la toma de una población durante un conflicto armado, esto sería suficiente para decir que la ofensa es una violación del derecho internacional humanitario. Tal conexión directa con las hostilidades no es, por tanto, necesaria en cada situación. Una vez más, la Sección de Apelaciones ha manifestado un enfoque sobre la naturaleza de estos nexos entre los actos del acusado y del conflicto armado. En su opinión, es suficiente que los crímenes invocados estuvieran estrecha-

<sup>88</sup> María Torres Pérez y Franch Valentín Bou, *La Contribución del Tribunal internacional penal para Ruanda a la configuración jurídica de los crímenes internacionales*, ob. cit., p. 409. (Traducción no oficial.)

<sup>89</sup> Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Judgement, *The Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, para. 636, citado en Knut Dormänn, *Elements of war crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court. Sources and Comments*, ob. cit., p. 387.

mente relacionados con las hostilidades que tienen lugar en otras partes de los territorios controlados por las partes en conflicto.<sup>90</sup>

En el caso Kayushema Ruzindana el Tribunal Penal Internacional para Ruanda reconoció el requerimiento del nexo y manifestó:

La Sección es de la opinión que solo las ofensas que tienen relación con el conflicto armado comprenden esta categoría. Si no hay una relación directa entre los crímenes y el conflicto armado no hay bases para concluir que el artículo 3º Común y el Protocolo II han sido violados... El término “nexo” no debe ser entendido como algo vago e indefinido. Una relación directa entre los crímenes invocados, referidos en la acusación, y el conflicto armado debe ser establecida teniendo en cuenta los hechos ocurridos. Sin evaluación, por lo tanto, no puede ser definido en abstracto. Teniendo en cuenta caso por caso, la Sección de Primera Instancia adjudica los hechos ocurridos hasta donde existe una relación. Es de la incumbencia de la Fiscalía el presentar esos hechos y probar, más allá de la duda, la existencia de dicho nexo (o relación).<sup>91</sup>

Los Elementos de los Crímenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional exigen para cada uno de los crímenes de guerra estipulados “que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado [internacional o que no era de índole internacional] y haya estado relacionada con él”. Sobre los alcances de esta expresión dice el profesor Kai Ambos:

En todos estos casos, el autor tan sólo llega a ser un “criminal de guerra” si su conducta, como lo exigen correctamente los *Elementos*, tuvo lugar en el contexto de un conflicto armado. Con todo, este contexto no puede tan sólo considerarse de forma objetiva, sino que es consecuencia

<sup>90</sup> Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, Judgment, The Prosecutor v. Dusko Tadic, IT-94-1-T, paras. 572, 617; 112 ILR 1 at 183, 203; Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, judgment, the Prosecutor v. Zejnir Delalic and Others, IT-96-21-T, para. 193, citados en *ibíd.*, p. 388.

<sup>91</sup> Tribunal Penal Internacional para Ruanda, judgment, the Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana, ICTR-95-1-T, paras. 185-8, citado en *ibíd.*

de la actitud del delincuente hacia el delito. Si el autor actúa con independencia del conflicto armado, si incluso no sabe que éste ocurre, entonces no lleva a cabo dentro del contexto de este conflicto, y será una simple coincidencia que se presenten simultáneamente. Sin embargo, si el autor actúa con la conciencia del conflicto armado en curso y aun se beneficia del mismo, tal conciencia es el vínculo entre su conducta y el conflicto armado. De este modo, el vínculo con el conflicto armado está formado o creado por la imaginación del autor y no sólo basado en circunstancias meramente objetivas. Es suficiente, sin embargo, que estuviera consciente de las circunstancias fácticas de un conflicto armado; no sabe ni entiende las condiciones legales implícitas (esto es, los posibles elementos normativos del *actus reus*). La introducción a los *Elementos de los Crímenes de guerra* indica: “Únicamente se exige el conocimiento de las *circunstancias de hecho* que hayan determinado la existencia de un *conflicto armado*, implícito en las palabras “haya tenido lugar en el contexto de... y que haya estado relacionada con él”.<sup>92</sup>

Agrega el profesor Ambos que esta relación no puede ser determinada sólo de manera objetiva sino que se debe tener en cuenta la actitud interna del autor hacia el hecho, en otras palabras, la representación del autor y, en ese sentido, por eso resulta suficiente que el autor sea consciente de las circunstancias fácticas de un conflicto armado.<sup>93</sup>

Es de esperar que con estas apreciaciones se interprete la expresión “con ocasión y en desarrollo del conflicto armado”, que como se observa excluye los motivos de origen personal o que no tengan ninguna relación directa o funcional con el conflicto.

- Siempre que proceda, se puede presentar la tentativa de cualquiera de estos delitos. La conducta cuya consumación no fue posible debe sancionarse conforme al artículo 27 del Código Penal que

<sup>92</sup> Kai Ambos, *Los crímenes del nuevo derecho penal internacional*, ob. cit., p. 94.

<sup>93</sup> Kai Ambos, *La parte general del derecho penal internacional, bases para una elaboración dogmática*, Duncker y Humboldt, Konrad Adenauer Stiftung y Temis, Bogotá, 2006, p. 410.

consagra la tentativa. Como se indicó, aunque los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo I de 1977 no estipulan la tentativa a las infracciones graves, el derecho nacional sí lo puede hacer, tal como también la consagra el Estatuto de la Corte Penal Internacional para sus respectivos crímenes (art. 25). Son objeto de tentativa, entre otras, algunas de las conductas descritas en los artículos 135, 144, 145, 158, 160, 161 cuando atentan contra el derecho a la vida, las señaladas en los artículos 136, 137, 138, 146, 147, 158, 159 cuando atentan contra la integridad personal, o las estipuladas en los artículos 154, 155, 156 y 157 cuando atentan contra bienes protegidos.

- Es predicable el concurso de conductas punibles. El artículo 31 del Código Penal lo establece, al igual que el derecho internacional para las infracciones al derecho humanitario. Se puede presentar tanto un concurso ideal –cuando una misma conducta se puede encuadrar en varios tipos penales–, como un concurso material –cuando varios comportamientos de la misma persona se pueden encuadrar en uno o varios tipos diversos–. Los Elementos de los Crímenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional establecen que “[u]na determinada conducta puede configurar uno o más crímenes” (numeral 9 de la introducción general).

- Los delitos contra el derecho humanitario son dolosos. La intención es un elemento esencial de las infracciones al derecho humanitario. Así se establece para las infracciones a los Convenios de Ginebra de 1949, al Protocolo I de 1977, a los Estatutos de los tribunales penales internacionales y para los crímenes de conocimiento de la Corte Penal Internacional. La culpa y la preterintención no se predicen en este tipo de infracciones, máxime cuando el Código Penal establece que éstas deben estar expresamente señaladas en la ley (art. 21), y en el Título II de la parte especial del Código no se establecen estas formas de culpabilidad para los delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho humanitario. Los parámetros para establecer el dolo están consignados en el artículo 22 del Código Penal.

El dolo exige una conciencia de antijuridicidad que tiene dos características. La primera, que quien desarrolla la conducta tiene ple-

no conocimiento de que su acto es contrario a derecho. No se exige el conocimiento de la existencia de un tipo en el Código Penal, sino que el sujeto activo pueda establecer que su actuar va en contra del ordenamiento jurídico, es decir, que su proceder se encuentra jurídicamente prohibido. La segunda, a ese conocimiento de la antijuridicidad del hecho se suma el deseo de realizar la descripción consagrada en el supuesto de la conducta.<sup>94</sup> Vale la pena agregar que el dolo eventual no está excluido frente a este tipo de delitos.<sup>95</sup>

- La naturaleza de las penas es diversa ya que se establece la prisión, la multa y la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas. La prisión, pena principal establecida para todos los tipos penales de este Título II, es mucho mayor que otras conductas similares que están contempladas en el mismo Código Penal; las sanciones son más altas en razón de que el objeto jurídico tutelado es el derecho internacional humanitario y que precisamente se presentan en el marco de un conflicto armado. La multa, otra pena principal que está consagrada también para todos los tipos penales que se examinan, aparece como acompañante de la pena de prisión. La inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, pena accesoria, está consagrada sólo en los artículos 135, 137, 142, 144, 145, 146, 147, 148, 157, 159 y 164.

- Aunque la regla general es la cosa juzgada material para todo tipo de sentencia ejecutoriada, de manera excepcional las decisiones de las investigaciones penales por estos delitos hacen tránsito a cosa juzgada formal y no material, ya que ante la existencia de nuevos he-

<sup>94</sup> Véase Diego Fernando Victoria Ochoa, *Delitos contra las personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario—conforme con el nuevo código penal*, Leyer, Bogotá, 2001, quien en el capítulo III, cuando analiza cada uno de los delitos en particular subraya este elemento de la conciencia de la antijuridicidad.

<sup>95</sup> “El dolo es eventual en el caso de que la previsión de un resultado antijurídico, ligado solo eventualmente a otro inequívocamente querido, no detiene al agente en la realización de su propósito inicial”. Alfonso Reyes Echandía, *Derecho Penal*, undécima edición, Temis, Bogotá, 1996, p. 212.

chos y pruebas sería viable la interposición de la acción de revisión. Sobre el particular se ha pronunciado la Corte Constitucional:

...la fuerza normativa de los derechos constitucionales de las víctimas y el imperativo que la Carta impone a las autoridades de lograr la vigencia de un orden justo (CP, art. 2) implican que en los casos de violaciones de los derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de esos atroces comportamientos, entonces puede n ser reabiertas las investigaciones, incluso si existen decisiones absolutorias con fuerza de cosa juzgada. La razón es que una prohibición absoluta de reiniciar esas investigaciones obstaculiza la realización de un orden justo e implica un sacrificio en extremo oneroso de los derechos de las víctimas. Por consiguiente, en los casos de impunidad de violaciones de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario, la búsqueda de un orden justo y los derechos de las víctimas desplazan la protección de seguridad jurídica y la garantía del *non in ídem*, y por ello la existencia de una decisión absolutoria con fuerza de cosa juzgada no debe impedir la reapertura de la investigación de esos comportamientos, si aparecen hechos o pruebas nuevas no conocidas al tiempo de los debates. Y es que la seguridad jurídica en una sociedad democrática, fundada en la dignidad humana, no puede estar edificada sobre la base de silenciar el dolor y los reclamos de justicia de las víctimas de los comportamientos más atroces, como son las violaciones de los derechos humanos y las infracciones graves al derecho internacional humanitario.<sup>96</sup>

Establece la parte resolutive de esta jurisprudencia:

Declarar exequible el numeral 3º del artículo 220 de la Ley 600 de 2000 o Código de Procedimiento Penal, en el entendido de que, de conformidad con los fundamentos 31, 36 y 37 de esta sentencia, la acción de revisión por esta causal también procede en los casos de preclusión de la inves-

<sup>96</sup> Corte Constitucional, sentencia C-004 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, fundamento 30.

tigación, cesación de procedimiento y sentencia absolutoria, siempre y cuando se trate de violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, y un pronunciamiento judicial interno, o una decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, aceptada formalmente por nuestro país, haya constatado la existencia del hecho nuevo o de la prueba no conocida al tiempo de los debates. Igualmente, y conforme a lo señalado en los fundamentos 34, 35 y 37 de esta sentencia, procede la acción de revisión contra la preclusión de la investigación, la cesación de procedimiento y la sentencia absolutoria, en procesos por violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, incluso si no existe un hecho nuevo o una prueba no conocida al tiempo de los debates, siempre y cuando una decisión judicial interna o una decisión de una instancia internacional de supervisión y de control de derechos humanos, aceptada formalmente por nuestro país, constaten un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado colombiano de investigar en forma seria e imparcial las mencionadas violaciones.<sup>97</sup>

Esta decisión de la Corte Constitucional fue plasmada en los artículos 21 y 192 numeral 4 de la Ley 906 de 2004 que establece respectivamente la cosa juzgada y una de las causales de la acción de revisión en el nuevo Código de Procedimiento Penal que entró a regir el 1 de enero de 2005:

Artículo 21. Cosa Juzgada. La persona cuya situación jurídica haya sido definida por sentencia ejecutoriada o providencia que tenga la misma fuerza vinculante, no será sometida a nueva investigación o juzgamiento por los mismos hechos, salvo que la decisión haya sido obtenida mediante fraude o violencia, o en casos de violaciones de los derechos humanos o infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario, que se establezcan mediante decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, respecto de la cual el Estado colombiano ha aceptado formalmente la competencia.

---

<sup>97</sup> Idem.

Artículo 192. Procedencia La acción de revisión procede contra sentencias ejecutoriadas, en los siguientes casos: ...

4. Cuando después del fallo *absolutorio* en procesos por violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, se establezca mediante decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, respecto de la cual el Estado colombiano ha aceptado formalmente la competencia, un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado de investigar seria e imparcialmente tales violaciones. En este caso no será necesario acreditar existencia de hecho nuevo o prueba no conocida al tiempo de los debates.

La palabra “absolutorio” que aparece en bastardilla fue acusada de inexecutable ante la Corte Constitucional, y fue declarada inconstitucional por esta Corporación, entre otras por las siguientes razones:

Nada se opone... a que, por virtud de la exclusión de la expresión acusada, se extienda la posibilidad de reapertura de estos procesos, por la vía de la revisión, a aquellos que han culminado con fallos condenatorios y una instancia internacional haya establecido que son el producto del incumplimiento protuberante de los deberes de investigación seria e imparcial por parte del Estado, lo que ubica tales decisiones en el terreno de las condenas aparentes, que toleran o propician espacios de impunidad en un ámbito en que tanto el orden constitucional como el internacional, repudian tal posibilidad.

24. Encuentra así la Corte que el alcance que la expresión demandada le imprime a la causal de revisión de la cual forma parte, entraña en primer término, una violación de la Constitución en virtud del desconocimiento de claros referentes internacionales aplicables a la materia por concurrir a integrar el bloque de constitucionalidad (CP, art. 93); en segundo término, una actuación contraria al deber constitucional de protección de los derechos de las víctimas de estos delitos que desconocen la dignidad humana y afectan condiciones básicas de convivencia social, necesarias para la vigencia de un orden (CP, art. 2); en tercer lugar, un desconoci-

miento de los compromisos internacionales del Estado colombiano de colaborar con la vigencia de los derechos humanos y sancionar las conductas que afectan estos valores supremos del orden internacional, que nuestro país ha reconocido como elementos esenciales de las relaciones internacionales (CP, art. 9°); y en cuarto lugar, una violación al debido proceso de la persona condenada en una actuación que desatiende los deberes constitucionales e internacionales de investigar seria e imparcialmente estos crímenes, aspecto que ha sido constatado por una instancia internacional. Por ello, la Corte declarará la inexecutable de la expresión acusada que hace parte del artículo 192.4 de la Ley 906 de 2004.<sup>98</sup>

Las instancias internacionales a las que aluden la jurisprudencia y las normas del Código de Procedimiento Penal son a la fecha<sup>99</sup> la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer. Mediante la ratificación del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Ley 74 de 1968, el Comité de Derechos Humanos tiene competencia para recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo jurisdicción del Estado colombiano por hechos ocurridos con posterioridad al 23 de marzo de 1976. Mediante la ratificación del Protocolo Facultativo de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Ley 984 de 2005, el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer tiene competencia para recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo jurisdicción del Estado colombiano por hechos ocurridos con posterioridad al 23 de abril de 2007. Mediante la ratificación de la Convención Americana de Derechos Humanos, Ley 16 de 1972, la

---

<sup>98</sup> Corte Constitucional, sentencia C-979 del 26 de septiembre de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

<sup>99</sup> Al 31 de julio de 2007 el Estado colombiano no había reconocido la competencia para recibir y examinar comunicaciones individuales del Comité para la eliminación de la discriminación racial, el Comité contra la tortura y el Comité de derechos de los trabajadores migratorios, mecanismos convencionales de las Naciones Unidas que tienen esta competencia.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos puede recibir y examinar peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por el Estado colombiano por hechos ocurridos con posterioridad al 18 de julio de 1978. Mediante la Ley 28 de 1996 se establecen instrumentos para la indemnización de perjuicios a las víctimas de violaciones de derechos humanos en virtud de lo decidido por el Comité de Derechos Humanos o de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Además, el Estado colombiano reconoció la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 21 de junio de 1985.

- Las infracciones al derecho humanitario no sólo determinan un derecho a la justicia para investigar y sancionar a los eventuales responsables, sino que implican los derechos a la verdad y a la reparación. Las víctimas tienen un derecho inalienable a saber, a interponer recursos y a obtener reparaciones. Estos derechos son respaldados por instrumentos internacionales, y por jurisprudencia y doctrina tanto internacional como nacional.<sup>100</sup>

---

<sup>100</sup> Para ilustrar este aspecto de la jurisprudencia y la doctrina se citan dos ejemplos, uno de jurisprudencia nacional y otro de doctrina internacional. La Corte Constitucional en la sentencia C-228 de 2002, con ponencia de los magistrados Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynnet, en la que modificó su jurisprudencia relativa a los derechos de la parte civil en el proceso penal, tras un detenido análisis de los derechos de las víctimas en el derecho internacional y comparado, concluyó lo siguiente: "...tanto en el derecho internacional, como en el derecho comparado y en nuestro ordenamiento constitucional, los derechos de las víctimas y perjudicados por un hecho punible gozan de una concepción amplia –no restringida exclusivamente a una reparación económica– fundada en los derechos que ellas tienen a ser tratadas con dignidad, a participar en las decisiones que las afecten y a obtener la tutela judicial efectiva del goce real de sus derechos, entre otros, y que exige a las autoridades que orienten sus acciones hacia el restablecimiento integral de sus derechos cuando han sido vulnerados por un hecho punible. Ello sólo es posible si a las víctimas y perjudicados por un delito se les garantizan, a lo menos, sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación económica de los daños sufridos. De tal manera que la víctima y los perjudicados por un delito tienen intereses adicionales a la mera reparación pecuniaria. Algunos de sus intereses han sido protegidos por la Constitución de 1991 y se traducen en tres derechos relevantes para analizar la norma demandada en el presente proceso: 1. El derecho a la verdad, esto es, la posibilidad de co-

El “Conjunto de principios actualizados para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad”, anexo al Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad, presentados a la Comisión de Derechos Humanos en el 2005, establece entre otros los siguientes principios vinculados con el derecho a la verdad:

**Principio 2.** El derecho inalienable a la verdad

Cada pueblo tiene el derecho inalienable a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos en el pasado en relación con la perpetración de crímenes aberrantes y de las circunstancias y los motivos que llevaron, mediante violaciones masivas o sistemáticas, a la perpetración de esos crímenes. El ejercicio pleno y efectivo del derecho a la verdad proporciona una salvaguardia fundamental contra la repetición de tales violaciones.

**Principio 3.** El deber de recordar

El conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión forma parte de su patrimonio y, por ello, se debe conservar adoptando medidas adecuadas en aras del deber de recordar que incumbe al Estado para

---

nocer lo que sucedió y en buscar una coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real. Este derecho resulta particularmente importante frente a graves violaciones de los derechos humanos. 2. El derecho a que se haga justicia en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad. 3. El derecho a la reparación del daño que se le ha causado a través de una compensación económica, que es la forma tradicional como se ha resarcido a la víctima de un delito. ...”. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Informe sobre el proceso de desmovilización en Colombia, ha sido enfática en señalar que son principios y normas orientados a superar los conflictos armados y sus consecuencias sobre la población civil el derecho a conocer la verdad y el derecho a la justicia y al esclarecimiento judicial sobre los crímenes de derecho internacional perpetrados durante el conflicto, y el derecho de las víctimas a la reparación del daño causado. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.120, Doc. 60, 13 de diciembre de 2004, párrs. 24 a 47. Véase OEA/Ser.L/V/II.120, Doc. 60, 13 de diciembre de 2004, párrs. 24 a 47.

preservar los archivos y otras pruebas relativas a violaciones de los derechos humanos y el derecho humanitario y para facilitar el conocimiento de tales violaciones. Esas medidas deben estar encaminadas a preservar del olvido la memoria colectiva y, en particular, evitar que surjan tesis revisionistas y negacionistas.

**Principio 4.** El derecho de las víctimas a saber

Independientemente de las acciones que puedan entablar ante la justicia, las víctimas y sus familias tienen el derecho imprescriptible a conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima.

Los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 60/147 del 16 de diciembre de 2005, subrayan que las violaciones de derecho humanitario atribuidas por acción u omisión del Estado generan a las víctimas un derecho de reparación.<sup>101</sup> A su vez, establecen que una reparación plena, efectiva y rápida debe promover la justicia y ser proporcional a la gravedad de las violaciones y del daño sufrido que contemple: la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición. Además, los Estados deben establecer programas nacionales de reparación y mecanismos eficaces que garanticen la ejecución de sentencias que obliguen a reparar daños.

---

<sup>101</sup> Según el *Customary International Humanitarian Law*, es norma consuetudinaria para conflictos armados internacionales y no internacionales, la siguiente: “Norma 150. El Estado responsable de violaciones del derecho internacional humanitario está obligado a reparar íntegramente la pérdida o la lesión causada”. Véase International Committee of the Red Cross, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Rules, ob. cit., pp. 537 a 550.

Las medidas de restitución pretenden restablecer el derecho conculcado cuando sea posible como por ejemplo el restablecimiento de la libertad, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración a su empleo, y la devolución de los bienes. La indemnización es el reconocimiento de una suma de dinero por todos los perjuicios evaluables económicamente tales como el daño físico o mental, la pérdida de empleo u otras oportunidades, los daños materiales incluido el lucro cesante, los perjuicios morales y los gastos en asistencia médica, psicológica o jurídica. La rehabilitación incluye la atención médica y psicológica, así como los servicios jurídicos y sociales. La satisfacción contempla medidas destinadas a esclarecer la verdad de lo ocurrido, a recordar la memoria de las víctimas, a solicitar disculpas públicas, a aceptar la responsabilidad de los hechos, a promover una educación de derechos humanos que cuente lo ocurrido. Las garantías de no repetición contribuyen a la prevención mediante el control de las fuerzas y procedimientos militares, al fortalecimiento de la independencia del poder judicial, a la protección de profesionales en situación de vulneración, a la educación en derechos humanos a todos los sectores sociales, a la promoción y capacitación también en derechos humanos a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, entre otros.

- Aunque como se indicó, en el campo internacional se predica la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra,<sup>102</sup> conforme al primer inciso del artículo 93 de la Constitución Nacional no sería ajustado a la Carta Política argumentar que prevalece a nivel interno dicha imprescriptibilidad hasta tanto Colombia no se adhiera a la Convención sobre la imprescriptibilidad de crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de 1968.<sup>103</sup> En el Código Penal la prescripción de

<sup>102</sup> Véase supra pp. 250 y ss.

<sup>103</sup> Camilo Bernal Sarmiento sostiene la imprescriptibilidad de la acción disciplinaria ante las graves violaciones al derecho internacional humanitario. Véase Anexo 3. “La imprescriptibilidad de la acción disciplinaria por violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario”, en Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Procuraduría General de la Nación, *Guía práctica de pruebas para las investigaciones*

la acción penal es igual al máximo de la pena fijada para cada uno de estos delitos, y en ningún caso será inferior a cinco años ni excederá de veinte (art. 83). El siguiente inciso de la misma norma establece para algunas violaciones de derechos humanos un término más amplio de prescripción: treinta años para el genocidio (art. 101), la desaparición forzada (art. 165),<sup>104</sup> la tortura (art. 178) y el desplazamiento forzado (art. 180). No se entiende cómo el legislador no incluyó en este inciso los delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho humanitario, cuando son conductas similares en cuanto a su gravedad. De conformidad con la reforma introducida por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, la prescripción de la acción penal de los delitos consignados en los siguientes artículos es de veinte años: 135, 137, 138, 140, 141, 144, 145, 148, 149, 157, 159, 163 y 164.

No obstante lo anterior, la Corte Penal Internacional sí puede –en razón del principio de imprescriptibilidad de los crímenes de su competencia [art. 29 del Estatuto]– llegar a investigar y juzgar conductas constitutivas de cualquiera de los mencionados crímenes, así la acción penal o la sanción penal para los mismos haya prescrito, según las normas jurídicas nacionales.

El tratamiento diferente que hace el Estatuto de Roma respecto a la imprescriptibilidad de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional, tiene fundamento en el artículo 93 de la Constitución. Se trata de un tratamiento distinto respecto de una garantía constitucional que

---

*disciplinarias por violaciones de los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario*, Bogotá, 2004, pp. 145 a 163.

<sup>104</sup> En vista de que el artículo VII de la Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas establece la imprescriptibilidad de la acción y de la pena de la desaparición forzada, la Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad de la Ley 707 de 2001 aprobatoria de ese instrumento, señaló que: “...la imprescriptibilidad de la acción penal resulta conforme a la Carta Política, siempre y cuando no se haya vinculado a la persona al proceso a través de indagatoria. Cuando el acusado ya ha sido vinculado, empezarán a correr los términos de prescripción de la acción penal, si el delito está consumado”, sentencia C-580 de 2002, M. P. Rodrigo Escobar Gil. Este instrumento entró en vigor el 17 de mayo de 2005 en virtud de la Ley 707 de 2001.

está expresamente autorizado a partir del Acto Legislativo 02 de 2001 y que opera exclusivamente dentro del ámbito regulado por dicho Estatuto.<sup>105</sup>

“Hoy puede afirmarse, entonces, que está en proceso de formación (o de consolidación, si somos más optimistas) una norma consuetudinaria que reconoce la imprescriptibilidad de los crímenes incluidos en la jurisdicción de la Corte [Penal Internacional]”.<sup>106</sup> Una vez que este proceso de formación o consolidación concluya, “...se deduce que todos los Estados deberán adoptar sus legislaciones nacionales para incorporarla a sus sistemas de derecho penal”.<sup>107</sup> En América Latina han contribuido a ese proceso de formación decisiones como las del caso Barrios Altos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>108</sup> y la de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina que declaró sin efectos las leyes de obediencia debida y punto final.<sup>109</sup>

- Los sujetos que cometan delitos a que hace referencia este título no pueden beneficiarse de una amnistía o un indulto que impida su investigación o sanción. Aunque el numeral 5 del artículo 6 del Protocolo II de 1977 señala que a “la cesación de las hostilidades, las

<sup>105</sup> Corte Constitucional, sentencia C-578 de 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>106</sup> Micaela Frulli, “El derecho internacional y los obstáculos a la implementación de la responsabilidad penal por crímenes internacionales”, en Antonio Cassese y Mirella Delmas-Marty (eds.), *Crímenes internacionales y jurisdicciones internacionales*, ob. cit., p. 337.

<sup>107</sup> *Ibíd.*, p. 339. Según el numeral 8º de la resolución 3074 de 1973 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, “Los Estados no sancionarán ninguna medida legislativa ni de otro tipo que pueda significar un perjuicio para las obligaciones internacionales que han asumido con respecto al descubrimiento, arresto, la extradición y el castigo de las personas culpables de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad”.

<sup>108</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Barrios Altos c. Perú, sentencia del 14 de marzo de 2001, con el voto razonado del juez García Ramírez, y la sentencia de 3 de septiembre de 2001, interpretación de la sentencia de fondo (art. 67, Convención Americana sobre Derechos Humanos).

<sup>109</sup> Sentencia del 14 de junio de 2005, causa 17.768.

autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de la libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado”, esta amnistía no puede cobijar a quienes han cometido infracciones graves o crímenes de guerra si no se satisface el derecho a la justicia.<sup>110</sup> Si bien conforme a la Constitución Política, el Estado se reserva el derecho de definir cuáles son los delitos de connotación política y sus conexos que pueden ser amnistiados (art. 150 num. 17), en esta categoría no pueden quedar amparadas las infracciones graves o crímenes de guerra en las que no se investigue y sancione a sus responsables. “...las leyes de amnistía adoptadas en el marco de un conflicto armado interno deben versar sobre los delitos políticos y conexos cometidos con ocasión de las hostilidades, quedando por tanto excluidas de tal medida las infracciones graves al DIH o las violaciones sistemáticas y flagrantes de los derechos humanos, como quiera que éstas constituyen crímenes de *lesa humanidad*”.<sup>111</sup>

El Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad,<sup>112</sup> en su principio 24 sobre las restricciones y otras medidas

---

<sup>110</sup> Según el *Customary International Humanitarian Law*, es norma consuetudinaria para conflictos armados no internacionales, la siguiente: “Norma 159. Cuando hayan cesado las hostilidades, las autoridades en el poder se esforzarán por conceder la amnistía más amplia posible a quienes hayan participado en un conflicto armado no internacional o a las personas privadas de libertad por razones relacionadas con el conflicto armado, salvo a las personas sospechosas o acusadas de haber cometido crímenes de guerra, o que estén condenadas por ello”. Véase International Committee of the Red Cross, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Rules, ob. cit., pp. 611 a 614.

<sup>111</sup> M. T. Infante, *Los tratados en el derecho interno chileno: el efecto de la reforma constitucional de 1989 vista por la jurisprudencia*, en Héctor Gross Espiell, Amicorum Liber, vol. I, Bruylant, Bruselas, 1997, p. 567, citado en Alejandro Ramelli Arteaga, *La constitución colombiana y el derecho internacional humanitario*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 344.

<sup>112</sup> Anexo al Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad, presentado a la Comisión de Derechos Humanos en el 2005, E/CN:4/102/add.1, 8 de febrero de 2005.

relativas a la amnistía, establece que “los autores de delitos graves conforme al derecho internacional no podrán beneficiarse de esas medidas mientras el Estado no cumpla las obligaciones enumeradas en el principio 19<sup>113</sup> o los autores hayan sido sometidos ante un tribunal competente, sea internacional o internacionalizado o nacional, fuera del Estado que se trata”. Así mismo, la jurisprudencia del sistema interamericano considera inadmisibles las disposiciones de amnistía que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de derechos humanos,<sup>114</sup> y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe sobre el proceso de desmovilización en Colombia de miembros de las autodefensas ha dicho:

Algunos Estados afectados por conflictos armados internos y sus consecuencias han recurrido al dictado de leyes de amnistía al momento de implementar mecanismos de pacificación y reconciliación nacional. Sin embargo, la concesión de amnistías e indultos debe circunscribirse a conductas punibles que tengan el carácter de delitos políticos o de delitos comunes conexos con aquéllos en la medida en que teniendo relación directa y estrecha con la delincuencia política, no constituyan delitos graves conforme al derecho internacional. Los responsables por la comisión de este tipo de crímenes no deben beneficiarse indebidamente de causales de exclusión de la punibilidad, como la prescripción del delito y la prescripción de la pena; con el otorgamiento de asilo territorial o diplomático; con la negativa a entrega en extradición por la comisión de crímenes sancionados por el derecho internacional; o con la concesión de amnistías o indultos.<sup>115</sup>

<sup>113</sup> “Los Estados emprenderán investigaciones rápidas, minuciosas, independientes e imparciales de las violaciones de derechos humanos y el derecho internacional humanitario y adoptarán las medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia penal, para que sean procesados, juzgados y condenados debidamente” (primer inciso).

<sup>114</sup> Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Barrios Altos, sentencia del 14 de marzo de 2001, párr. 41.

<sup>115</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre el proceso de desmovilización en Colombia, OEA/Ser.L/V/II.120, Doc. 60, 13 de diciembre de 2004, párr. 37.

A su vez, la Corte Constitucional ha señalado que la facultad que tiene el Congreso para conceder amnistías e indultos debe estar acorde con el derecho internacional de los derechos humanos, y que en ningún caso debe impedir a las víctimas el ejercicio de un recurso judicial efectivo:

...si el Congreso no dispone la extinción de la obligación de reparar, los amnistiados o indultados quedan vinculados por la obligación de reparar el daño causado a los particulares que hayan sido víctimas de los delitos por ellos cometidos. Pero si el Congreso dispone también la extinción de la acción civil derivada de la acción penal, no puede desconocer que la obligación de reparar recae sobre el Estado y por lo tanto debe concebir los mecanismos con apego a los cuales las víctimas o perjudicados con los delitos amnistiados o indultados han de ser indemnizados.<sup>116</sup>

- Por último, en relación con estas características generales de los tipos penales es importante hacer unas consideraciones sobre la pena a los miembros de las partes en conflicto por hechos cometidos en combate.

El anterior Código Penal, el Decreto 100 de 1980, disponía en su artículo 127: “Los rebeldes o sediciosos no quedarán sujetos a pena por los hechos punibles cometidos en combate, siempre que no constituyan actos de ferocidad, barbarie o terrorismo”. El artículo 184 del Decreto 2550 de 1988, el anterior Código Penal Militar, era una norma igual al artículo 127 del Decreto 100 de 1980, sólo que era aplicable a los militares en servicio activo y a los oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional. Con base en este par de normas, si un miembro de un grupo armado no estatal mataba en combate a un miembro de la fuerza pública, o viceversa, siempre que no fuera con actos de ferocidad, barbarie o terrorismo, no estaba sujeto a pena.

Ambas disposiciones eran compatibles con el derecho humanitario, pues quien combate no es persona protegida ya que está participando directamente en las hostilidades y, por tanto, si llegase a ser

---

<sup>116</sup> Corte Constitucional, sentencia C-695 del 28 de agosto de 2002, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

muerto no se estaría cometiendo una infracción al derecho humanitario. Además, la norma penal se fundamentaba en la lógica del delito político ya que es implícito al delito de rebelión el alzamiento en armas que tiene en el combate a su operación armada por excelencia.

Ambos artículos fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-456 de 1997. Las razones esgrimidas por esta Corporación para declarar la inconstitucionalidad fueron varias. Entre los argumentos relacionados con el tema que nos ocupa, señala la providencia que ninguna norma del derecho humanitario obliga a los Estados a no castigar los delitos y que esta norma penal “recurre a la idea de combate con el objeto de institucionalizar la pena de muerte. ....al colocar al combate por fuera del derecho, degrada a las personas que se enfrentan a la condición de enemigos absolutos, librados a la suerte de su aniquilación mutua”.

Esta sentencia fue objeto de críticas, tanto por un salvamento de voto como por la doctrina, entre otras, por ser contraria al derecho humanitario. Señala el salvamento de voto en algunos de sus apartes:

El rebelde es entonces en nuestro país un combatiente que hace parte de un grupo que se ha alzado en armas por razones políticas, de tal manera que, así como el derecho internacional confiere inmunidad a los actos de guerra de los soldados en las confrontaciones interestatales, a nivel interno, los hechos punibles cometidos en combate por los rebeldes no son sancionados como tales sino que se subsumen en el delito de rebelión. ...

...si en Colombia la noción de rebelde y la figura de la exclusión de pena de los delitos en combate había sido construida a la luz del derecho de los conflictos armados, resulta absurdo pensar que la Carta de 1991, que preceptúa que “en todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario”, haya pretendido prohibir el dispositivo de la conexidad, que se desprende naturalmente del derecho de la guerra. Resulta mucho más razonable concluir, como lo sugieren algunos de los intervinientes, que la constitucionalización del derecho humanitario implica no sólo la prohibición de ciertas conductas en las hostilidades sino,

además, la necesidad de consagrar legalmente la exclusión de pena de los delitos cometidos en combate, siempre que no constituyan actos de ferocidad o barbarie, figura que constituye a nivel del derecho interno el equivalente jurídico de la no punibilidad de los actos de guerra en las confrontaciones internacionales. ...

...[N]o puede inferirse que el legislador tenga en menos estima el derecho a la vida y a la integridad de los miembros de la fuerza pública que el de los restantes miembros de la comunidad. Lo que sucede es que, por fuerza de las cosas, quien hace parte de las fuerzas armadas tiene el deber, constitucional y legal, de combatir a los rebeldes y sediciosos y tal deber comporta un riesgo mayor para su vida y su integridad personal que el de quienes no tienen ese deber profesional. El militar y el policía se definen en función de la actividad altamente valiosa pero fatalmente azarosa que cumplen: prevenir desórdenes y reprimir alzamientos. Y dicha actividad la despliegan, precisamente, para proteger los derechos de los demás ciudadanos, quedando los suyos más expuestos que los de las demás personas. El Estado no se desentiende de ellos pero no puede protegerlos con la misma eficacia que los de otros porque es inevitable que quien tiene por oficio la defensa de los derechos ajenos, arriesga sensiblemente los propios. Y no puede ser de otro modo, en lo que hace al aspecto fáctico, porque se requeriría entonces otro ejército que protegiera al ejército y otra policía que protegiera a la policía y así sucesivamente hasta el absurdo.

Y en lo que hace relación a la mayor benevolencia normativa, lo cierto es que si se adoptara la misma dialéctica del demandante y de la sentencia, podría contra argüirse que también se discrimina desfavorablemente a los rebeldes y sediciosos, en tanto que titulares del derecho a la vida y a la integridad personal, que sin duda lo son, cuando no se dispone investigar, ocurrido un combate, cuál de los miembros de la fuerza pública hirió o dio muerte a un combatiente, a fin de establecer si el hecho es justificado o hay lugar a imposición de pena.

Por eso el derecho internacional humanitario, pensado y puesto para situaciones de guerra, se orienta esencialmente hacia la protección de los

derechos de los no combatientes, sin que pueda formularse el reproche de que indebidamente se desentiende de los derechos de los combatientes. Un ejemplo claro lo encontramos en el artículo 13 del Protocolo II, adicional a los Convenios de Ginebra, que en su ordinal 3 dispone: “Las personas civiles gozarán de la protección que confiere este Título, *salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación*” (énfasis agregado). La sentencia efectivamente cita el citado Protocolo pero desvirtúa su alcance, pues deduce de esa disposición que ella no se refiere al castigo de los delitos cometidos por rebeldes y sediciosos. Sin embargo, tal y como quedó claramente señalado en la sentencia C-225 de 1995, Fundamento Jurídico No. 28, ese artículo es un desarrollo del llamado principio de distinción, según el cual las partes en un conflicto armado deben diferenciar entre combatientes y no combatientes, puesto que estos últimos no pueden ser nunca un objetivo de la acción bélica. Esto significa que, desde el punto de vista del derecho humanitario, el combatiente enemigo es un objetivo militar, y puede por ende ser atacado, mientras que la población civil goza de inmunidad. La diferencia de trato encuentra entonces su fundamento en la existencia misma de la guerra y en las reglas del derecho humanitario, por lo cual se adecua a la Carta. Y es que las situaciones de guerra no toleran, por su naturaleza misma, normatividades diseñadas para situaciones pacíficas. Y la rebelión y la sedición son, sin duda alguna, supuestos de guerra interna.<sup>117</sup>

Otras apreciaciones sobre las consecuencias de la sentencia a la luz del derecho humanitario por parte de dos académicos fueron las siguientes:

...El fallo de la Corte Constitucional ...redefine el lugar del derecho internacional humanitario, como elemento importante en el desarrollo del conflicto armado interno colombiano. De esta manera, resulta sensato pensar el fallo en términos de quién gana y quién pierde y qué se gana y qué se puede, entre los principales afectados y en relación con el DIH.

<sup>117</sup> Corte Constitucional, sentencia C-456 de 1997, salvamento de voto de los magistrados Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

...La protección igualitaria del derecho a la vida de combatientes y de no combatientes introducida por el fallo debilita, por el contrario, el privilegio protectorio del no combatiente. Bajo el nuevo *ethos* igualitario, a las partes no estatales en conflicto les debe resultar igual matar a campesinos y a soldados.<sup>118</sup>

...considero que al excluir de penas a rebeldes y sediciosos por los delitos cometidos como combatientes, está desconociendo la fuerza imperativa del derecho internacional humanitario. En ese sentido creo que esa sentencia, como bien lo señala el salvamento de voto, no recogió adecuadamente ni la tradición del delito político en Colombia, ni la fuerza normativa que tiene el derecho internacional humanitario.<sup>119</sup>

Puesto que se declaró esta inconstitucionalidad, tanto el actual Código Penal ordinario como el actual Código Penal Militar no legislan sobre este tema de la pena a los muertos en combate. Sin embargo, a la luz de ambos ordenamientos vigentes, es importante formular la pregunta de que si un miembro de un grupo armado no estatal o un miembro de la fuerza pública es muerto en combate, ¿se le debe aplicar pena? En caso afirmativo, ¿qué artículo es aplicable?

Si en combate un miembro de la fuerza pública mata a un miembro de un grupo armado no estatal, la justicia penal militar viene aplicando las causales de justificación del artículo 34 del Código Penal Militar que establecen la ausencia de responsabilidad, en particular el ordinal 1 “[c]uando se obre en estricto cumplimiento de un deber legal”, y el ordinal 4 “[c]uando se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión”. Es un deber

<sup>118</sup> Iván Orozco Abad, “El derecho internacional humanitario y el delito político: la agonía del delito político”, en Álvaro Villarraga Sarmiento, *Derecho Internacional humanitario aplicado. Casos de Colombia, El Salvador, Guatemala, Yugoslavia y Ruanda*, ob. cit., pp. 342 y 350.

<sup>119</sup> Rodrigo Uprimny, “La Corte Constitucional frente al Derecho Internacional Humanitario”, en Miguel Rujana Quintero (comp.), *Democracia, derechos humanos, derecho internacional humanitario*, Universidad Libre de Colombia, Editorial Kimpres, Bogotá, 2000, p. 251.

legal de las fuerzas militares conforme al artículo 217 de la Constitución Política “la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y el orden constitucional”, y en esa medida es lícito combatir a los grupos armados no estatales y por tanto en esta situación pueden llegar a matar al agresor.

Si en combate un miembro de un grupo armado no estatal mata a un miembro de la fuerza pública habría que aplicar el artículo 103 del Código Penal que tipifica el homicidio, agravado con la circunstancia prevista en el numeral 10 del artículo 104 puesto que es funcionario público. El artículo 135 del Código Penal establece: “El que, ...ocasiona la muerte de persona protegida conforme a los Convenios Internacionales sobre Derecho Humanitario ratificados por Colombia,...”. De tal suerte, que este tipo penal no es aplicable en situaciones en que un miembro de la fuerza pública sea muerto en combate, ya que como tantas veces se ha dicho, en ese momento no es persona protegida puesto que está participando directa e inmediatamente en las hostilidades. Si el tipo penal del artículo 135 hubiese utilizado la palabra “persona”, a secas, éste sería el artículo aplicable, puesto que este vocablo incluye a quien participe directamente en las hostilidades, aspecto bien distinto a la expresión “persona protegida”.

Esta decisión de la Corte Constitucional, que no está acorde con el principio de distinción, y que penaliza las muertes en combate perpetradas por miembros de grupos no estatales, infortunadamente ha hecho realidad una profética argumentación del salvamento de voto de la misma sentencia en cuanto a que no estimula la aplicación del derecho humanitario:

En ese orden de ideas, creemos que la Corte se equivoca profundamente cuando afirma que la norma declarada inexecutable convertía a las partes en el conflicto armado interno en “enemigos absolutos, librados a la suerte de su aniquilación mutua”. Por el contrario, esa disposición tendía a civilizar la confrontación, en la medida en que privilegiaba los actos de combate que se adecuaban a las reglas del derecho humanitario, mientras que penalizaba las violaciones a estas normas. Por ello, y ojalá nos equivoquemos, lo que efectivamente puede intensificar la ferocidad de

la guerra entre los colombianos es la propia decisión de la Corte, pues ésta desestimula el respeto de las reglas del derecho humanitario. En efecto, si a partir de la sentencia, un homicidio en combate es sancionable en forma independiente como si fuera un homicidio fuera de combate ¿qué interés jurídico podrá tener un alzado en armas en respetar las normas humanitarias? Infortunadamente ninguno, por lo cual, paradójicamente, en nombre de la dignidad humana, la sentencia corre el riesgo de estimular la comisión de conductas atroces de parte de los rebeldes y los sediciosos.<sup>120</sup>

Como ha dicho otro profesor de derecho penal de nuestro medio:

La suma inconsecuente de normas, el acopio de tratados e instrumentos sin crear las condiciones para que ellos operen, hacen más invisibles las conductas que no llegan al derecho. A quien está por fuera del derecho le es tan indiferente la incorporación de nuevas normas como el endurecimiento de las ya existentes. Sabe, simplemente, que sobre él no existe la expectativa de ser alcanzado por el precepto normativo.<sup>121</sup>

## 5. Los delitos en el Código Penal Militar

El actual Código Penal Militar, Ley 522 de 1999, trae una importante disposición donde subraya el deber de respetar el derecho internacional humanitario.<sup>122</sup> Dice la norma en cuestión:

---

<sup>120</sup> Corte Constitucional, sentencia C-456 de 1997, salvamento de voto de los magistrados Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

<sup>121</sup> Alejandro Aponte, "Colombia", en Kai Ambos y Ezquiel Malarino (eds.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, ob. cit., p. 256.

<sup>122</sup> Para una visión histórica de la legislación militar colombiana ante el derecho humanitario anterior a este Código véase Alejandro Valencia Villa, *La humanización de la guerra: derecho internacional humanitario y conflicto armado en Colombia*, Segunda Edición, Tercer Mundo Editores, Ediciones UniAndes, Bogotá, 1992.

Artículo 198. Reconocimiento de la dignidad humana. Toda persona a quien se atribuya la comisión de un hecho punible, tiene derecho a ser tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

Se respetarán las normas internacionales de derechos humanos y derecho internacional humanitario, y en ningún caso podrá haber violación de las mismas.

Como las infracciones al derecho humanitario no están relacionadas con el servicio militar no son de competencia de la jurisdicción militar sino de la jurisdicción penal ordinaria.<sup>123</sup> A partir de la sentencia C-358 de 1997 de la Corte Constitucional quedó aclarada esa interpretación al determinar los alcances de la expresión “con ocasión del servicio o por causas de éste o de funciones inherentes a su cargo”, al señalar que las violaciones de derechos humanos y las infracciones al derecho humanitario no constituyen actos del servicio.

Según el artículo 2 de la Ley 522 de 1999, “son delitos relacionados con el servicio aquellos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública derivados del ejercicio de la función militar o policial que le es propia”, y a renglón seguido el artículo 3 del mismo Código señala que “en ningún caso podrán considerarse como relacionados con el servicio los delitos de tortura, el genocidio y la desaparición forzada, entendidos en los términos definidos en convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia”. Este último artículo fue declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional en su sentencia C-878 del 12 de julio de 2000, con ponencia del magistrado Alfredo Beltrán Sierra,

en el entendido que los delitos en él enunciados, no son los únicos hechos punibles que han de considerarse excluidos del conocimiento de la jurisdicción penal militar, pues todas aquellas conductas que sean

---

<sup>123</sup> Sobre el tema de la compatibilidad de la legislación y la jurisprudencia colombiana en materia militar y el derecho internacional véase Federico Andreu-Guzmán, *Fuero militar y derecho internacional*, Comisión Colombiana de Juristas y Comisión Internacional de Juristas, Bogotá, 2003, en particular a partir de las pp. 203 y ss.

abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio, han de entenderse excluidas del campo de competencia de esta jurisdicción especial.

Por esta razón, las infracciones al derecho humanitario no son de competencia de la justicia penal militar.

No obstante, el Código Penal Militar establece una serie de delitos relacionados con el derecho humanitario. El artículo 133 del Capítulo V del Título segundo de delitos contra el servicio consagra el tipo penal de la libertad indebida de prisioneros de guerra: “[e]l que sin facultad o autorización ponga a un prisionero de guerra en libertad o facilite su evasión, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años. Si la evasión se realizare por culpa del encargado de su custodia o conducción, la pena se reducirá a la mitad”. El artículo 139 del Capítulo II del Título cuarto de delitos contra el honor estipula el delito del comercio con el enemigo: “[e]l que comercie con el enemigo incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años. Si se trata de armas, municiones u otros elementos bélicos, la pena se aumentará hasta el doble”. El artículo 174 del Capítulo I del Título sexto sobre delitos contra la población civil consagra el tipo penal de la devastación: “[e]l que en actos del servicio y sin justa causa, destruya edificios, templos, archivos, monumentos u otros bienes de utilidad pública; o ataque hospitales o asilos de beneficencia señalados con los signos convencionales, incurrirá en prisión de uno (1) a ocho (8) años”.

El Título sexto sobre delitos contra la población civil, en su Capítulo II consagra los siguientes tipos sobre el saqueo y la requisición:

**Artículo 175.** Saqueo. Los que en operación de combate se apoderen de bienes muebles, sin justa causa y en beneficio propio o de un tercero, incurrirán en prisión de dos (2) a seis (6) años.

**Artículo 176.** Requisición arbitraria. El que sin justa causa ordenare o practicare requisiciones, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años.

**Artículo 177.** Requisición con omisión de formalidades. El que practicare requisición sin cumplir las formalidades y sin que circunstancias especiales lo obliguen a ello, incurrirá en prisión de seis (6) meses a tres (3) años.

**Artículo 178.** Exacción. El que abusando de sus funciones, obligue a persona integrante de la población civil a entregar, o poner a su disposición, cualquier clase de bien o a suscribir o entregar documentos capaces de producir efectos jurídicos, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años.

**Artículo 179.** Contribuciones ilegales. El que sin facultad legal y sin justa causa establezca contribuciones, incurrirá en prisión de seis (6) meses a tres (3) años.

La pregunta pertinente es si las conductas descritas en estos tipos son de competencia de la jurisdicción penal militar o de la jurisdicción ordinaria. Los delitos contra la población civil consagrados en los artículos 174, 175, 178 y 179 no pueden ser de competencia de la justicia penal militar.<sup>124</sup> La destrucción de bienes protegidos, el saqueo, la exacción y las contribuciones ilegales no son “una tarea que en sí misma constituya un desarrollo legítimo de los cometidos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional”, al tenor de la sentencia C-358 de 1997 de la Corte Constitucional. Así, el artículo 174 de manera textual utilice la expresión “el que en actos del servicio”, no es actividad propia de la fuerza pública destruir bienes civiles, bienes culturales o unidades sanitarias. Atentar contra la población civil o sus bienes no tiene una relación directa con una misión o tarea militar o policiva legítima.<sup>125</sup>

<sup>124</sup> En este mismo sentido *ibíd.*, p. 220.

<sup>125</sup> De opinión distinta es la providencia del Consejo Superior de la Judicatura del 9 de junio de 2004 con ponencia del magistrado Eduardo Campos Soto: “...el Código Penal Militar vigente, ha reglamentado como delitos militares de competencia de la Jurisdicción Penal Militar, hechos punibles como el saqueo (art. 175), la requisición arbitraria (art. 176), que constituyen a la vez infracciones al derecho internacional humanitario.

La requisición de que tratan los artículos 176 y 177 debe entenderse no como una simple inspección o revisión de personas o cosas sino como el “recuento y embargo de caballos, bagajes, alimentos etc., que para el servicio militar suele hacerse en tiempo de guerra”, según el *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia Española. Es decir, la requisición es la apropiación justificada por necesidades militares de bienes civiles en casos de conflicto armado. Es una figura que tiene su origen en conflictos armados de carácter internacional. El artículo 8.2.a.iv) del Estatuto de la Corte Penal Internacional consagra como un crimen de guerra en conflictos armados internacionales el que se apropie de un bien “de manera no justificada por necesidades militares, a gran escala, ilícita y arbitrariamente”, hecho que también es una infracción grave a los Convenios de Ginebra (arts. 50, 51 y 130 de los Convenios I, II y III de 1949, respectivamente). Se distingue del saqueo al ser éste una apropiación injustificada de bienes civiles por necesidades personales o de un tercero. Cuando la requisición se ordena o se practica sin justa causa, o se practica sin cumplir las formalidades y sin que situaciones especiales lo requieran, se deben aplicar estos tipos penales y los hechos deben ser de conocimiento de la justicia penal militar puesto que son necesidades militares relacionadas con el servicio las que justifican dicha apropiación.

El artículo 133 del Capítulo V del Título segundo de delitos contra el servicio consagra el tipo penal de la libertad indebida de prisioneros de guerra: “[e]l que sin facultad o autorización ponga a un prisionero de guerra en libertad o facilite su evasión, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años. Si la evasión se realizare por culpa del encargado de su custodia o conducción, la pena se reducirá a la mitad”. En primer lugar, este tipo penal solamente se podría configurar en conflictos armados internacionales ya que el estatus de prisionero de guerra sólo se predica en esa clase de conflictos. En segundo lugar, la segunda parte del tipo es un contrasentido puesto que las infracciones al derecho humanitario sólo son dolosas; tal vez la razón de esta consagración es que el Código Penal ordinario consagra la modalidad culposa de la fuga de presos en el artículo 450. En tercer

lugar, la acción descrita en la primera frase sí puede considerarse un acto relacionado con el servicio, ya que es propia de la función militar o policial garantizar la seguridad de los eventuales prisioneros de guerra que se presenten en un conflicto armado internacional.

La competencia de la justicia penal militar en relación con el artículo 139 sobre comercio con el enemigo depende precisamente de con qué elementos se comercia. Si éstos están vinculados con la función propia de la fuerza pública la justicia penal militar sí es competente, máxime cuando lo que se quiere proteger es el honor militar conforme al título bajo el cual se encuentra encuadrado este tipo penal. Si se comercia con bienes que no son acordes con la misión de las fuerzas armadas no deben ser de competencia de la justicia penal militar; sin embargo, como no existe un tipo en la parte especial del Código Penal ordinario que contemple el comercio ilícito, esta conducta podría adecuarse al artículo 340 sobre el concierto para delinquir.<sup>126</sup>

Por estas consideraciones, las conductas descritas en los artículos 174, 175, 178 y 179 deben ser de conocimiento de la justicia ordinaria porque son claras infracciones al derecho humanitario; sobre el particular ha dicho la Corte Constitucional:

Las fuerzas militares tienen la obligación absoluta de impedir el desconocimiento del derecho internacional humanitario (restricción absoluta aun frente a los estados de excepción según lo dispone el artículo 214 de la Constitución) y los derechos que, conforme a los tratados internacionales ratificados por Colombia, no pueden ser suspendidos durante tales estados. Permitir que ocurran, sea porque activamente intervienen en ellas o porque omiten el deber estatal de proteger a los asociados en sus derechos, constituye una flagrante violación a la posición de garante de las

---

<sup>126</sup> Las conductas descritas en el Código Penal ordinario en los artículos 365 sobre armas de fuego o municiones de defensa personal, 366 sobre armas o municiones de uso privativo de las fuerzas armadas, 367 sobre armas químicas, biológicas o nucleares, 367.A y 367.B sobre minas antipersonal, a nuestro parecer, sí son de competencia de la justicia penal militar por la naturaleza de estos bienes.

condiciones mínimas y básicas de la organización social y, por lo mismo, nunca podrán considerarse como un acto relacionado con el servicio.<sup>127</sup>

Si esas conductas se llevan a cabo con ocasión y en desarrollo de un conflicto armado, para el caso de las conductas descritas como exacciones o contribuciones por los artículos 178 y 179 del Código Penal Militar se debe aplicar el artículo 163 del Código Penal ordinario; si el hecho no está relacionado con el conflicto armado la norma que se debe aplicar sería el artículo 182 del Código ordinario sobre el constreñimiento ilegal. Para la conducta descrita como saqueo por el artículo 175 del Código Penal Militar se puede aplicar el artículo 154 o 151 del Código Penal ordinario, dependiendo de la conducta punible. Para la conducta denominada como devastación por el artículo 174 del Código Penal Militar, si ésta se presenta con ocasión y en desarrollo del conflicto armado se puede aplicar el artículo 154 del Código Penal ordinario y, dependiendo de la naturaleza del bien, los artículos 155, 156 o 151 del mismo Código; si la conducta no está vinculada con el conflicto armado se puede aplicar el artículo 265 del Código Penal ordinario sobre el daño en bien ajeno y, de acuerdo al caso, de manera eventual se puede agravar según el artículo 266 del mismo Código.

En lo que no sea contrario a la ley penal militar se deben tener en cuenta para el análisis de estos artículos las características que se señalaron en relación con los tipos del Código Penal ordinario, así como las descripciones que se formulan para las infracciones al derecho humanitario.

## **6. Las graves violaciones al derecho internacional humanitario en el Código Disciplinario Único**

La Ley 734 de 2002, el Código Disciplinario Único, establece en el numeral 7 del artículo 48 como falta gravísima “incurrir en graves

---

<sup>127</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-1184 de 2001, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

violaciones al derecho internacional humanitario”. Esa falta gravísima genera la destitución y la inhabilidad general para el servidor público que la cometa (art. 44 numeral 1 del mismo Código). En vista de que los destinatarios de la ley disciplinaria son los servidores públicos (art. 25 del Código citado), los llamados a cometer esta falta son los miembros de las fuerzas armadas regulares. Sin embargo, cualquier otro agente del Estado diferente a un integrante de la fuerza pública que cometa una grave infracción al derecho humanitario es obvio que puede ser objeto de esta sanción disciplinaria.

La expresión “grave” fue demandada como inexecutable ya que “[s]egún el demandante, es contrario a la Constitución sancionar como falta gravísima únicamente las graves violaciones al DIH y no cualquier infracción a esta normatividad internacional, ya que, a su juicio, se está estableciendo una diferenciación irrazonable y desproporcionada”. La Corte Constitucional, en sentencia C-1076 de 2002 declaró la executable de la expresión “graves”, y señaló que:

En suma, los tratados internacionales que recogen el derecho internacional humanitario hacen referencia a algunas infracciones al mismo, que son calificadas en términos de graves debido a las especiales condiciones en las que son cometidas, y en tal sentido, el legislador interno se limitó a tomar en consideración tal categorización para efectos de calificar como gravísimas aquellas faltas disciplinarias que revistiesen ese mismo carácter.<sup>128</sup>

Efectivamente, como se indicó, los Convenios de Ginebra de 1949, el Protocolo I de 1977 y el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia califican algunas de esas infracciones como graves.<sup>129</sup> Esos instrumentos, además, establecen un catálogo básico de esas infracciones graves.

Así mismo, frente a tales faltas también procede la revocatoria del fallo absolutorio y del auto de archivo, ya sea de oficio o a solici-

<sup>128</sup> Corte Constitucional, sentencia C-1076 del 5 de octubre de 2002, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>129</sup> Véase supra pp. 246 y 253 y ss.

tud de la víctima o de los perjudicados, ya que ante estas faltas, así como las contrarias al derecho internacional de los derechos humanos, puede hablarse de víctimas que pueden intervenir en el proceso disciplinario en calidad de sujetos procesales con el propósito de esclarecer y conocer la verdad, y de contribuir a la realización de la justicia disciplinaria.<sup>130</sup>

Los alcances de esta expresión deben ser interpretados también conforme al derecho humanitario. El propio artículo 21 del Código Disciplinario Único establece que en lo no previsto en la ley se aplicarán los tratados internacionales, y la sentencia de la Corte Constitucional atrás citada señala que este numeral: "...es una norma disciplinaria de contenido abierto, en la medida en que opera un reenvío al derecho internacional para efectos de precisar su contenido y alcance". Por esta razón, en lo que no sea contrario a la ley disciplinaria debe tenerse en cuenta lo señalado en este Capítulo.

---

<sup>130</sup> Sobre este particular véase Corte Constitucional, sentencia C-014 del 20 de enero de 2004, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

### 7. Comparación entre los crímenes de guerra del Estatuto de la Corte Penal Internacional, las infracciones graves de los instrumentos de derecho internacional humanitario y los delitos del Código Penal<sup>131</sup>

Art. 8 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional	Convenio de Ginebra I	Convenio de Ginebra II	Convenio de Ginebra III	Convenio de Ginebra IV	Protocolo I de 1977	Código Penal Colombiano
Art. 2 a) Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente. Art. 2 a) i). Matar intencionalmente	Art. 50. Homicidio intencional.	Art. 51. Homicidio intencional.	Art. 130. Homicidio intencional.	Art. 147. Homicidio intencional.		Art. 135. Homicidio en persona protegida.
Art. 2 a) ii). Someter a torturas o a otros tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos	Art. 50. Tortura o los tratos inhumanos incluidos los experimentos biológicos.	Art. 51. Tortura o los tratos inhumanos incluidos los experimentos biológicos.	Art. 130. Tortura o los tratos inhumanos incluidos los experimentos biológicos.	Art. 147. Tortura o los tratos inhumanos incluidos los experimentos biológicos.	Art. 11. Protección de la persona. Art. 85.2. Art. 85.3.	Art. 136. Lesiones en persona protegida. Art. 137. Tortura en persona protegida. Art. 146. Tratos inhumanos y degradantes y experimentos biológicos en persona protegida.
Art. 2 a) iii). Infligir deliberadamente grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud.	Art. 50. El hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud.	Art. 51. El hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud.	Art. 130. El hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud.	Art. 147. El hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud.		Art. 137. Tortura en persona protegida.

<sup>131</sup> Este cuadro se elaboró con base en otros dos cuadros, uno de Roberto Augusto Moreno, "Los crímenes de guerra, recepción en el ordenamiento jurídico argentino", en Gabriel Pablo Valladares (comp.), *Lecciones y ensayos. Derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, pp. 468 a 478, y Kai Ambos y Ezquiel Malarino (eds.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Fundación Konrad-Adenauer, Uruguay, 2003, pp. 640 a 652.

<p>Art. 8 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional</p>	<p>Art. 2 a) iv). Destruir bienes y apropiarse de ellos de manera no justificada por necesidades militares, a gran escala, ilícita o arbitrariamente.</p>	<p>Art. 50. La destrucción y la apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita o arbitrariamente.</p>	<p>Art. 51. La destrucción y la apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita o arbitrariamente.</p>	<p>Art. 147. La destrucción y la apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita o arbitrariamente.</p>	<p>Art. 130. El hecho de forzar a un prisionero de guerra a servir en fuerzas armadas de la potencia enemiga.</p> <p>Art. 130. El hecho de privarlo de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente según las prescripciones del presente Convenio.</p>	<p>Art. 147. El hecho de privarla de su derecho a ser juzgada legítima e imparcialmente según las prescripciones del presente Convenio.</p>	<p>Art. 85 4.c. El hecho de privar a una persona protegida por los Convenios o aludida en el párr. 2 del presente artículo de su derecho a ser juzgada normal e imparcialmente.</p>	<p>Art. 154. Destrucción y apropiación de bienes protegidos.</p> <p>Art. 157. Ataque contra obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas.</p>	<p>Código Penal Colombiano</p>
<p>Art. 2 a) v). Obligar a un prisionero de guerra o a otra persona protegida a prestar servicio en las fuerzas de una potencia enemiga.</p>	<p>Art. 130. El hecho de forzar a un prisionero de guerra a servir en fuerzas armadas de la potencia enemiga.</p>	<p>Art. 147. El hecho de forzar a una persona protegida a servir en las fuerzas armadas de la potencia enemiga.</p>	<p>Art. 150. Consteñimiento a apoyo bélico.</p>	<p>Art. 150. Consteñimiento a apoyo bélico.</p>	<p>Art. 149. Detención ilegal y privación del debido proceso.</p>				

Art. 8 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional	Convenio de Ginebra I	Convenio de Ginebra II	Convenio de Ginebra III	Convenio de Ginebra IV	Protocolo I de 1977	Código Penal Colombiano
Art. 2. a) vii). Someter a deportación, traslado o confinamiento ilegal.				Art. 147. La deportación o el traslado, la detención ilegal.		Art. 159. Deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil. Art. 148. Toma de rehenes.
Art. 2 a) viii). Toma de rehenes.				Art. 147. Toma de rehenes		
Art. 2 b) Otras violaciones graves de las leyes aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco del derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes:						
2. b) i). Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil en cuanto tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades.	Protocolo I. Art. 85.3.a. Hacer objeto de ataque a la población civil o a personas civiles.	Art. 51.2. No serán objeto de ataque la población civil como tal ni las personas civiles (48, 49, 50, 57.1.a.4)				
2. b) ii). Dirigir intencional ataques contra objetos civiles, es decir, objetos que no son objetivos militares.	Protocolo I. Se eleva a la categoría de tipo penal autónomo la conculcación de la obligación de protección.	Art. 52.1. Los bienes de carácter civil no será objeto de ataque ni de represalias.				Art. 154. Destrucción y apropiación de bienes protegidos. Art. 158. Represalias.
2 b) iii). Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles u objetos civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados.						

<p>2 b) iv). Lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdida de vidas, lesiones a civiles o daños a objetos de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar general concreta y directa que se prevea.</p>	<p>Protocolo I. Art. 85.3.b. Lanzar un ataque indiscriminado que afecte a la población civil o a bienes de carácter civil a sabiendas de que tal ataque causará muertos o heridos entre la población civil o daños a bienes de carácter civil, que sean excesivos en el sentido del artículo 57, párrafo 2, a) iii.</p>	<p>Art. 164. Destrucción del medioambiente.</p>
<p>2 b) v). Atacar o bombardear por cualquier medio, ciudades, aldeas, pueblos, edificios, que no estén defendidos y que no sean objetivos militares.</p>	<p>Protocolo I. Art. 85.3.d. Hacer objeto de ataque a localidades no defendidas y zonas desmilitarizadas. Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre. Convenciones de La Haya II y IV (29 de julio de 1899 y 18 de octubre de 1907). Art. 25. Es prohibido atacar o bombardear, cualquiera que sea el medio que se emplee, ciudades, aldeas, habitaciones o edificios que no estén defendidos.</p>	<p>Art. 154. Destrucción y apropiación de bienes protegidos.</p>
<p>2 b) vi). Causar la muerte o lesiones a un enemigo que haya depuesto las armas o que, a no tener medio para defenderse, se haya rendido a discreción.</p>	<p>Protocolo I. Art. 85.3.e. Hacer objeto de ataque a una persona a sabiendas que está fuera de combate. 41.1. Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre. Convenciones de La Haya II y IV (29 de julio de 1899 y 18 de octubre de 1907). Art. 23.c. Dar muerte o herir a un enemigo que habiendo depuesto las armas o no teniendo medios para defenderse se halla rendido a discreción.</p>	<p>Art. 145. Actos de barbarie.</p>
<p>2 b) vii). Utilizar de modo indebido la bandera blanca, la bandera nacional o las insignias militares o el uniforme del enemigo o de las Naciones Unidas, así como los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra, y causar así la muerte o lesiones graves.</p>	<p>Protocolo I. Art. 85.3.f. hacer uso pífido, en violación del artículo 37, del signo distintivo de la cruz roja, de la media luna roja o del león y sol rojos o de otros signos protectores reconocidos por los Convenios o el presente Protocolo Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre. Convenciones de La Haya II y IV (29 de julio de 1899 y 18 de octubre de 1907). Art. 23.f. Usar indebidamente el pabellón parlamentario, el pabellón nacional o las insignias militares y el uniforme del enemigo, así como los signos distintivos de la Convención de Ginebra.</p>	<p>Art. 143. Perfidia.</p>
<p>2 b) viii). El traslado, directa o indirectamente, por la potencia ocupante de parte de su población civil al territorio que ocupa o la deportación o el traslado de la totalidad o parte de la población del territorio ocupado dentro o fuera de ese territorio.</p>	<p>Protocolo I. Art. 85.4.a. el traslado por la Potencia ocupante de partes de su propia población civil al territorio que ocupa, o la deportación o el traslado en el interior o fuera del territorio ocupado de la totalidad o parte de la población de ese territorio, en violación del artículo 49 del IV Convenio. Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre. Convención de La Haya II y IV (29 de julio de 1899 y 18 de octubre de 1907). Art. 43, 46, 50 y 52.</p>	<p>Art. 159. Deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil.</p>

<p>2 b) ix). Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados al culto religioso, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos, los hospitales y los lugares en que se agrupa a enfermos o heridos, siempre que no sean objetivos militares.</p>	<p>Protocolo I. Art. 85.4.d. El hecho de dirigir un ataque a monumentos históricos, obras de arte o lugares de culto claramente reconocidos que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos y a los que se haya conferido protección especial en virtud de acuerdos especiales celebrados, por ejemplo, dentro del marco de una organización internacional competente, causando como consecuencia extensas destrucciones de los mismos, cuando no haya pruebas de violación por la Parte adversa del apartado b) del artículo 53 y cuando tales monumentos históricos, lugares de culto u obras de arte no estén situados en la inmediata proximidad de objetivos militares.</p> <p>Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre. Convención de La Haya II y IV (29 de julio de 1899 y 18 de octubre de 1907). Art. 27. En los sitios y bombardeos se tomarán todas las medidas necesarias para favorecer, en cuanto sea posible, los edificios destinados al culto, a las artes, a las ciencias, a la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y los lugares en donde estén asilados los enfermos y heridos, a condición de que no se destinen para fines militares.</p> <p>Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado. La Haya, 14 de mayo de 1954.</p>	<p>Art. 156. Destrucción o utilización ilícita de bienes culturales y de lugares de culto.</p>
<p>2 b) x). Someter a personas que estén en poder del perpetrado a mutilaciones físicas o a experimentos científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón de un tratamiento médico, dental u hospitalario, si se llevan a cabo en su interés, y que causen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud.</p>	<p>Protocolo I. Art. 11.2. Se prohíben en particular, aunque medie el consentimiento de las referidas personas:</p> <p>a) las mutilaciones físicas; b) los experimentos médicos o científicos.</p>	<p>Art. 146. Tratos inhumanos y degradantes y experimento biológicos en persona protegida.</p>
<p>2 b) xi). Matar o herir a personas pertenecientes a la nación o al ejército enemigo.</p>	<p>Protocolo I. (37)</p> <p>Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre. Convenciones de La Haya II y IV (29 de julio de 1899 y 18 de octubre de 1907). Art. 23. Además de las prohibiciones establecidas por Convenciones especiales, es particularmente prohibido: ... b) Dar muerte o herir a traición a individuos pertenecientes a la nación o al ejército enemigo.</p>	<p>Art. 145. Actos de barbarie.</p>
<p>2 b) xii). Declarar que no se dará cuartel.</p>	<p>Protocolo I. Art. 40. -Cuartel: Queda prohibido ordenar que no haya supervivientes, amenazar con ello al adversario o conducir las hostilidades en función de tal decisión.</p> <p>Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre. Convenciones de La Haya II y IV (29 de julio de 1899 y 18 de octubre de 1907). Art. 23.d. Declarar que no se dará cuartel.</p>	<p>Art. 145. Actos de barbarie.</p>

<p>2 b) xiii). Destruir o confiscar bienes del enemigo a menos que las necesidades de la guerra lo hagan imperativo.</p>	<p>Protocolo I. Art. 54.2 Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre. Convenciones de La Haya II y IV. (29 de julio de 1899 y 18 de octubre de 1907). Art. 23.g. Destruir o tomar propiedades enemigas, a menos que tales destrucciones o expropiaciones sean exigidas imperiosamente por las necesidades de la guerra;</p>	<p>Podría aplicarse el Art. 154. Destrucción y apropiación de bienes protegidos.</p>
<p>2 b) xiv). Declarar abolido, suspendido o inadmisible ante un tribunal los derechos y acciones de los nacionales de la parte enemiga.</p>	<p>Convenio de Ginebra IV. Art. 64 Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre. Convenciones de La Haya II y IV. (29 de julio de 1899 y 18 de octubre de 1907). Art. 23.h. Declarar extinguidos, suspendidos o inadmisibles ante los Tribunales los derechos y acciones de los nacionales del adversario.</p>	<p>Art. 149. Detención ilegal y privación del debido proceso.</p>
<p>2 b) xv). Obligar a los nacionales de la parte enemiga a participar en operaciones bélicas dirigidas contra su propio país, aunque hubieran estado a su servicio antes del inicio de la guerra.</p>	<p>Convenio de Ginebra III. Art. 130. Ver art- 8.2 a)v). Convenio de Ginebra IV. Art. 147. Ver art- 8.2 a)v). Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre. Convenciones de La Haya II y IV. (29 de julio de 1899 y 18 de octubre de 1907). Art. 23.i. Es igualmente prohibido a un beligerante compeler a los nacionales del adversario a tomar parte en las operaciones de la guerra dirigidas contra su país, aun en el caso de que ellos hayan estado a su servicio antes de comenzar la guerra.</p>	<p>Art. 150. Constrañimiento a apoyo bélico.</p>
<p>2 b) xvi) Saquear una ciudad o una plaza, incluso cuando es tomada por asalto.</p>	<p>Convenio de Ginebra IV. Art. 33. Está prohibido el pillaje. Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre. Convenciones de La Haya II y IV (29 de julio de 1899 y 18 de octubre de 1907). Art. 28. Es prohibido entregar al saqueo una ciudad o localidad, aun en el caso de que haya sido tomada por asalto. Art. 47. El pillaje es formalmente prohibido.</p>	<p>Podría aplicarse el Art. 151 Despojo en el campo de batalla.</p>
<p>2 b) xvii). Emplear veneno o armas envenenadas</p>	<p>Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre. Convenciones de La Haya II y IV (29 de julio de 1899 y 18 de octubre de 1907). Art. 23.a. Emplear veneno o armas envenenadas.</p>	<p>Art. 142. Utilización de medios y métodos de guerra ilícitos.</p>
<p>2 b) xviii). Emplear gases, asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, materia o dispositivo análogo.</p>	<p>Protocolo sobre la prohibición del uso en la guerra, de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos (Ginebra, 17 de junio de 1925).</p>	<p>Art. 142. Utilización de medios y métodos de guerra ilícitos.</p>
<p>2 b) xix). Emplear balas que se abran o aplasten fácilmente en el cuerpo humano, con balas de camisa dura que no recubra totalmente la parte interior o que tenga incisiones.</p>	<p>Declaración prohibiendo el empleo de las balas que se hinchcan o aplastan fácilmente en el cuerpo humano (La Haya, 29 de julio de 1899).</p>	<p>Art. 142. Utilización de medios y métodos de guerra ilícitos.</p>

<p>2 b) xx). Emplear armas, proyectiles, materiales y métodos de guerra que, por su propia naturaleza causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios o surtan efectos indiscriminados en violación del derecho humanitario internacional de los conflictos armados a condición de que esas armas o esos proyectiles, materiales o métodos de guerra, sean objeto de una prohibición completa y estén incluidos en un anexo del presente Estatuto en virtud de una enmienda aprobada de conformidad con las disposiciones que, sobre el particular, figuran en los arts. 121 y 123.</p>	<p>Protocolo I. Art. 85.3.b. lanzar un ataque indiscriminado que afecte a la población civil o a bienes de carácter civil a sabiendas de que tal ataque causará muertos o heridos entre la población civil o daños a bienes de carácter civil, que sean excesivos en el sentido del artículo 57, párrafo 2, a) iii.</p>	<p>Art. 142. Utilización de medios y métodos de guerra ilícitos.</p>
<p>2 b) xxi) Cometer ultrajes contra la dignidad de la persona, en particular tratos humillantes o degradantes.</p>	<p>Convenio de Ginebra IV. Art. 27. Protocolo I. Art. 75.2.b. los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor.</p>	<p>Art. 146. Tratos inhumanos y degradantes y experimentos biológicos en personas protegida Art. 147. Actos de discriminación racial.</p>
<p>2 b) xxii) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el ap. F) del párr. 2 del art. 7, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra.</p>	<p>Convenio de Ginebra I. Art. 27. Protocolo I. Art. 75.2.b.</p>	<p>Art. 138. Acceso carnal violento en persona protegida. Art. 139. Actos sexuales violentos en persona protegida. Art. 140. Circunstancias de agravación. Art. 141. Prostitución Forzada o esclavitud sexual.</p>

<p>2 b) xxiii) Aprovechar la presencia de civiles u otras personas protegidas para que queden inmunes de operaciones militares determinados puntos, zonas o fuerzas militares.</p>	<p>Protocolo I. Art. 51.7. La presencia de la población civil o de personas civiles o sus movimientos no podrán ser utilizados para poner ciertos puntos o zonas a cubierto de operaciones militares, en especial para tratar de poner a cubierto de ataques los objetivos militares, ni para cubrir, favorecer u obstaculizar operaciones militares. Las Partes en conflicto no podrán dirigir los movimientos de la población civil o de personas civiles para tratar de poner objetivos militares a cubierto de ataques, o para cubrir operaciones militares.</p>	<p>Art. 153. Obstaculización de tareas sanitarias y humanitarias. Art. 155. Destrucción de bienes e instalaciones de carácter sanitario.</p>
<p>2 b) xxiv) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, materia, unidades y vehículos sanitarios, y contra personal habilitado para utilizar los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional.</p>	<p>Protocolo I. Art. 54.1. Queda prohibido, como método de guerra, hacer padecer hambre a las personas civiles.</p>	<p>Podría aplicarse el Art. 160. Atentados a la subsistencia y devastación.</p>
<p>2 b) xxv) Provocar intencionalmente la inanición de la población civil como método para hacer la guerra, privándola de los objetos indispensables para su supervivencia, incluido el derecho de obstaculizar intencionalmente los suministros de socorro de conformidad con los convenios de Ginebra.</p>	<p>Protocolo I. Art. 77.2. Las Partes en conflicto tomarán todas las medidas posibles para que los niños menores de quince años no participen directamente en las hostilidades, especialmente absteniéndose de reclutarlos para sus fuerzas armadas. Al reclutar personas de más de quince años pero menores de dieciocho años, las Partes en conflicto procurarán alistar en primer lugar a los de más edad.</p>	<p>Art. 162. Reclutamiento ilícito.</p>
<p>2 b) xxvi) Reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente de las hostilidades.</p>	<p><b>Crímenes de guerra en conflictos armados no internacionales</b></p>	<p>Art. 163. Homicidio en persona protegida. Art. 136. Lesiones en persona protegida. Art. 137. Tortura en persona protegida.</p>
<p>2 c) i) Actos de violencia contra la vida y la persona, en particular el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura.</p>	<p>Art. 3 común a los Convenios de Ginebra. 1.a. Los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y los suplicios. Protocolo II. Art. 4.2.a. Los atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas, en particular el homicidio y los tratos crueles tales como la tortura y las mutilaciones o toda forma de pena corporal.</p>	<p>Art. 135. Homicidio en persona protegida. Art. 136. Lesiones en persona protegida. Art. 137. Tortura en persona protegida.</p>

<p>2 c) ii) Los ultrajes contra la dignidad personal, en particular los tratos humillantes o degradantes.</p>	<p>Art. 3 común a los Convenios de Ginebra. 1.c. Los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes o degradantes. Protocolo II. Art. 4.2.e. Los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor.</p>	<p>Art. 146. Tratos inhumanos y degradantes y experimentos biológicos en persona protegida. Art. 147. Actos de discriminación racial. Art. 148. Toma de rehenes.</p>
<p>2 c) iii) La toma de rehenes</p>	<p>Art. 3 Común a los Convenios de Ginebra. 1.b. La toma de rehenes. Protocolo II. Art. 4.2.c. La toma de rehenes.</p>	<p>Art. 148. Toma de rehenes.</p>
<p>2 c) iv) Las condenas dictadas y las ejecuciones sin sentencia previa pronunciada por un tribunal constituido regularmente y que halla ofrecido todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables.</p>	<p>Art. 3 Común a los Convenios de Ginebra. 1.d. Las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin previo juicio emitido por un tribunal regularmente constituido, provisto de garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados. Protocolo II. Art. 6.2. No se impondrá condena ni se ejecutará pena alguna respecto de una persona declarada culpable de una infracción sino en virtud de sentencia de un tribunal que ofrezca las garantías esenciales de independencia e imparcialidad.</p>	<p>Art. 149. Detención ilegal y privación del debido proceso.</p>
<p>2 e). Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber cualquiera de los actos siguientes:</p>		
<p>2 e) i) Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil como tal o contra civiles que no participen directamente de las hostilidades.</p>	<p>Protocolo II. Art. 13, inc. 2. No serán objeto de ataque la población civil como tal ni las personas civiles. Quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil.</p>	<p>Podría aplicarse el Art. 144. Actos de terrorismo.</p>
<p>2 e) ii) Dirigir intencionalmente ataques contra los edificios, material, unidades y vehículos sanitarios y contra el personal habilitado a utilizar los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional.</p>	<p>Protocolo II. Art. 11, inc. 1. Las unidades sanitarias y los medios de transporte sanitarios serán respetados y protegidos en todo momento y no serán objeto de ataques. Art. 12. Bajo la dirección de la autoridad competente de que se trate, el signo distintivo de la cruz roja, la media luna roja o del león, y los rojos sobre fondo blanco será ostentado tanto por el personal sanitario y religioso como por las unidades y los medios de transporte sanitarios. Dicho signo deberá respetarse en toda circunstancia. No deberá ser utilizado indebidamente.</p>	<p>Art. 155. Destrucción de bienes e instalaciones de carácter sanitario.</p>

<p>2 e) iii) Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles u objetos civiles con arreglo al derecho de los conflictos armados.</p>		
<p>2 e) iv) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados al culto religioso, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos, los hospitales y otros lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, a condición de que no sean objetivos militares.</p>	<p>Protocolo II. Art. 16. Protección de los bienes culturales y de los lugares de culto. Sin perjuicio de las disposiciones de la Convención de La Haya del 14 de mayo de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, queda prohibido cometer actos de hostilidad dirigidos contra los monumentos históricos, las obras de arte o los lugares de culto que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos, y utilizarlos en apoyo del esfuerzo militar.</p>	<p>Art. 156. Destrucción o utilización ilícita de bienes culturales y de lugares de culto. Art. 155. Destrucción de bienes e instalaciones de carácter sanitario.</p>
<p>2 e) v). Saquear una ciudad o plaza, incluso cuando es tomada por asalto.</p>	<p>Protocolo II. Art. 4, inc. 2º, g) El pillaje.</p>	<p>Art. 151. Despojo en el campo de batalla.</p>
<p>2 e) vi). Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el ap. F) del párr. 2 del art. 7, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra.</p>	<p>Protocolo II. Art. 4, inc. 2º, e) Los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor.</p>	<p>Art. 138. Acceso carnal violento en persona protegida. Art. 139. Actos sexuales violentos en persona protegida. Art. 140. Circunstancias de agravación. Art. 141. Prostitución Forzada o esclavitud sexual.</p>
<p>2 e) vii). Reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o utilizarlos para participar activamente en hostilidades.</p>	<p>Protocolo II. Art. 4, inc. 3º, c) Los niños menores de quince años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades.</p>	<p>Art. 162. Reclutamiento ilícito.</p>

<p>2.e) viii). Ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a menos que así lo exija la seguridad de los civiles de que se trate o por razones militares imperativas.</p>	<p>Protocolo II. Art. 17, inc. 1°. No se podrá ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a no ser que así lo exijan la seguridad de las personas civiles o razones militares imperativas. Si tal desplazamiento tuviera que efectuarse, se tomarán todas las medidas posibles para que la población civil sea acogida en condiciones satisfactorias de alojamiento, salubridad, higiene, seguridad y alimentación.</p>	<p>Art. 159. Deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil.</p>
<p>2.e) ix). Matar o herir a traición a un combatiente enemigo.</p>		<p>Art. 145. Actos de barbarie.</p>
<p>2.e) x). Declarar que no se dará cuartel.</p> <p>2.e) xi). Someter a las personas que estén en poder de otra parte en conflicto a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón del tratamiento médico dental u hospitalario de la persona de que se trate ni se lleven a cabo en su interés, y que provoquen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud.</p>	<p>Protocolo II. Art. 4.1. Queda prohibido ordenar que no haya supervivientes.</p>	<p>Art. 145. Actos de barbarie.</p> <p>Art. 146. Tratos inhumanos y degradantes y experimentos biológicos en persona protegida.</p>
<p>2.e) xii). Destruir o confiscar bienes del enemigo, a menos que las necesidades del conflicto lo hagan imperativo.</p>		<p>Podría aplicarse el Art. 154. Destrucción y apropiación de bienes protegidos.</p>

## 8. Análisis de algunas infracciones

A continuación se hace un análisis de algunas de las infracciones que son contempladas en los instrumentos de derecho humanitario, en los estatutos de los tribunales penales internacionales, en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, y en el Código Penal colombiano. No es el propósito del libro presentar estadísticas o casos de infracciones al derecho humanitario que se presentan en Colombia. Organizaciones gubernamentales y no gubernamentales nacionales e internacionales realizan este trabajo y han elaborado documentos e informes sobre el particular.<sup>132</sup> De lo que se trata es de ofrecer un análisis básico de los elementos jurídicos que entraña cada infracción. La selección se hizo teniendo en cuenta cuáles son consagradas por los instrumentos internacionales para los conflictos armados no internacionales, y cuáles son las tipificadas como delitos por el ordenamiento colombiano.

### *a) Los homicidios*

Tanto el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 como el inciso a) del artículo 4.2 del Protocolo II de 1977, prohíben:

<sup>132</sup> El Banco de Datos del Cinep y la Comisión Colombiana de Juristas elaboran reportes periódicos que incluyen estadísticas y casos sobre derecho humanitario; véase [www.cinop.org.co](http://www.cinop.org.co) y [www.coljuristas.org](http://www.coljuristas.org). A nivel gubernamental el Observatorio de derechos humanos y derecho humanitario de la Presidencia de la República también elabora estadísticas sobre el particular, véase [www.derechoshumanos.gov.co/observatorio](http://www.derechoshumanos.gov.co/observatorio). Además, existen análisis sobre temas o transgresiones puntuales, por ejemplo, sobre mujer y derecho humanitario: Amnistía Internacional, *Colombia: cuerpos marcados, crímenes silenciados. Violencia sexual contra las mujeres en el marco del conflicto armado*, en [web.amnesty.org/library/Index/ESLAMR230402004](http://web.amnesty.org/library/Index/ESLAMR230402004), y los informes periódicos sobre violencia sociopolítica contra mujeres, jóvenes y niñas de la Mesa de Trabajo de Mujer y conflicto armado; sobre el reclutamiento de menores véase Human Rights Watch, *Aprenderás a no llorar: niños combatientes en Colombia*, Estados Unidos, septiembre de 2003; sobre la justicia guerrillera véase Mario Aguilera Peña, "Justicia guerrillera y población civil, 1946-1999", en Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, tomo II, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2001, entre otros.

“los atentados contra la vida, especialmente el homicidio en todas sus formas”, de todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y los que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa.<sup>133</sup>

En el mismo sentido, el Estatuto de la Corte Penal Internacional considera que son crímenes de guerra en relación con los conflictos armados no internacionales, las violaciones graves del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949, y concretamente: “los actos de violencia contra la vida, en particular el homicidio en todas sus formas” (art. 8.2. (c) (i)). Las amenazas de realizar atentados contra la vida, en particular el homicidio, es también uno de los actos prohibidos por el artículo 4.2 del Protocolo II de 1977 contra quienes no participen directamente en las hostilidades. El homicidio comprende no sólo los casos de asesinato, sino también los de omisión intencional que puedan ocasionar la muerte.<sup>134</sup>

En el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, el derecho a la vida es inderogable en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación, como son los conflictos armados, conforme a los artículos 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En este sentido, existe similitud entre los derechos humanos y el derecho humanitario en cuanto a la inderogabilidad del derecho a la vida. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró en el caso *Bámaca Velázquez contra Guatemala*:

La Corte ha considerado demostrado que, al momento de los hechos del presente caso, se desarrollaba en Guatemala un conflicto interno. Como

<sup>133</sup> Según el *Customary International Humanitarian Law*, es norma consuetudinaria para conflictos armados internacionales y no internacionales, en relación con las personas civiles o fuera de combate, la siguiente: “Norma 89. Queda prohibido el homicidio”. Véase International Committee of the Red Cross, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Rules, ob. cit., pp. 311 a 314.

<sup>134</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, *Comentarios del Protocolo de 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y el artículo 3 de estos Convenios*, ob. cit., párr. 4532.

ya se ha afirmado este hecho, en vez de exonerar al Estado de sus obligaciones de respetar y garantizar los derechos de las personas, lo obligaban a actuar en manera concordante con dichas obligaciones. Así, y según lo establece el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, el Estado enfrentado a un conflicto armado de carácter no internacional debe brindar a las personas que no participen directamente en las hostilidades o que hayan quedado fuera de combate por cualquier razón, un trato humano y sin distinción alguna de índole desfavorable. En particular, el derecho internacional humanitario prohíbe en cualquier tiempo y lugar los atentados a la vida y la integridad personal de las personas nombradas anteriormente.

Hay efectivamente equivalencia entre el contenido del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 y el de las disposiciones de la Convención Americana y de otros instrumentos internacionales acerca de los derechos humanos inderogables (tales como el derecho a la vida y el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes). Esta Corte ya ha señalado en el caso *Las Palmeras* (2000), que las disposiciones relevantes de los Convenios de Ginebra pueden ser tomadas en cuenta como elementos de interpretación de la propia Convención Americana.

La Corte Considera, con fundamento en el artículo 1.1 de la Convención Americana, que Guatemala está obligada a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a organizar el poder público para garantizar a las personas bajo su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Lo anterior se impone independientemente de que los responsables de las violaciones de estos derechos sean agentes del poder público, particulares o grupos de ellos, ya que según las reglas del derecho internacional de los derechos humanos, la acción u omisión de cualquier autoridad pública constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos en la misma Convención.<sup>135</sup>

---

<sup>135</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Bámaca Velázquez*, sentencia del 25 de noviembre de 2000, párrs. 207, 209 y 210.

El artículo 135 del Código Penal tipifica el homicidio en persona protegida, de modo que “[e]l que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, ocasione la muerte de persona protegida conforme a los convenios internacionales sobre derecho humanitario ratificados por Colombia, incurrirá en...”. En caso de que en combate sea muerto un miembro de la fuerza pública que participa directamente en las hostilidades, el tipo penal que se debe aplicar en esta situación al presunto responsable sería el artículo 103 de homicidio, agravado con la circunstancia establecida en el numeral 10 del artículo 104 por su calidad de funcionario público, puesto que el artículo 135 no se puede aplicar ya que el miembro de la fuerza pública en ese momento no es persona protegida.

Los Elementos de los Crímenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional señalan como elementos del crimen de guerra de homicidio (art. 8 2) c, i-1) los siguientes:

1. Que el autor haya dado muerte a una o más personas.
2. Que esa persona o personas hayan estado fuera de combate o hayan sido personas civiles o miembros del personal sanitario o religioso\* que no tomaban parte activa en las hostilidades.
3. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían esa condición.
4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.
5. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

***b) No dar cuartel***

El párrafo 1° del artículo 4 del Protocolo II de 1977 indica que “queda prohibido ordenar que no haya supervivientes”. Esta previ-

---

\* En la expresión “personal religioso” se incluye el personal militar no confesional y no combatiente que realiza una función análoga.

sión, conocida como la norma del cuartel, es una regla inspirada en el derecho de La Haya que tiene por objeto proteger la vida de quien participó en las hostilidades y cae en poder del adversario ya sea por rendición o captura. Esta prohibición condiciona la aplicación de todas las normas de protección establecidas en el Protocolo II de 1977, puesto que las garantías de un trato humano, la asistencia que debe prestarse a los heridos y enfermos, así como las garantías judiciales, serían letra muerta si las hostilidades se desarrollaran en función de órdenes de exterminio.<sup>136</sup> “[N]o sólo se prohíbe dar la orden de matar, sino también la amenaza y la ejecución, con o sin órdenes”.<sup>137</sup> “Desde los tiempos primitivos de la humanidad, se abrió camino a lo largo de la historia la norma que no se debe exterminar al enemigo vencido”.<sup>138</sup>

Esta misma regla se encuentra contemplada en el artículo 40 del Protocolo I de 1977, en el artículo 8.2.e.x del Estatuto de la Corte Penal Internacional, en relación con conflictos armados no internacionales, y en el Código Penal es considerada en el artículo 145 como una de las modalidades de los actos de barbarie. Son elementos del crimen de guerra de no dar cuartel en el Estatuto de la Corte Penal Internacional:

1. Que el autor haya dado una orden o hecho una declaración en el sentido de que no hubiese supervivientes.
2. Que la orden o la declaración se haya dado o hecho para amenazar a un adversario o para conducir las hostilidades de manera de que no hubiesen supervivientes.

---

<sup>136</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, *Comentarios del Protocolo de 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y el artículo 3 de estos Convenios*, ob. cit., párr. 4525.

<sup>137</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, *Comentarios del Protocolo de 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)*, Tomo I, Plaza y Janés, Bogotá, 2000, párr. 1595.

<sup>138</sup> *Ibíd.*, párr. 1589.

3. Que el autor haya estado en situación de mando o control efectivos respecto de las fuerzas subordinadas a las que haya dirigido la orden o la declaración.
4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.
5. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Según el *Customary International Humanitarian Law*, son normas consuetudinarias para conflictos armados internacionales y no internacionales sobre la prohibición de no dar cuartel, las siguientes:

Norma 46. Queda prohibido ordenar que no se dé cuartel, amenazar con ello al adversario o conducir las hostilidades en función de tal decisión.

Norma 47. Queda prohibido atacar a una persona cuando se reconozca que está fuera de combate. Está fuera de combate toda persona: a) que está en poder de una parte adversa; b) que no puede defenderse porque está inconsciente, ha naufragado o está herida o enferma; o c) que exprese claramente su intención de rendirse; siempre que se abstenga de todo acto hostil y no trate de evadirse.

Norma 48. Queda prohibido atacar, durante su descenso, a toda persona que se haya lanzado en paracaídas de una aeronave en peligro.<sup>139</sup>

### c) *La tortura*

Ésta es una de las prohibiciones más importantes del derecho internacional, y es un claro ejemplo “donde convergen claramente el derecho de los derechos humanos y el derecho humanitario, y don-

---

<sup>139</sup> Véase International Committee of the Red Cross, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Rules, ob. cit., pp. 161 a 172.

de ambos cuerpos de normas se refuerzan recíprocamente”.<sup>140</sup> Se encuentra prohibida por el artículo 7 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención de las Naciones Unidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949, el artículo 4.2.a del Protocolo II de 1977 y por los artículos 7.2.e y 8.2.c.iv del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Las amenazas de realizar atentados contra la integridad física o mental de las personas, como la tortura, es también uno de los actos prohibidos por el artículo 4.2.h del Protocolo II de 1977 contra quienes no participen directamente en las hostilidades. Tal como lo señaló el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia en el caso Celebici Camp, “no existe ninguna duda de que la tortura está prohibida tanto por el derecho convencional como por el derecho consuetudinario internacional”.<sup>141</sup> En otra jurisprudencia, este mismo Tribunal indicó:

...[L]a ratificación casi universal de estos tratados demuestra que todos los Estados aceptan, entre otras cosas, la prohibición de la tortura. En otras palabras, esta participación es un claro ejemplo de la actitud de los Estados frente a esta prohibición. Segundo, ningún Estado nunca ha pretendido tener autorización para practicar torturas en tiempo de conflicto armado, ni ha demostrado o manifestado oposición a la aplicación de las disposiciones del tratado contra la tortura. Cuando un Estado ha sido acusado porque sus oficiales han recurrido a la tortura, éste normal-

<sup>140</sup> Walter Käldin, “La lucha contra la tortura”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 147, septiembre 1998, Ginebra, p. 471.

<sup>141</sup> Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso Celebici, sentencia del 16 de noviembre de 1998. Según el *Customary International Humanitarian Law*, son normas consuetudinarias para conflictos armados internacionales y no internacionales, en relación con las personas civiles o fuera de combate, las siguientes: “Norma 90. Quedan prohibidos los actos de tortura, los tratos crueles e inhumanos y los atentados contra la dignidad personal, en particular los tratos humillantes y degradantes. Norma 91. Quedan prohibidos los castigos corporales”. Véase International Committee of the Red Cross, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Rules, ob. cit., pp. 315 a 320.

mente contesta que tal alegato es infundado, manteniendo así expresa o implícitamente la prohibición de esta práctica odiosa. Tercero, la Corte Internacional de Justicia ha confirmado este proceso de creación de costumbre, aunque no expresamente con referencia a la tortura: en el caso de Nicaragua, ésta sostuvo que el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, que prohíbe la tortura contra personas que no participan directamente de las hostilidades, está ahora bien establecida como parte del cuerpo del derecho internacional consuetudinario y es aplicable tanto a los conflictos armados internacionales como a los internos.<sup>142</sup>

En los casos que ha conocido sobre tortura, este Tribunal ha sostenido que en el ámbito del derecho humanitario se debe tener en cuenta la definición de tortura contenida en la Convención de las Naciones Unidas contra la tortura (art. 1.1), para determinar qué se entiende por esta violación a la integridad personal, puesto que esta definición incluye los elementos contenidos en la Declaración de las Naciones Unidas contra la tortura, y en la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura y, por tanto, refleja un consenso representativo del derecho consuetudinario internacional.<sup>143</sup>

Conforme al artículo 1.1 de la Convención contra la tortura, para determinar si una conducta constituye o no tortura, se deben tener en cuenta los siguientes elementos:

- La severidad del dolor o sufrimiento.
- La existencia de una de las finalidades prohibidas en el artículo 1.1 de la Convención.
- Que quien cometa o se encuentre involucrado en la tortura (sujeto activo) de una persona, sea un funcionario público.

En la sentencia del caso Furundzija, la sala de primera instancia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, señala

---

<sup>142</sup> Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, judgement, The prosecutor vs. Anto Furundzija, 10 december, 1998, párr. 138.

<sup>143</sup> *Ibíd.*, párr. 459.

como elementos de tortura en caso de un conflicto armado los siguientes:

- i) consista en el castigo por acto o omisión de dolor severo o sufrimiento, así sea físico o mental; además,
- ii) este acto o omisión debe ser intencional;
- iii) con el fin de obtener de la víctima o de un tercero información o una confesión, de castigarla, intimidarla, humillarla o coaccionar a esa persona o a una tercera, en cualquier campo;
- iv) debe estar relacionada con conflicto armado;
- v) al menos una de las personas involucradas en el proceso de tortura debe ser un funcionario público o debe, en cualquier grado, actuar de manera no individual, i.e. una institución de hecho del Estado o una entidad con autoridad.<sup>144</sup>

Los Elementos de los Crímenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional, señalan como elementos del crimen de guerra de tortura, artículo 8.2.c.i.4 los siguientes:

1. Que el autor haya infligido graves dolores o sufrimientos físicos o mentales a una o más personas.
2. Que el autor haya infligido el dolor o sufrimiento a los fines de obtener información o una confesión, como castigo, intimidación o coacción o por cualquier otra razón basada en discriminación de cualquier tipo.
3. Que esa persona o personas hayan estado fuera de combate o hayan sido personas civiles o miembros del personal sanitario o religioso que no tomaban parte activa en las hostilidades.
4. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían esa condición.

---

<sup>144</sup> Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, judgement, the Prosecutor v. Anton Furundzija, It-95-17/1-T, párr. 162; 121 ILR 218 ant 264, citado en Knut Dormänn, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court*, ob. cit., p. 402.

5. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.
6. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

El artículo 137 del Código Penal señala que comete tortura en persona protegida:

[e]l que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, inflija a una persona dolores o sufrimientos *graves*, físicos o psíquicos, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o confesión, de castigarla por un acto por ella cometido o que se sospeche que ha cometido, o de intimarla o coaccionarla por cualquier razón que comporte algún tipo de discriminación, incurrirá...

La palabra “graves” que aparece en bastardilla en el artículo inmediatamente citado fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-148 del 22 de febrero de 2005 con ponencia del magistrado Álvaro Tafur Galvis. Esta Corporación señala que esta expresión vulnera la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, que excluye esta palabra, y porque “el artículo 12 constitucional no hace ninguna distinción sobre la prohibición de la tortura que se fundamenta además en el respeto de la dignidad humana”.<sup>145</sup>

En relación con la severidad del dolor o sufrimiento que se exige en la Convención para que una conducta constituya tortura (dolores o sufrimientos “graves” físicos o mentales), el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia –con base en la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos, de la Corte Europea de Derechos Humanos y del Informe de 1986 del Relator Especial contra la Tortura–, ha expresado que a pesar de que es difícil determinar con precisión el nivel de sufrimiento que se requiere para que un tratamiento

---

<sup>145</sup> Corte Constitucional, sentencia C-148 del 22 de febrero de 2005.

constituya tortura,<sup>146</sup> los casos más característicos de tortura analizados conllevan la realización de actos positivos. Sin embargo, a juicio de este Tribunal, las omisiones también pueden constituir tortura, siempre y cuando el sufrimiento mental o físico alcance el nivel de severidad exigido, y el acto o la omisión sean intencionales, es decir, que el acto juzgado objetivamente sea deliberado y no accidental.<sup>147</sup> En todo caso, a juicio de este Tribunal, la existencia de un área gris entre las conductas que constituyen tortura y las que constituyen otras violaciones a la integridad personal no debería verse como una invitación para crear una lista exhaustiva y cerrada de los actos que constituyen tortura.<sup>148</sup>

En relación con la finalidad que deben perseguir los actos de tortura, el mismo Tribunal sostiene que el hecho de que en la Convención contra la tortura se hayan señalado algunas finalidades que deben perseguir estos actos,<sup>149</sup> no significa tampoco que este listado sea exhaustivo, sino solamente representativo. Además, que no se desprende de la Convención el requisito de que la conducta sea perpetrada únicamente con una finalidad prohibida por el artículo 1.1 del mismo instrumento. Por tanto, a juicio del Tribunal, la finalidad perseguida por el acto debe ser simplemente parte de la motivación que se encuentra detrás de la conducta y no necesita ser el único o el predominante propósito de la misma.<sup>150</sup>

---

<sup>146</sup> Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, judgement, the Persecutorv. Antono Furundzija, It-95-17/1-T, párr. 162; 121 ILR 218 ant 264, citado en Knut Dormänn, *Elements of War Crimes Under the Rome Statute of the International Criminal Court*, ob. cit, párr. 469.

<sup>147</sup> *Ibíd.*, párrs. 452-468.

<sup>148</sup> *Ibíd.*, párr. 469.

<sup>149</sup> Artículo 1.1 de la Convención contra la Tortura: "..., con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación ...".

<sup>150</sup> Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso Celebici, sentencia del 16 de noviembre de 1998, párr. 470.

Con respecto al elemento descrito a la capacidad oficial, que puede ser problemático, en particular con los conflictos armados de carácter no internacional, el TPIY sostiene en el caso Delalic que: “Tradicionalmente, un acto de tortura debe ser cometido por instigación, o con el consentimiento o aquiescencia de un funcionario público o persona actuando en capacidad oficial. En el contexto del derecho internacional humanitario, para que la prohibición tenga significado en situaciones de conflictos armados de carácter no internacional o conflictos internacionales que no involucren a entidades estatales, este requerimiento debe ser interpretado para incluir funcionarios de las partes no estatales del conflicto”.<sup>151</sup>

Esto explica por qué en el caso de Furundzija el TPIY formuló el elemento relevante como incluyendo personas que actúan “con capacidad no individual, i.e. como un órgano de hecho de... cualquier otra entidad que ostente autoridad. Por tanto, en el contexto de un conflicto armado no internacional, este elemento también incluye actos que emanan de actores no estatales involucrados en el conflicto armado. Los soldados deben ser vistos como funcionarios oficiales. Sin embargo, en su última sentencia (al momento de escribirla) tratando la tortura, la Sección de Primera Instancia del TPIY llegó a la conclusión de: ‘que no es necesaria la presencia de un Estado oficial o de cualquier otra persona que ostenta la autoridad en el desarrollo de la tortura para que ésta sea vista como tortura bajo el derecho internacional humanitario’”.<sup>152</sup>

Además, y en relación con la legitimación activa que se requiere en la Convención contra la tortura para que estos actos la constituyan, solamente en casos muy excepcionales sería posible concluir que el hecho de infligir dolor o sufrimiento severo por un funcio-

<sup>151</sup> Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, judgement, the Prosecutor v. Zejnir Delalic and Others, IT-96-21 T para. 473, citado en Knut Dormänn, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court*, ob. cit., p. 402.

<sup>152</sup> Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, judgement, The prosecutor v. Dragoljub Kunarac and Others, IT-96-23 and IT-96-23 y IT-96-23/1 T, párr. 496, citado en Knut Dormänn, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court*, ob. cit., p. 403.

nario público no constituye tortura sobre la base de que ha actuado únicamente por razones privadas.<sup>153</sup>

Además, el Estatuto de la Corte Penal Internacional prescribe en su artículo 8.2.e.xi como crimen de guerra en conflictos armados no internacionales el “[s]ometer a las personas que estén en poder de otra parte en el conflicto a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificadas en razón del tratamiento médico y que provoquen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud”. Según el *Customary International Humanitarian Law*, es norma consuetudinaria para los conflictos armados internacionales y no internacionales, en relación con las personas civiles o fuera de combate, la siguiente prohibición: “Norma 92. Quedan prohibidas las mutilaciones las experimentaciones médicas o científicas o cualquier otra actuación médica no requerida por el estado de salud e la persona concernida y que no sea conforme a las normas médicas generalmente aceptadas”.<sup>154</sup> Por su parte, en el artículo 146 el Código Penal tipifica, entre otras, el que practique con persona protegida “experimentos biológicos o la someta a cualquier acto médico que no esté indicado ni conforme a las normas médicas generalmente reconocidas incurrirá, por esa sola conducta...”. El origen de esta transgresión se debe a las prácticas médicas y científicas adelantadas contra personas durante la Segunda Guerra Mundial. Véase como el crimen de guerra castiga la muerte o poner en peligro la salud de la persona, mientras el delito en el Código Penal no exige ningún tipo de resultado. Al momento de aplicarse, este tipo penal del artículo 146 podría entrar en conflicto con el artículo 137, y este último, por establecer una sanción mayor, prevalecería en su aplicación.

<sup>153</sup> *Ibíd.*, párr. 471.

<sup>154</sup> Véase International Committé of the Red Cross, *Customary Internacional Humanitarian Law*, vol. I, Rules, ob. cit., pp. 320 a 323.

*d) La violación sexual y otros actos de violencia sexual*

La violación sexual y otras formas de violencia sexual se encuentran prohibidas por el derecho humanitario.<sup>155</sup> El artículo 27 de la IV Convención de Ginebra de 1949, y el artículo 4.2.e del Protocolo II de 1977 explícitamente prohíben “la violación, la prostitución forzada y todo atentado contra el pudor”. Las amenazas de practicar la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado contra el pudor también están prohibidas por el artículo 4.2.h del Protocolo II de 1977 contra quienes no participen directamente en las hostilidades. Así mismo, el artículo 76.1 del Protocolo I de 1977 expresamente establece la protección de las mujeres contra la violación sexual y cualquier otra forma de atentado contra el pudor. También se puede encontrar una prohibición implícita de estas ofensas en el artículo 46 de la Convención IV de La Haya de 1907 que se refiere a la protección de los derechos y del honor de la familia. El artículo 5 del Estatuto del Tribunal de Núremberg consideraba la violación sexual como un crimen en contra de la humanidad. Por tanto, se puede afirmar, sobre la base de las anteriores disposiciones, que en el derecho humanitario existe una clara prohibición de cometer violaciones sexuales y atentados contra el pudor.<sup>156</sup> Sin embargo, en ninguno de los anteriores instrumentos se define qué debe entenderse por violación sexual.

<sup>155</sup> Las mujeres son las principales víctimas de estos hechos de violencia. Según el *Customary International Humanitarian Law*, es norma consuetudinaria para conflictos armados internacionales y no internacionales, la siguiente: “Norma 134. Deberán respetarse las necesidades específicas de las mujeres afectadas por los conflictos armados en materia de protección, salud y asistencia”. Véase International Committee of the Red Cross, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Rules, ob. cit., pp. 475 a 479.

<sup>156</sup> Según el *Customary International Humanitarian Law*, es norma consuetudinaria para conflictos armados internacionales y no internacionales, en relación con las personas civiles o fuera de combate, la siguiente: “Norma 93. Quedan prohibidas las violaciones y cualquier otra forma de violencia sexual”. Véase International Committee of the Red Cross, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Rules, ob. cit., pp. 323 a 327.

La Resolución 1325 del Consejo de Seguridad, del 31 de octubre del 2000, sobre el particular establece lo siguiente:

9. *Exhorta* a todas las partes en un conflicto armado a que respeten plenamente el derecho internacional aplicable a los derechos y a la protección de las mujeres y niñas, especialmente en tanto que civiles, en particular las obligaciones correspondientes en virtud de los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977, la Convención sobre los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 y su Protocolo Facultativo de 1999 y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 y sus dos Protocolos Facultativos de 25 de mayo de 2000, y a que tengan presentes las disposiciones pertinentes del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional;

10. *Insta* a todas las partes en un conflicto armado a que adopten medidas especiales para proteger a las mujeres y las niñas de la violencia por razón de género, particularmente la violación y otras formas de abusos sexuales, y todas las demás formas de violencia en situaciones de conflicto armado.

Sobre este tema ha sido muy importante la contribución de los tribunales penales internacionales:

El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia ha desempeñado una función decisiva en la creación de puntos de referencia en materia de jurisprudencia para el procesamiento de los abusos sexuales cometidos en tiempo de guerra. La fiscalía ha reconocido que la violencia sexual no solo constituye un conjunto de crímenes internacionales, como los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, sino que puede constituir también tortura, esclavitud, graves lesiones corporales y otros actos pertinentes, siempre que los elementos que constituyen esos crímenes se hallen presentes en el acto de violencia sexual. Hasta la fecha, en los procesos públicos de este Tribunal por crímenes cometidos durante la guerra en la antigua Yugoslavia, se han considerado los crí-

menes de agresión sexual como graves violaciones de los Convenios de Ginebra, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y genocidio. Además, el Tribunal ha imputado públicamente a varios presuntos criminales de guerra la responsabilidad de ordenar la comisión de crímenes de abuso sexual, con arreglo al párrafo 3 del artículo 7 del Estatuto.

El 16 de noviembre de 1998 el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia dictó su primer fallo condenatorio de un criminal de guerra bosnio concretamente por delitos de agresión sexual, entre otros crímenes de guerra. El Tribunal dictaminó que Hazim Delic (sic), un bosnio musulmán, comandante adjunto del campo de detención de Celebici, era culpable de violar y agredir sexualmente a dos mujeres serbiobosnias que estaban presas en el campo, en 1992, y lo declaró culpable, entre otras cosas, de una grave violación (tortura) y crímenes de guerra (tortura) por las violaciones.\* El Tribunal resolvió también que Zdravko Mucic, un comandante del campo bosniocroata tenía responsabilidad por ordenar los abusos cometidos contra detenidos en el campo de Celebici, como asesinatos, tortura, agresiones sexuales, golpes y otras formas de trato cruel e inhumano.

La sentencia confirma que la violación y la agresión sexual pueden ser actos de tortura; el Tribunal subrayó que un objetivo prohibido de la tortura es “por discriminación de cualquier clase”, inclusive la discriminación por razones de género;\*\* el Tribunal halló a un comandante del

---

\* El fiscal c. Delalic, y otros, caso núm. IT-96-21-A, 16 de noviembre de 1997. Por otros actos Delalic fue declarado culpable también de homicidio voluntario y asesinato, tortura, trato inhumano y cruel, causar grandes sufrimientos o graves lesiones, y detención ilegal de civiles.

\*\* El Tribunal que juzgó el caso Celebici señala además que las Naciones Unidas han reconocido que la violencia causada a las mujeres por el hecho de serlo, en particular los actos que causan daños o sufrimientos físicos, mentales o sexuales, representa una forma de discriminación que impide en gran medida a las mujeres disfrutar de los derechos humanos y las libertades. Así pues, el Tribunal suscribió la opinión de que la discriminación por razones de género puede ser fundamento para juzgar la violación como tortura. Delalic y otros, sentencia, párr. 493.

campo responsable de las agresiones sexuales cometidas por sus subordinados; el Tribunal adoptó la amplia y progresista definición de violación expresada por el Tribunal del caso Akayesu (véase más adelante) y el Tribunal hizo hincapié en que la violación y la agresión sexual producían no sólo un daño físico sino también un daño psicológico.

Anto Furundzija, un comandante local destinado en Vitez en una unidad especial de la policía militar del HVO, fue declarado culpable, el 10 de diciembre de 1998, de tortura como coautor de la violación de una mujer musulmana bosnia durante el interrogatorio, y de complicidad en la violación.\* El caso fue el primero que se juzgó exclusivamente por delitos de violencia sexual en un tribunal internacional, y aporta algunas contribuciones progresistas a la jurisprudencia de la violación como crimen de guerra. El Tribunal confirmó, entre otras cosas, el carácter de crimen de guerra de la violación, en particular en virtud del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra relativos a los conflictos armados que no sean de índole internacional;\*\* aceptó la definición de violación del caso Akayesu, pero formuló un conjunto de elementos que prohíben expresamente el sexo oral forzado,\*\*\* además afirmó que una de las condiciones de la tortura en los conflictos armados era que, por lo menos, una de las personas asociadas a la sesión de tortura fuera un responsable oficial o actuara como órgano de “cualquier otra entidad investida de poder”,\*\*\*\* lo que permitiría considerar posibles torturadores a determinados agen-

---

\* El fiscal c. Furundzija, caso Nº IT-95-17/1-T, sentencia del 10 de diciembre de 1998.

\*\* *Ibíd.*, párrs. 165 a 171.

\*\*\* Los elementos objetivos de la violación son:

i) la penetración sexual, por muy ligera que sea:

a) de la vagina o del ano de la víctima por el pene del violador o cualquier otro objeto utilizado por éste;

b) de la boca de la víctima por el pene del violador;

ii) mediante coacción, fuerza o amenaza de emplear la fuerza contra la víctima o una tercera persona. *Ibíd.*, párr. 185. El Tribunal declara que la penetración oral forzada puede ser tan humillante y traumática para la víctima como la penetración vaginal o anal, y que una definición general de lo que constituye una violación concuerda con el principio fundamental de proteger la dignidad humana.

*Ibíd.*, párr. 184.

\*\*\*\* *Ibíd.*, párr. 162.

tes, entre ellos los paramilitares y otras tropas “irregulares” que violaron y agredieron sexualmente a las mujeres en la guerra de la ex Yugoslavia con la aprobación y el apoyo tácitos de diversos militares.\*

En el fallo del Tribunal [Penal Internacional para Rwanda] en la causa de el fiscal c. Akayesu,\*\* dictado el 2 de septiembre de 1998, se reconoce por primera vez que pueden formularse cargos por actos de violencia sexual por ser elementos constitutivos de una campaña de genocidio. A Jean-Paul Akayesu, en su día alcalde de la comuna de Taba, se le acusó de genocidio, de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra\*\*\* y de haber tenido conocimiento de la comisión de actos de violencia sexual y haber facilitado la comisión de tales actos, permitiendo que se cometieran en los locales de la comuna.\*\*\*\* También se acusó a Akayesu

---

\* *Ibíd.*

\*\* El fiscal c. Akayesu, ICTR-96-4, del 13 de febrero de 1996, enmendado en ICTR-96-4-I, del 17 de junio de 1997.

\*\*\* En la acusación se definen los actos de violencia sexual de forma que quedan incluidos: “la penetración sexual por la fuerza... y los abusos sexuales, tales como la desnudez forzada”. *Ibíd.*, párr. 10A. En la primera acusación contra Akayesu no figuraban cargos por delitos de violencia sexual, a pesar de las abrumadoras pruebas que existían sobre violaciones en masa en la comuna de Taba. La falta de voluntad política de algunos altos cargos del tribunal, así como la deficiencia de los métodos de investigación seguidos por algunos de los investigadores y fiscales del tribunal explican esa omisión. El acta de acusación se enmendó después de que numerosas mujeres tutsis testificaran y se expresaran en público sobre la violencia sexual en la comuna de Taba. Véase también Human Rights Watch, *Shattered Lives: Sexual Violence During the Rwandan Genocide and its Aftermath*, septiembre de 1996, donde se detalla la forma masiva y sistemática en que se perpetraron los actos de violencia sexual en el genocidio de Rwanda. En junio de 1997 se enmendó el acta de acusación en la causa contra Akayesu de forma que se reflejara el papel decisivo de la violencia sexual en el genocidio de los tutsis de la comuna de Taba.

\*\*\*\* Durante el juicio de Akayesu, varias mujeres tutsis testificaron que habían sido víctimas de violaciones colectivas y reiteradas por parte de las milicias en los locales de la comuna o en sus inmediaciones, incluso en presencia de Akayesu. Hablaron de que vieron cómo un grupo de hombres violaba y asesinaba a otras mujeres delante de Akayesu. En una ocasión en que este último presencié tales violaciones y asesinatos dijo al parecer a los autores “no me pregunten más a qué sabe una mujer tutsi”. El fiscal c. Jean-Paul Akayesu, conclusiones de la

de hallarse presente en la comisión de delitos de violencia sexual, dando así pábulos a tales delitos.\*

El tribunal que juzgó a Akayesu contribuyó de manera significativa a la actual evolución de la jurisprudencia sobre la violación como crimen de guerra al hacer una definición expresa y amplia por la que se equiparaba claramente la violación a otros crímenes de lesa humanidad. En la definición asumida en la causa contra Akayesu la violación se reconceptualiza como atentado a la seguridad de la persona de la mujer de que se trate y se desecha el concepto abstracto de virtud o de baldón para la honra de toda la familia o aldea. También es significativo que, al definir la violencia sexual, el tribunal incluyera en ese concepto el desnudo forzado, sentando así firmemente que los actos de agresión sexual no se circunscriben a aquellos que entrañan la penetración y ni siquiera al contacto sexual.\*\* En el fallo se dice claramente que la sala considera que la violación constituye una forma de agresión y que los elementos fundamentales del delito de violación no pueden reducirse a la descripción mecánica de objetos y partes del cuerpo. La sala define la violación como una invasión física de índole sexual, perpetrada contra una persona en circunstancias que entrañan coacción.\*\*\* La definición de la violación y de los actos de agresión sexual asumida en la causa de Akayesu es también la que ha adoptado el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia y ha servido para fijar la definición aceptada internacionalmente de los delitos de violencia sexual en todos los casos interpuestos hasta

---

acusación, vol. I, 29 de abril de 1998, párr. 165. Además, tanto las víctimas como los testigos que intervinieron en el juicio describieron otros actos de violencia sexual, como la violación pública, la violación con objetos tales como machetes y palos, la esclavitud sexual, la desnudez forzada y la violación de niñas.

\* Acta de acusación enmendada contra Akayesu, párr. 12B.

\*\* Acta de acusación enmendada contra Akayesu, párr. 10A.

\*\*\* Sentencia en la causa contra Akayesu, párrs. 596 a 598, sec. 6.4, Crímenes de lesa humanidad.

la fecha ante el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia (véanse las causas Celebici y Furundzija ya tratadas).<sup>157</sup>

El Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia ha sostenido desde el caso Celebici Camp,<sup>158</sup> siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda en el caso Jean-Paul Akayesu,<sup>159</sup> que la violación sexual es una invasión física de naturaleza sexual que se realiza contra una persona en circunstancias coercitivas. Una de las más importantes conclusiones de estos casos reseñados consiste en señalar que la violación sexual y los atentados contra el pudor pueden constituir tortura siempre y cuando cumplan los elementos requeridos por el artículo 1.1 de la Convención contra la Tortura, es decir:

1. Debe existir un acto o una omisión que cause dolor o sufrimiento severo mental o físico.
2. Debe ser infligido intencionalmente.
3. Debe ser con la finalidad de obtener de ella o de un tercero, información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación.

---

<sup>157</sup> Estas citas son parte del análisis realizado por la señora Radhika Coomaraswamy, Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, en el Informe: “La violencia contra la mujer perpetrada y/o condonada por el Estado en tiempos de conflicto armado (1997-2000)”, Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2001/73, 23 de enero de 2001, párrs. 21, 26, 27, 29, 35 y 38. Otro análisis de esta jurisprudencia aparece en Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de promoción y protección de los derechos humanos, Documento de trabajo preparado por Françoise Hampson sobre la tipificación como delito, la investigación y el castigo de los actos de violencia sexual grave, E/CN.4/Sub.2/2004/12, 20 de julio de 2004.

<sup>158</sup> Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso Celebici, sentencia del 16 de noviembre de 1998, párr. 479.

<sup>159</sup> Tribunal Penal Internacional para Rwanda, *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, case ICTR-96-4-T, Trial Chamber I, 2 September 1998.

4. Cuando dicho acto u omisión haya sido cometido por, o a instigación de, o con el consentimiento o aquiescencia de un oficial o de otra persona en ejercicio de funciones públicas.

En relación con el primer requisito de la definición, el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia señaló que la violación sexual causa dolor y sufrimiento severo, tanto físico como psicológico. El sufrimiento psicológico que causa se exagera por una serie de factores sociales y culturales, y puede ser particularmente grave y duradero. Además, es difícil imaginar circunstancias en las que una violación sexual que haya sido cometida por o a instigación de un oficial (segundo requisito de la definición), no implique, en cierto sentido, castigo, coerción, discriminación o intimidación (tercer elemento de la definición). Estas motivaciones o finalidades son inherentes a las conductas y, por tanto, siempre están presentes en los casos de violación sexual que ocurran en situaciones de conflicto armado.<sup>160</sup> Por lo anterior, este Tribunal concluyó que cuando cualquier violación sexual u otras formas de violencia sexual cumplan con los requisitos anteriores, constituirá tortura de la misma forma que otro tipo de actos o conductas.<sup>161</sup> “Es fundamentalmente a partir de la jurisprudencia de ambos tribunales que se abrieron importantes precedentes para la sanción de actos de violencia sexual”.<sup>162</sup> En el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, la violación sexual también se ha considerado como una forma de tortura tanto en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos,<sup>163</sup> como en las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.<sup>164</sup>

---

<sup>160</sup> Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso Celebici, sentencia del 16 de noviembre de 1998, párr. 495.

<sup>161</sup> *Ibíd.*, párr. 496.

<sup>162</sup> Silvia A. Fernández de Gurmendi, “El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: extensión de los crímenes de guerra a los conflictos armados de carácter no internacional...”, *ob. cit.*, p. 405.

<sup>163</sup> Corte Europea de Derechos Humanos, *case of Aydin v. Turkey*, 23178/94, 25 de septiembre de 1997.

<sup>164</sup> CIDH, caso 10.970 (Perú), Informe 5/96 aprobado el 1º de marzo de 1996.

La violación sexual es un crimen de guerra en los conflictos armados no internacionales según el artículo 8.2.e.vi) del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Los Elementos de los Crímenes de dicho Estatuto señalan como elementos del crimen de guerra de violación (art. 8 2.e.vi-1) los siguientes:

1. Que el autor haya invadido\* el cuerpo de una persona mediante una conducta que haya ocasionado la penetración, por insignificante que fuera, de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del autor con un órgano sexual o del orificio anal o genital de la víctima con un objeto u otra parte del cuerpo.
2. Que la invasión se haya cometido por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa persona u otra persona o aprovechando el entorno coercitivo, o se haya realizado en condiciones en que la persona era incapaz de dar su libre consentimiento.\*\*
3. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.
4. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Se destacan en estos Elementos que la definición es neutra en cuanto al género, que incluye actos de penetración con objetos o con otras partes del cuerpo, que se centra en los actos del autor en vez de la víctima, y que cubre la coacción de índole no física.<sup>165</sup>

---

\* El concepto de “invasión” se utiliza en sentido amplio para que resulte neutro en cuanto al género.

\*\* Se entiende que una persona es incapaz de dar su libre consentimiento si sufre una incapacidad natural, inducida o debida a la edad. Esta nota es también aplicable a los elementos correspondientes del artículo 82 e) vi)-3, 5 y 6.

<sup>165</sup> Amnistía Internacional, *Cómo utilizar el derecho penal internacional para impulsar reformas legislativas que incorporen la perspectiva de género*, Londres, 2005, pp. 20 y 21.

Desde la adopción de los Elementos de los Crímenes, los tribunales penales internacionales para Ruanda y la ex Yugoslavia han emitido varios fallos, incluido el reciente de la Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso *Prosecutor v. Kunara*, confirmado por la Sala de Apelaciones, en relación con la forma en que puede aplicarse la coacción a la víctima en los casos de crímenes de violencia sexual. En este fallo, la Sala de Primera Instancia aclara que no está restringiendo de ninguna manera el alcance del caso *Akayesu*, sino resolviendo una interpretación potencialmente restrictiva de otro fallo de la Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso *Furundžija*. En el caso *Kunarac* la Sala de Primera Instancia consideró la violación como una violación de la autonomía sexual y resaltó que tal autonomía “se violaba siempre que la persona sometida al acto no hubiera dado libremente su consentimiento o no hubiese participado de algún otro modo de propia voluntad”. Preocupaba al tribunal que otros factores además de la fuerza, la amenaza de fuerza contra la víctima o una tercera persona o la coacción, hicieran que el acto no fuera voluntario o libremente consentido. Por ejemplo, el acto podría no ser voluntario cuando la víctima fuese particularmente vulnerable o hubiese sido engañada. La Sala de Apelaciones también aporta ejemplos de circunstancias coactivas usadas por los perpetradores –como detención en prisiones, sedes militares, centros de detención y apartamentos para fines residenciales de soldados–, en las que presumiblemente el acto no sería voluntario ni libremente consentido. Será de especial importancia para la legislación nacional y la jurisprudencia de los tribunales nacionales asegurarse de que las circunstancias mencionadas por el Tribunal en el caso *Kunarac* nieguen cualquier consentimiento aparente, a menos que se haya dado libremente. No obstante, también será sumamente importante para la legislación nacional y los tribunales que la interpreten no hacer del consentimiento un elemento del crimen que hay que probar.<sup>166</sup>

“El Estatuto de Roma incorpora por primera vez entre los crímenes de guerra cometidos en ambos tipos de conflictos una categoría

---

<sup>166</sup> *Ibíd.*, p. 21

independiente de ofensas de naturaleza sexual que incluye actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada y otras formas de violencia sexual”.<sup>167</sup> Conforme al Estatuto de la Corte Penal Internacional (art. 8.2.e.vi) se considera crimen de guerra, en relación con los conflictos armados no internacionales: “...cometer actos de violación, esclavitud sexual, embarazo forzoso, ...esterilización forzada, prostitución forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra”.<sup>168</sup>

El Estatuto de Roma es el primer tratado internacional que incluye expresamente el crimen de esclavitud sexual. Vale destacar que este crimen no requiere un elemento comercial, y que incluye los actos de los tratantes de personas. Los Elementos de los Crímenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional señalan como elementos del crimen de guerra de esclavitud sexual\* (art. 8 2.e.vi-2) los siguientes:

1. Que el autor haya ejercido uno de los atributos del derecho de propiedad sobre una o más personas, como comprarlas, venderlas, prestarlas o darlas en trueque, o imponerles algún tipo similar de privación de la libertad.\*\*
2. Que el autor haya hecho que esa persona o esas personas realizaran uno o más actos de naturaleza sexual.

<sup>167</sup> Silvia A. Fernández de Gurmendi, “El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: extensión de los crímenes de guerra a los conflictos armados de carácter no internacional...”, ob. cit., p. 404.

<sup>168</sup> Sobre los aportes de la Corte Penal Internacional en esta materia puede consultarse La Morada, Corporación de Desarrollo de la Mujer, *La Corte Penal Internacional, avances en materia de justicia de género*, Santiago de Chile, 2003.

\* Habida cuenta de la complejidad de la naturaleza de este crimen, se reconoce que en su comisión podría participar más de un autor, como parte de un propósito criminal común.

\*\* Se entiende que ese tipo de privación de libertad podrá, en algunas circunstancias, incluir la exacción de trabajos forzados o reducir de otra manera a una persona a una condición servil, según se define en la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, de 1956. Se entiende además que la conducta descrita en este elemento incluye el tráfico de personas, en particular de mujeres y niños.

3. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.
4. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Sobre la prostitución forzada como crimen de guerra se dice que: “...toda la conducta que abarca puede caracterizarse con mayor precisión como esclavitud sexual u otras formas de violencia sexual. La expresión ‘prostitución forzada’ puede utilizarse para insinuar que las mujeres reciban algún tipo de ventaja pecuniaria del acto y por tanto muchos grupos de mujeres la consideran inapropiada”.<sup>169</sup> Los Elementos de los Crímenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional señalan como elementos del crimen de guerra de prostitución forzada (art. 8 2.e.vi-3) los siguientes:

1. Que el autor haya hecho que una o más personas realizaran uno o más actos de naturaleza sexual por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas o contra otra o aprovechando un entorno coercitivo o la incapacidad de esa o esas personas de dar su libre consentimiento.
2. Que el autor u otra persona hayan obtenido o esperado obtener ventajas pecuniarias o de otro tipo a cambio de los actos de naturaleza sexual o en relación con ellos.
3. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.
4. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

---

<sup>169</sup> Amnistía Internacional, *Cómo utilizar el derecho penal internacional para impulsar reformas legislativas que incorporen la perspectiva de género*, ob. cit., p. 19.

El apartado f) del párrafo 2 del artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional define como embarazo forzado “el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo”. Los Elementos de los Crímenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional señalan como elementos del crimen de guerra de embarazo forzoso (art. 8 2.e.vi-4) los siguientes:

1. Que el autor haya confinado a una o más mujeres que hayan quedado embarazadas por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otra infracción grave del derecho internacional.
2. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.
3. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

“La esterilización forzada se reconoció como crimen de guerra en el proceso de Nüremberg, en el que se juzgó a perpetradores por actos cometidos en el contexto de la experiencia médica”.<sup>170</sup> Los Elementos de los Crímenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional señalan como elementos del crimen de guerra de esterilización forzada (art. 8 2.e.vi-5) los siguientes:

1. Que el autor haya privado a una o más personas de la capacidad de reproducción biológica.\*

---

<sup>170</sup> *Ibíd.*, p. 25.

\* Este acto no incluye las medidas de control de la natalidad que no tengan un efecto permanente en la práctica.

2. Que la conducta no haya tenido justificación en un tratamiento médico u hospitalario de la víctima o víctimas ni se haya llevado a cabo con su libre consentimiento.\*
3. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.
4. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Los Elementos de los Crímenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional señalan como elementos del crimen de guerra de violencia sexual (art. 8 2.e.vi-6) los siguientes:

1. Que el autor haya realizado un acto de naturaleza sexual contra una o más personas o haya hecho que esa o esas personas realizaran un acto de naturaleza sexual por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el miedo a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas o contra otra o aprovechando un entorno de coacción o la incapacidad de esa o esas personas de dar su libre consentimiento.
2. Que la conducta haya tenido una gravedad comparable a la de una infracción grave de los Convenios de Ginebra.
3. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que determinaban la gravedad de su conducta.
4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.
5. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

En el Título II del Código Penal se tipifican como delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho humanitario el acceso

---

\* Se entiende que la expresión “libre consentimiento” no comprende el consentimiento obtenido mediante engaño.

carnal violento en persona protegida (art. 138), los actos sexuales violentos en persona protegida (art. 139), y la prostitución forzada o esclavitud sexual (art. 141). El acceso carnal por medio de la violencia consagrado en el artículo 138 es lo que el derecho internacional denomina violación.<sup>171</sup> Los actos sexuales es lo que el derecho internacional denomina violencia sexual.

El embarazo forzado no está consagrado en el Código Penal como un delito contra el derecho humanitario. El artículo 101 lo consagra como uno de los actos mediante los cuales se puede perpetrar el delito de genocidio. Lo curioso es que, precisamente con excepción del embarazo forzado, los actos que trae el tipo penal del genocidio reproducen de manera textual los actos de la definición de la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio (art. II), que es la misma definición del Estatuto de la Corte Penal Internacional (art. 6). En la presente investigación no se pudieron determinar las razones que condujeron al legislador a consagrar una conducta que en los últimos años es considerada de manera tradicional un crimen de guerra y un crimen de lesa humanidad como uno de los elementos objetivos del genocidio. Esta conducta se podría encuadrar en el tipo penal del artículo 101 si la intención del embarazo forzado es la destrucción total o parcial de un grupo mediante la modificación de la composición étnica del mismo, si nos atenemos a la definición del apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, y al artículo 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, lo que en términos internacionales no deja de resultar contraproducente puesto que una cosa es la destrucción de un grupo y otra la modificación de la composición étnica de una población.

---

<sup>171</sup> La definición de “acceso carnal” que ofrece el Código Penal coincide con los estándares internacionales, en particular con los de la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales y con los Elementos del crimen del Estatuto de la Corte Penal Internacional. El artículo 212 señala que: “...se entenderá por acceso carnal la penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral, así como la penetración vaginal o anal de cualquier otra parte del cuerpo humano u otro objeto”.

Si se llegase a producir un embarazo forzoso con ocasión y en desarrollo del conflicto armado, la conducta se podría adecuar al artículo 140 con la agravación establecida por el numeral 6 del artículo 211 del Código Penal o si fue ocasionado por medios violentos podría aplicarse el artículo 138 con la misma agravación establecida por el numeral 6 del artículo 211 del Código Penal. Sobre este tema del embarazo forzado en Colombia se pronunció la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer:

En conclusión, la Relatora Especial quisiera hacer referencia a un error de concepto generalizado respecto del papel que desempeña la violencia basada en el género en el conflicto. Algunos de los interlocutores de la Relatora Especial expresaron opiniones durante su visita en el sentido de que la violencia basada en el género en el contexto del conflicto no era un problema en Colombia. Otros consideraron que la situación no era comparable con otros conflictos recientes (en la ex Yugoslavia y Rwanda), ya que el conflicto colombiano no tenía origen étnico; en Colombia, cuando un grupo trata de destruir a otro lo hace más por motivos económicos o porque se trata de una guerra entre ricos y pobres. La Relatora Especial está de acuerdo con esta última opinión en cierta medida, puesto que no recibió información de que las mujeres fueran violadas para embarazarlas y luego mantenerlas en cautividad de manera que no tuvieran sus hijos del lado enemigo, como era el caso en la ex Yugoslavia y que fue calificado de genocidio por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. Ahora bien, la Relatora Especial escuchó testimonios acerca de esclavitud sexual, mutilación sexual, desnudez forzosa, imposición de estrictos códigos en el vestido, abortos forzosos y anticoncepción forzosa, que constituyen todos delitos graves a los efectos del derecho internacional y deben ser enjuiciados por la Unidad de Derechos Humanos en la Oficina del Fiscal General.<sup>172</sup>

---

<sup>172</sup> Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Adición, Misión a Colombia (1 a 7 de noviembre de 2001), E/CN.4/2002/83/Add.3 del 11 de marzo de 2002, párrs. 102 y 103.

Aunque la esterilización forzada no esté expresamente tipificada como un delito, al igual que las mutilaciones sexuales y el desnudo forzado, es de nuestro criterio que esas conductas se pueden sancionar de esta manera conforme a este título siempre y cuando los actos sean con ocasión y en desarrollo del conflicto armado. La esterilización forzada puede adecuarse al artículo 146 cuando se refiere a la realización de una práctica inhumana, las mutilaciones sexuales pueden encuadrarse en el tipo del artículo 136 de lesiones con la sanción del artículo 116 que hace referencia a la pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro, y el desnudo forzado puede encuadrarse en el artículo 139 que consagra como delitos los actos sexuales diversos al acceso carnal.

*e) Los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*

El artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 prohíbe, contra las personas que no participen en las hostilidades, los tratos crueles y los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes. Estas mismas prohibiciones son reiteradas por el artículo 4.2.a. y 4.2.e del Protocolo II de 1977, agregando a modo de ejemplo toda forma de pena corporal.<sup>173</sup> Las amenazas de realizar tales actos también son prohibidas por el artículo 4.2.h del Protocolo II de 1977 contra quienes no participen directamente en las hostilidades. Además, estos mismos actos son considerados crímenes de guerra en casos de conflicto armado no internacional según el artículo 8.2.c.i y 8.2.c.iii del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Los artículos 136, 146 y 147 del Código Penal tipifican las lesiones en persona protegida, los tratos inhumanos y degradantes, y experimentos biológicos en persona protegida, y los tratos inhumanos o degradantes por razones discriminatorias, respectivamente. Los tribunales penales internacionales han elaborado una importante jurisprudencia para señalar en qué consisten tales actos:

---

<sup>173</sup> Según se señaló en la cita 141, estas prohibiciones también son de derecho consuetudinario.

El Tribunal, evaluando el asunto en el contexto del art. 3 común a los Convenios de Ginebra y el art. 4(2) del Protocolo II, los diferentes instrumentos de derechos humanos mencionados anteriormente y el significado plano y ordinario de las palabras utilizadas, concluyó en el caso Delalic que: “el trato cruel es el trato que causa graves sufrimientos mentales o físicos, o que constituye un ataque grave contra la dignidad humana, el cual es equivalente al crimen de trato inhumano en el marco de las graves infracciones a las provisiones de los Convenios de Ginebra”.<sup>174</sup>

Por lo tanto, de acuerdo con el Tribunal: “el trato cruel constituye un acto intencional o una omisión, que es un acto el cual, juzgado objetivamente, es deliberado y no accidental, que causa graves sufrimientos, ya sean mentales o corporales, heridas o que constituye un grave ataque a la dignidad humana. Este trato tiene un significado equivalente y por consiguiente la misma función residual del propósito del artículo 3 del Estatuto, como un trato inhumano en relación con las graves infracciones a los Convenios de Ginebra. Por consiguiente, la tortura, bajo el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra está también incluida dentro del concepto de trato cruel ...El trato que no cumpla el propósito necesario para cometer la ofensa de tortura bajo el artículo 3 común es considerado trato cruel”.<sup>175</sup>

Respecto a qué tipo de trato se considera inhumano, el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia señaló en el caso Dario Kordic y Mario Cerkez, con base en el caso Celebici Camp, que constituye trato inhumano contra una persona protegida todo acto u omisión intencional que, juzgada objetivamente, se realiza de forma

---

<sup>174</sup> Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, *The Prosecutor v. Zejnil Delalic and Others*, IT-96-21-T, párr. 551; véase también párr. 443, citados en Knut Dormänn, *Elements of war Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court*, ob. cit., p. 398.

<sup>175</sup> Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, *The Prosecutor v. Zejnil Delalic and Others*, IT-96-21-T, párr. 522; judgement, *The Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez*, IT-95-14/2-T, párr. 265, ambos citados en Knut Dormänn, *Elements of war Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court*, ob. cit., pp. 398-399.

deliberada y que causa un serio daño mental o corporal o sufrimiento físico, y constituye un serio ataque contra la dignidad humana.<sup>176</sup> En este último caso, el Tribunal indicó que los daños corporales, el tratamiento inhumano de personas privadas de libertad y la utilización de personas como escudo humano, pueden ser considerados como tratamientos inhumanos, siempre y cuando se prueben los elementos señalados con anterioridad.<sup>177</sup>

En consecuencia, el caso presentado bajo la sección “Art. 8(2)(a)(ii)” subsección “tratos inhumanos” también puede ser utilizado para determinar ciertos comportamientos que constituyen tratos crueles. Con respecto al razonamiento de la TPIY lo siguiente puede ser agregado: El Tribunal, en el caso Tadic, analizó el término “tratos crueles”, primero que todo en el contexto de las dos frases introductorias del art. 3 común a los Convenios de Ginebra (personas que no participan directamente en las hostilidades... serán en todas las circunstancias tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable... a este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas...) y encontró que: de acuerdo con este artículo, la prohibición contra el trato cruel es un medio para un fin, siendo el fin el de asegurar que las personas que no participan en las hostilidades deben ser, en todas las circunstancias, tratadas humanamente.<sup>178</sup>

Los Elementos de los Crímenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional señalan como elementos del crimen de guerra de tratos crueles (art. 8 2.c.i-3) los siguientes:

<sup>176</sup> Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso Kordic y Cerkez, sentencia del 26 de febrero de 2001, párr. 256; caso Celebici, sentencia de 16 de noviembre de 1998, párr. 543.

<sup>177</sup> *Ibíd.*, caso Kordic y Cerkez, sentencia del 26 de febrero de 2001, párr. 256.

<sup>178</sup> Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, judgement, The prosecutor v. Zejnir Delalic and Others, IT-96-21-T, párr. 551; véase también párr. 552, citados en Knut Dormänn, *Elements of war Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court*, ob. cit., p. 399.

1. Que el autor haya infligido graves dolores o sufrimientos físicos o mentales a una o más personas.
2. Que esa persona o personas hayan estado fuera de combate o hayan sido personas civiles o miembros del personal sanitario o religioso que no tomaban parte activa en las hostilidades.
3. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían esa condición.
4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.
5. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Los Elementos de los Crímenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional señalan como elementos del crimen de guerra de atentados contra la dignidad personal (art. 8 2.c.ii) los siguientes:

1. Que el autor haya sometido a una o más personas a tratos humillantes o degradantes o haya atentado de cualquier otra forma contra su dignidad\*
2. Que el trato humillante, degradante o el atentado contra la dignidad haya sido tan grave que esté reconocido generalmente como ultraje contra la dignidad personal.
3. Que esa persona o personas hayan estado fuera de combate o hayan sido personas civiles o miembros del personal sanitario o religioso que no tomaban parte activa en las hostilidades.
4. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían esa condición.
5. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.

---

\* Para los efectos de este crimen, el término “personas” puede incluir personas fallecidas. Se entiende que la víctima no tiene que ser personalmente consciente de la existencia de la humillación o degradación u otra violación. Este elemento tiene en cuenta los aspectos pertinentes de la cultura a que pertenece la víctima.

6. Que el autor haya tenido conocimiento de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

*f) Herir a persona protegida*

La integridad personal es uno de los principales derechos protegidos por las normas humanitarias. “Atentar gravemente contra la integridad física o la salud” es una infracción grave al IV Convenio de Ginebra de 1949 al tenor de su artículo 147, y un crimen de guerra en conflictos armados internacionales según lo dispone el artículo 8.2.a.iii del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Los atentados a la integridad corporal son una prohibición del artículo 3 común de los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949, y los actos de violencia contra la persona son un crimen de guerra en conflictos armados no internacionales, como lo dispone el artículo 8.2.c.i del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

El artículo 136 del Código Penal consagra el tipo penal de lesiones en persona protegida. “[e]ll que con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, cause daño a la integridad física o a la salud de persona protegida conforme al derecho internacional humanitario, incurrirá en las sanciones previstas para el delito de lesiones personales, incrementada hasta en una tercera parte”. En la medida que otros daños a la integridad física o a la salud, como pueden ser las torturas y los malos tratos, están estipulados en otros tipos penales, y si conforme al *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia Española lesión es el “daño o detrimento corporal causado por una herida, golpe o enfermedad”, este tipo penal lo que de manera precisa quiere sancionar son las heridas causadas a personas protegidas.

En caso de que en combate sea herido un miembro de la fuerza pública que participa directamente en las hostilidades, el tipo penal que se debe aplicar en esta situación al presunto responsable en casi todos los casos debería ser el artículo 103 en el grado de tentativa, ya que por una parte en combate la regla general de la intencionalidad del agente es ocasionar la muerte del adversario y, por la otra, tampoco puede ser el artículo 135 en el grado de tentativa ya que el

miembro de la fuerza pública en ese momento no es persona protegida. En la eventualidad en que se llegue a demostrar que la intención del sujeto era sólo la de causar una herida al miembro de la fuerza pública, la norma aplicable sería el artículo 111 de lesiones, puesto que el artículo 136 no aplica ya que, como se acaba de indicar, el miembro de la fuerza pública en ese momento no es persona protegida.

### *g) La toma de rehenes*

La toma de rehenes de quienes no participan directamente en las hostilidades está prohibida por el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, y por el artículo 4.2.c del Protocolo II de 1977. Así mismo, las amenazas de practicarlo también están prohibidas por el artículo 4.2.h del Protocolo II de 1977, y el Estatuto de la Corte Penal Internacional lo considera como un crimen de guerra en caso de conflictos armados no internacionales en su artículo 8.2.c.iii.<sup>179</sup>

Estos instrumentos no definen esta conducta y tan sólo se limitan a prohibirla. “Hay toma de rehenes... cuando se reúnen simultáneamente los elementos siguientes: - se captura y se detiene a una persona ilícitamente; - se obliga, de forma explícita o implícita, a una tercera parte a hacer o a abstenerse de hacer algo, como condición para liberar al rehén, para no atentar contra la vida o la integridad física de éste”.<sup>180</sup> “[L]os rehenes son personas que se encuentran, de grado o por la fuerza, en poder de una de las partes en conflicto o de uno de sus agentes y que responden con su libertad, integridad corporal o su vida, de la ejecución de órdenes dadas por personas en

<sup>179</sup> Según el *Customary International Humanitarian Law*, es norma consuetudinaria para conflictos armados internacionales y no internacionales, en relación con las personas civiles o fuera de combate, la siguiente: “Norma 96. Queda prohibido tomar rehenes”. Véase International Committee of the Red Cross, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Rules, ob. cit., pp. 334 a 336.

<sup>180</sup> “La actitud del CICR en caso de toma de rehenes”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 162, junio de 2002, p. 175.

cuyo poder están o de los actos hostiles cometidos contra ellas”.<sup>181</sup> Una jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia ha dicho:

En concordancia con el espíritu del Convenio IV, el Comentario señala que el término “rehén” debe ser comprendido en el sentido más amplio. La definición de rehenes debe ser entendida de forma similar a la de civiles tomados como rehenes dentro del significado de graves infracciones..., esto es personas ilegalmente privadas de su libertad, con frecuencia de manera cruel y algunas veces, bajo la amenaza de muerte. Las partes no discutieron que para ser caracterizados como rehenes, los detenidos deberían haber sido usados para obtener alguna ventaja o para asegurar que un beligerante, otra persona u otro grupo de personas asuman algún tipo de compromiso.<sup>182</sup>

En la misma jurisprudencia se establecen como elementos de la toma de rehenes los siguientes:

- a) La realización de un acto o de una omisión que produzca el apoderamiento de una persona como rehén.
- b) Los actos deben comprender una amenaza de herir o continuar con la detención de los rehenes para obligar a la parte contraria a actuar o a omitir un acto como condición para no herir al rehén o para liberarlo.
- c) Los actos o las omisiones deben haber sido cometidos voluntariamente.<sup>183</sup>

---

<sup>181</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, *Comentarios del Protocolo de 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y el artículo 3 de estos Convenios*, ob. cit., párr. 4537.

<sup>182</sup> Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, judgement, The prosecutor v. Tihomir Blasikc, IT-95-14-T párr. 187; 122 ILR 1 at 73; Judgement, The prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez, IT-95-14/2-T, párr. 319 ff, ambos citados en Knut Dormänn, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court*, ob. cit., p. 406.

<sup>183</sup> Jaime Córdoba Triviño, *Derecho Penal Internacional. Estudio de los delitos de genocidio, de lesa humanidad y de los crímenes de guerra con referencia al nuevo*

Estas apreciaciones se pueden predicar ya sea que la toma de rehenes se presente en un conflicto armado internacional como en uno de carácter no internacional:

Además, las conclusiones manifestadas bajo la sección que trata sobre el crimen de toma de rehenes (art. 8(2)(a)(viii) del Estatuto de la CPI) también se aplican cuando es perpetrado en el contexto de un conflicto armado no internacional. No hay indicaciones en el Estatuto de la CPI ni en los Convenios de Ginebra para que esta ofensa esté constituida por elementos diferentes en un conflicto armado internacional o en uno de carácter no internacional. Ambos, tanto el TPIY como la Fiscalía de la TPIY, definieron los elementos específicos para ambas situaciones de la misma manera.<sup>184</sup>

La Convención Internacional de las Naciones Unidas contra la toma de rehenes de 1979, aprobada mediante la Ley 837 de 2003, señala en su artículo 1.1 lo siguiente:

Toda persona que se apodere de otra (que en adelante se denominará “el rehén”) o la detenga, y amenace con matarla, hierla o mantenerla detenida a fin de obligar a un tercero, a saber, un Estado, una organización internacional intergubernamental, una persona natural o jurídica o un grupo de personas, a una acción u omisión como condición explícita o implícita para la liberación del rehén, comete el delito de toma de rehenes en el sentido de la presente Convención.

En términos simples, son personas privadas de la libertad en un conflicto armado aquéllas por quienes se exige una condición expresa o tácita respecto de su seguridad o su libertad. Los Elementos de los Crímenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional señalan

---

*Código Penal Colombiano*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2001, p. 298.

<sup>184</sup> Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, Prosecutor’s Pre-trial brief, *The prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez*, IT-95-14/2-PT, pp. 45-6 y 48, citado en Knut Dormänn, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court*, ob. cit., p. 407.

como elementos del crimen de guerra de toma de rehenes (art. 8 2.c.iii) los siguientes:

1. Que el autor haya capturado, detenido o retenido como rehén a una o más personas.
2. Que el autor haya amenazado con matar, herir o seguir deteniendo a esa persona o personas.
3. Que el autor haya tenido la intención de obligar a un Estado, una organización internacional, una persona natural o jurídica o un grupo de personas a que actuaran o se abstuvieran de actuar como condición expresa o tácita de la seguridad o la puesta en libertad de esa persona o personas.
4. Que esa persona o personas hayan estado fuera de combate o hayan sido personas civiles o miembros del personal sanitario o religioso que no tomaban parte activa en las hostilidades.
5. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían esa condición.
6. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.
7. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.<sup>185</sup>

Por su parte, el Código Penal en el artículo 148 describe la toma de rehenes cuando “[e]ll que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, prive a una persona de su libertad condicionando ésta o su seguridad a la satisfacción de exigencias formuladas, o la utilice como defensa”, mientras que el Código disciplinario único, artículo 48, numeral 13, señala como falta gravísima el “privar de la libertad a una o varias personas y condicionar la vida, la seguridad y la libertad de ésta o éstas a la satisfacción de cualquier tipo de exigencias”. Es el ingrediente normativo del tipo con ocasión y en desarrollo del

---

<sup>185</sup> En la Resolución Defensorial Humanitaria núm. 02 del 27 de agosto de 2001, “secuestros masivos”, pp. 58 y 9, se sostiene que la exigencia para liberar al rehén debe formularse a uno de los actores armados.

conflicto armado atrás explicado, que diferencia esta transgresión al derecho humanitario con los delitos de secuestro simple y secuestro extorsivo tipificados por los artículos 168 y 169 del Código Penal. Según el numeral 13 del artículo 48 del Código Disciplinario único, la falta gravísima sólo será toma de rehenes si dicho hecho está vinculado con el conflicto armado; si el hecho no está relacionado con el conflicto armado, la conducta se asemejaría al secuestro simple o al secuestro extorsivo consagrados por la legislación penal.

En la ponencia para segundo debate al Proyecto de Ley 40 de 1998 – Senado, por medio de la cual se expide el Código Penal, se adicionó el proyecto inicial con la expresión “que se utilice como defensa”. Como justificación se argumentó que el “desarrollo de los conflictos ha llegado a tal grado de degradación que la persona es instrumentalizada en grado sumo, siendo utilizada constantemente como escudo o medio de defensa o protección, desconociendo su condición de ser dotado de dignidad y merecedor de respeto”.<sup>186</sup>

La Corte Constitucional, en su sentencia C-291 de 2007, declaró inconstitucional la expresión “a la otra parte” del citado artículo del Código Penal, con buen criterio puesto que la exigencia para liberar al rehén no debe formularse exclusivamente a uno de los actores armados,<sup>187</sup> sino a cualquier otro sujeto, tal como lo sugieren las definiciones atrás expuestas, y como lo indica el elemento número tres del crimen establecido por el Estatuto de la Corte Penal Internacional: “...la intención de obligar a un Estado, una organización internacional, una persona natural o jurídica o un grupo de personas a que actuaran o se abstuvieran de actuar como condición expresa o tácita de la seguridad o la puesta en libertad de esa persona o personas”.

---

<sup>186</sup> En *Gaceta del Congreso*, núm. 63 del 23 de abril de 1999. Según el *Customary International Humanitarian Law*, es norma consuetudinaria para conflictos armados internacionales y no internacionales, en relación con las personas civiles o fuera de combate, la siguiente: “Norma 97. Queda prohibida la utilización de escudos humanos”. Véase International Committee of the Red Cross, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Rules, ob. cit., pp. 337 a 340.

<sup>187</sup> Ésta es la interpretación que ofrece la Resolución Defensorial Humanitaria núm. 02 de la Defensoría del Pueblo de Colombia, del 27 de agosto de 2001, “Secuestros masivos”, pp. 58 y 59.

La Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha sido enfática en señalar, además, que “los secuestros perpetrados por los actores del conflicto armado son definidos, en el marco del derecho internacional humanitario, como toma de rehenes”, y que “en su gran mayoría, la toma de rehenes en el contexto del conflicto armado colombiano se cometen bajo la forma de secuestro extorsivo como fuente de financiación de los grupos armados”.<sup>188</sup> Es absurdo pensar que sean simplemente “retenciones económicas con criterio social para redistribuir el ingreso”<sup>189</sup>. La toma de rehenes y los secuestros extorsivos son una degradante manera de negociar la vida de las personas.

En este mismo sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos expresó en su tercer informe sobre Colombia que:

El derecho internacional humanitario prohíbe específicamente la toma de rehenes. El estado de “rehén” se tipifica cuando individuos o grupos retienen personas en su poder con el propósito de obtener, por este acto, acciones específicas u omisiones a actuar (i.e. liberación de prisioneros, cancelación de operaciones militares, etc.) de una tercera persona. El derecho internacional humanitario también prohíbe la detención o el internamiento de civiles, excepto cuando sea necesario por razones imperativas de seguridad. A pesar de la falta de claridad de las estadísticas, es razonable concluir, basados en otras informaciones estudiadas por la Comisión, que la mayoría de las capturas llevadas a cabo por los grupos armados disidentes cabrían dentro de la categoría de actos prohibidos por el derecho internacional humanitario.<sup>190</sup>

Por la naturaleza misma de las hostilidades, los combatientes pueden ser privados de su libertad por la parte adversa. En un conflicto armado internacional los combatientes que caen en poder de su

---

<sup>188</sup> Oficina de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Informe sobre la situación de los derechos Humanos en Colombia*, E/CN.4/2002/17, párr. 160.

<sup>189</sup> Respuesta al autor de un miembro del Comando Central del Ejército de Liberación Nacional.

<sup>190</sup> CIDH, *Tercer Informe*, ob. cit., párr. 122.

enemigo son considerados prisioneros de guerra, estatuto regulado por el Convenio III de Ginebra, cuyo objeto es darle un trato digno durante su cautiverio hasta su liberación y repatriación definitiva. En un conflicto armado no internacional, al tenor del artículo 5 del Protocolo II de 1977, las personas que hayan participado directamente en las hostilidades y sean retenidas en combate por la otra parte se denominan “personas privadas de la libertad por motivos relacionados con el conflicto armado”, y este artículo establece unas garantías mínimas de un trato humano y digno para ellas hasta que recobren su libertad.

En el Capítulo I se señaló que la expresión “combatientes” no es utilizada por el derecho humanitario aplicable a los conflictos armados no internacionales,<sup>191</sup> razón por la cual los miembros de las fuerzas armadas o de grupos armados en poder del adversario no pueden ser calificados como prisioneros de guerra,<sup>192</sup> ya que esta calidad es reservada para los combatientes en los conflictos armados internacionales puesto que gozan de inmunidad y no pueden ser castigados o sancionados por el derecho común del Estado que los captura.<sup>193</sup> Por el contrario, el Estado no pierde su legitimidad para

---

<sup>191</sup> Véase supra p. 121.

<sup>192</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, *Comentarios del Protocolo de 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios*, ob. cit., párr. 4570.

<sup>193</sup> Sobre la calidad de prisioneros de guerra ha dicho la Corte Constitucional: “... ya que en el caso de las guerras internacionales, los combatientes capturados por el enemigo gozan automáticamente y de pleno derecho del estatuto de prisioneros de guerra, tal y como lo señala el artículo 44 del Protocolo I y el artículo 4º del Convenio de Ginebra III de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra. Ahora bien, como ya se señaló en esta sentencia, una de las características esenciales de quienes gozan del estatuto de prisionero de guerra es que ellos no pueden ser penados por el solo hecho de haber empuñado las armas y haber participado en las hostilidades, puesto que, si los Estados están en guerra, se considera que los miembros de los cuerpos armados respectivos tienen derecho a ser combatientes. La parte que los captura únicamente puede retenerlos, con el fin de disminuir el potencial bélico del enemigo; pero no puede sancionarlos por haber combatido. Por consiguiente, si el prisionero de guerra no ha violado el derecho humanitario, entonces una vez finalizadas las hostilidades, deberá ser liberado y repatriado sin demora, tal y como lo señala el artículo 118 de la cita-

investigar y castigar a quien participa directamente en las hostilidades en un conflicto armado no internacional y es privado de la libertad, puesto que de manera particular el derecho humanitario convive con el derecho penal interno. Sobre este particular ha dicho la Corte Constitucional:

...[E]n los conflictos armados internos, en principio los alzados en armas no gozan del estatuto de prisioneros de guerra y están, por consiguiente, sujetos a las sanciones penales impuestas por el Estado respectivo, puesto que jurídicamente no tienen derecho a combatir, ni a empuñar las armas. Si lo hacen, entonces están cometiendo, por ese solo hecho, delitos como la rebelión o la sedición, los cuales son sancionados por el orden jurídico estatal ya que, como se señaló anteriormente, la aplicación del derecho internacional humanitario en un conflicto interno no implica reconocimiento de beligerancia, ni modifica el estatuto jurídico de las partes en conflicto, ni suspende la vigencia del derecho penal estatal. Precisamente, por eso el Protocolo II extiende, en el inciso segundo del artículo 2º, la protección humanitaria a aquellas personas que sigan privadas de la libertad por motivos relacionados con el conflicto interno. Y ésta es una de las razones esenciales por las cuales esta Corte ha considerado que el Protocolo II, lejos de vulnerar la soberanía del Estado colombiano, es profundamente respetuoso de la misma, por lo cual se adecua a la Constitución.<sup>194</sup>

Lo relevante es que estas “personas privadas de la libertad por motivos relacionados con el conflicto armado”, aunque no obtengan el estatuto de prisioneras de guerra, se les debe dar un trato análogo

---

da Convención de Ginebra III. Y, si ha violado el derecho humanitario, entonces debería ser sancionado, como criminal de guerra, si se trata de infracciones graves, o podría recibir otros castigos por las otras infracciones que haya cometido, pero no podrá, en ningún caso, ser penado por haber sido combatiente”. Corte Constitucional, sentencia C-225 de 1995, Revisión constitucional del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, M. P. Alejandro Martínez, 18 de mayo de 1995.

<sup>194</sup> *Ibíd.*, párr. 42.

a ellas, expandiendo así el ámbito de los beneficios humanitarios,<sup>195</sup> puesto que la situación de todas las personas privadas de la libertad en un conflicto armado es idéntica.<sup>196</sup> "...[L]os principios subyacentes al estatuto de prisioneros de guerra y al trato que éstos deben recibir dimanar de los tradicionales conceptos militares de caballería, que suponen un respeto por el honor de los combatientes".<sup>197</sup> Ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

Como se anotó arriba, el derecho internacional humanitario prohíbe absolutamente la toma de rehenes y permite la detención o confinamiento de civiles solamente por estrictas razones de seguridad. El derecho internacional humanitario no prohíbe la captura de combatientes. Este derecho asume estas capturas como una situación de privación de la libertad que en la práctica ocurre en los conflictos armados. El derecho internacional humanitario procede posteriormente a imponer al captor una serie de obligaciones con respecto al retenido; entre las cuales está la obligación de tratar al detenido con compasión, respeto y dignidad. El infligir violencia en contra de la vida, salud física o mental del cautivo está expresa y absolutamente prohibido. El derecho humanitario no imposibilita que el Estado juzgue y sancione bajo las normas propias del derecho interno a los individuos responsables por la captura y detención de sus tropas.<sup>198</sup>

Según el *Customary International Humanitarian Law*, son normas consuetudinarias para conflictos armados internacionales y no internacionales, en relación con las personas privadas de la libertad, las siguientes:

---

<sup>195</sup> Hernán Montealegre, *La seguridad del Estado y los derechos humanos*, ob. cit., p. 586.

<sup>196</sup> Sobre el trato a los prisioneros de guerra véase José Luis Doménech Omedas, "La protección del prisionero de guerra", en José Luis Rodríguez-Villasante Prieto (coord.), *Derecho Internacional Humanitario*, ob. cit., p. 311-333.

<sup>197</sup> Yasmin Naqvi, "Estatuto de prisionero de guerra: 'casos de duda'", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 163, septiembre de 2002, p. 235.

<sup>198</sup> CIDH, *Tercer Informe*, ob. cit., párr. 132.

Norma 118. Se proporcionará a las personas privadas de libertad alimentos, agua y ropa suficientes, así como un alojamiento y la asistencia médica convenientes.

Norma 119. Las mujeres privadas de libertad serán alojadas en locales separados de los ocupados por los hombres, excepto cuando estén recluidas con su familia como unidad familiar, y estarán bajo la vigilancia inmediata de mujeres.

Norma 120. Los niños privados de libertad serán alojados en locales separados de los ocupados por los adultos, excepto cuando estén recluidos con su familia como unidad familiar.

Norma 121. Las personas privadas de libertad deberán estar recluidas en locales alejados de la zona de combate, en condiciones higiénicas y saludables.

Norma 122. Queda prohibido el pillaje de las pertenencias de las personas privadas de libertad.

Norma 123. Deberán registrarse los datos personales de las personas privadas de libertad.

Norma 125. Las personas privadas de libertad estarán autorizadas a mantener correspondencia con sus familiares, con tal que se respeten las legítimas condiciones concernientes a su frecuencia y a la necesidad de censura por parte de las autoridades.

Norma 127. Deberán respetarse las convicciones personales y las prácticas religiosas de las personas privadas de libertad.<sup>199</sup>

Además, según el mismo *Customary International Humanitarian Law*, son normas consuetudinarias para conflictos armados no inter-

---

<sup>199</sup> Véase International Committee of the Red Cross, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Rules, ob. cit., pp. 428 a 442, 445 a 447 y 449 a 451.

nacionales, en relación con las personas privadas de la libertad, las siguientes:

Norma 124. ...B. En los conflictos armados no internacionales, el CICR puede ofrecer sus servicios a las partes en conflicto para visitar a todas las personas privadas de libertad por razones relacionadas con el conflicto, a fin de verificar las condiciones de detención y de restablecer el contacto entre esas personas y sus familiares.

Norma 126. Los internados civiles y las personas privadas de libertad en relación con un conflicto armado no internacional serán autorizados, en la medida de lo posible, a recibir visitas, en particular de sus parientes cercanos.

Norma 128. [...] C. Las personas privadas de libertad en relación con un conflicto armado no internacional serán liberadas tan pronto como dejen de existir los motivos por los cuales fueron privadas de su libertad. Si las personas mencionadas están cumpliendo una condena legalmente impuesta o si se han instruido diligencias penales contra ellas, podrá mantenerse su privación de libertad.<sup>200</sup>

La expresión “personas privadas de la libertad por motivos relacionados con el conflicto armado” incluye a todas aquéllas a quienes se les ha restringido su libertad sin otorgarles un estatuto particular, tanto las encausadas penalmente (detenidas según el término utilizado por el art. 5 del Protocolo II de 1977), como a las privadas de la libertad por razones de seguridad sin ser objeto de diligencias penales (internadas, según el término del mismo art.) siempre y cuando los motivos estén vinculados con el conflicto armado.<sup>201</sup> “Estas detenciones generalmente no constituyen violaciones del derecho interna-

<sup>200</sup> *Ibíd.*, pp. 442 a 445, 448 a 449, 451 a 456.

<sup>201</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, *Comentarios del Protocolo de 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios*, ob. cit., párrs. 4564 y 4568.

cional humanitario mientras que los detenidos no se conviertan en rehenes o sean maltratados”.<sup>202</sup> “...los artículos 5 y 6 del Protocolo II no prohíben explícitamente a los grupos armados detener a individuos, sino por el contrario parecen organizar el régimen de detención aplicable por todas las partes en conflicto”.<sup>203</sup>

Sin embargo, una persona privada de la libertad por motivos relacionados con el conflicto armado puede convertirse en rehén: “La toma de rehenes, puede sin embargo cometerse, aun cuando las víctimas sean combatientes si, con el objeto de permitir la liberación de las personas privadas de libertad, se condicionara la liberación de éstas a contraprestaciones, ya se trate de acciones como de omisiones, por la otra parte”.<sup>204</sup> Obsérvese que las definiciones ofrecidas por la doctrina, por los tipos del Estatuto de la Corte Penal Internacional y por el Código Penal no consagran expresamente como sujeto pasivo a personas protegidas,<sup>205</sup> y por esta razón quien haya participado directamente en las hostilidades y sea privado de la libertad por motivos relacionados con el conflicto armado y para obtener su libertad se exige algo a cambio, sería un rehén.

### *b) La esclavitud y la trata de personas*

La esclavitud y la trata de personas en todas sus formas están expresamente prohibidas por el artículo 4.2.f. del Protocolo II de 1977, y es considerada una norma obligatoria del derecho consuetudina-

<sup>202</sup> CIDH, *Tercer Informe*, ob. cit., párr. 121.

<sup>203</sup> Instituto Internacional de Derecho Humanitario, Comité Internacional de la Cruz Roja, “XXVII Mesa Redonda sobre problemas actuales del derecho internacional humanitario: *Derecho internacional humanitario y otros regímenes jurídicos. Interacción en las situaciones de violencia. Informe resumido preparado por el Comité Internacional de la Cruz Roja, que completa el informe El derecho internacional humanitario y los retos de los conflictos armados contemporáneos*”, noviembre de 2003, p. 6.

<sup>204</sup> Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH), Hoja Informativa, núm. 2, p. 3.

<sup>205</sup> Véase José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto y Manuel Pérez González, “Propuesta de modificación del Código Penal español en materia de delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado”, ob. cit., p. 524.

rio internacional en todo tipo de conflictos armados.<sup>206</sup> Las amenazas de practicar la esclavitud y la trata de personas en todas sus formas son también prohibidas por el artículo 4.2.h del mismo instrumento, contra quienes no participen directamente en las hostilidades. Dicha prohibición también es consagrada por el derecho internacional de los derechos humanos en el artículo 8.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, proscripción que además es inderogable según el artículo 4.2 del mismo Pacto Internacional y el artículo 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La Convención sobre la esclavitud de 1926 define en su artículo 1 qué se entiende por esclavitud y trata de esclavos en todas sus formas. Esclavitud “...es el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos”. La trata de esclavos es “todo acto de captura, adquisición o cesión de un individuo para venderle o cambiarle; todo acto de cesión por venta o cambio de un esclavo, adquirido para venderle o cambiarle, y en general, todo acto de comercio o de transporte de esclavos”.

La Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud de 1956, completa y refuerza esta prohibición. Según su artículo 1, están prohibidas algunas instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, tales como la servidumbre por deudas, la servidumbre de la gleba, la compra de esposas y la explotación del trabajo de los niños. En la actualidad, el derecho internacional de los derechos humanos regula también esas diferentes formas de esclavitud o sus prácticas análogas<sup>207</sup> como peores formas de trabajo infantil en el Convenio

<sup>206</sup> Roy Gutman y David Rieff, *Crímenes de guerra, lo que debemos saber*, ob. cit., p.187. Según el *Customary International Humanitarian Law*, es norma consuetudinaria para conflictos armados internacionales y no internacionales, en relación con las personas civiles o fuera de combate, la siguiente: “Norma 94. Quedan prohibidas la esclavitud y la trata de esclavos en todas sus formas”. Véase International Committee of the Red Cross, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Rules, ob. cit., pp. 327 a 330.

<sup>207</sup> Según el *Customary International Humanitarian Law*, es norma consuetudinaria para conflictos armados internacionales y no internacionales, en relación con las personas civiles o fuera de combate, la siguiente: “Norma 95. Queda prohibido

182 de la OIT de 1999, y como trata de personas en el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas de 2000.

El artículo 147 del Código Penal sanciona como delito las prácticas de segregación racial que se presenten con ocasión y en desarrollo del conflicto armado, y el artículo 8.2.e.vi del Estatuto de la Corte Penal Internacional considera la esclavitud sexual como un crimen de guerra, en conflictos armados no internacionales.

### *i) Los actos de discriminación racial*

El literal c del numeral 4 del artículo 85 del Protocolo I de 1977 señala que son infracciones graves “[l]as prácticas del *apartheid* y demás prácticas inhumanas y degradantes, basadas en la discriminación racial, que entrañen un ultraje contra la dignidad personal”. Esta infracción, ateniéndonos a los comentarios del Protocolo I, buscaba esencialmente castigar las prácticas de segregación y discriminación racial, que aparecen incluidas dentro de la expresión “crimen de *apartheid*” que se encuentra en el artículo II de la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid* de 1973.<sup>208</sup> El Protocolo I no busca penalizar las políticas del *apartheid* que también están incluidas en el artículo II de la Convención señalada.<sup>209</sup>

El Estatuto de la Corte Penal Internacional no tipifica el *apartheid* como crimen de guerra pero sí como crimen de lesa humanidad en el artículo 7.1.j. El numeral 7.2.h de este Estatuto señala que “por ‘el crimen de *apartheid*’ se entenderán los actos inhumanos... cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y

---

el trabajo forzado no retribuido o abusivo”. Véase International Committee of the Red Cross, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Rules, ob. cit., pp. 330 a 334.

<sup>208</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, *Comentarios del Protocolo de 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)*, tomo II, ob. cit., párrs. 3510 a 3515.

<sup>209</sup> *Ibíd.*, párr. 3512.

dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen”.

El Código Penal establece en el artículo 147 el tipo penal denominado actos de discriminación racial, que en buena parte transcribe el numeral 4 del artículo 85 del Protocolo I de 1977: “El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, realice prácticas de segregación racial o ejerza tratos inhumanos o degradantes basados en otras distinciones de carácter desfavorable que entrañen ultraje contra la dignidad personal, respecto de cualquier persona protegida, incurrirá en ...”.<sup>210</sup>

Una fuente importante sobre el concepto de discriminación racial es la definición del artículo 1.1 de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, en vigor en Colombia desde el 2 de octubre de 1981 en virtud de la Ley 22 de 1981:

...la expresión “discriminación racial” denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.

Además, la expresión “otras distinciones de carácter desfavorable que entrañen ultraje contra la dignidad personal”, hace referencia al concepto general de discriminación:

...[E]l término “discriminación” ...debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados

---

<sup>210</sup> Esta disposición es muy similar a la contemplada por la Ley orgánica española 10/1995 en su numeral 6 del artículo 611: “Será castigado... el que, con ocasión de un conflicto armado realice, ordene realizar o mantenga, respecto de cualquier persona protegida, prácticas de segregación racial y demás prácticas inhumanas y degradantes basadas en otras distinciones de carácter desfavorable, que entrañen un ultraje contra la dignidad personal”.

motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.<sup>211</sup>

Aunque el artículo 101 del Código Penal tipifica entre otras como genocidio la intención de destruir total o parcialmente a un grupo racial, y en el artículo 178 penaliza entre otras como tortura la coacción “por cualquier razón que comporte algún tipo de discriminación”, en ninguna otra parte de dicho Código aparece un tipo autónomo como el artículo 147 que tipifique actos de discriminación racial, cuando es una situación que se presenta sobre todo en hechos fuera del conflicto armado. Tal vez sea por esta razón que el Estatuto de la Corte Penal Internacional la contemple exclusivamente como crimen de lesa humanidad y no como crimen de guerra.

#### *j) Los castigos colectivos y las represalias*

La prohibición de aplicar castigos colectivos a todas aquellas personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan dejado de participar en ellas (estén o no privadas de libertad), se encuentra consagrada expresamente en el artículo 4.2.b del Protocolo II de 1977. Las amenazas de practicar los castigos colectivos son también prohibidas por el artículo 4.2.h del Protocolo II de 1977 contra quienes no participen directamente en las hostilidades.<sup>212</sup> “El castigo colectivo que los redactores de los Convenios de Ginebra tenían en mente eran los asesinatos en represalia cometidos en el curso de

<sup>211</sup> Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General núm. 18, No discriminación, 11 de noviembre de 1989, párr. 7.

<sup>212</sup> Según el *Customary International Humanitarian Law*, es norma consuetudinaria para conflictos armados internacionales y no internacionales, en relación con las personas civiles o fuera de combate, la siguiente: “Norma 103. Quedan prohibidos los castigos colectivos”. Véase International Committee of the Red Cross, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Rules, ob. cit., pp. 374 a 375.

las dos guerras mundiales”.<sup>213</sup> Como ya se indicó en el Capítulo I,<sup>214</sup> la prohibición de las represalias tiene fundamento en la no reciprocidad del derecho humanitario.

Esta prohibición hace referencia a las sanciones de todo orden infligidas a personas o grupos enteros de personas, con menosprecio de los más elementales principios de humanidad, por actos que no han cometido. La noción de castigos colectivos debe entenderse en su acepción más amplia, y concierne no sólo a las sanciones de orden judicial, sino también a las de todo orden, por ejemplo, la confiscación de los bienes de una familia. Como se indicó, con esta prohibición se quisieron proscribir las represalias en contra de las personas protegidas,<sup>215</sup> hechos que además están prohibidos por el artículo 20 del Protocolo I de 1977, y por el artículo 158 del Código Penal.

...Las represalias están prohibidas en la gran mayoría de los casos. Los Convenios de Ginebra las prohíben lisa y llanamente con respecto a las personas protegidas por esos Convenios. El Protocolo [I de 1977] las prohíbe, en los artículos 51 a 56, con respecto a las personas civiles, los bienes civiles, los bienes culturales y los lugares de culto, los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, el medio ambiente natural y las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas, lo mismo que con respecto a todas las personas y todos los bienes protegidos por el Título II (heridos, enfermos, náufragos, personal sanitario y religioso, unidades y transportes sanitarios; artículo 20 *Prohibición de las represalias*). Así pues, las represalias ya sólo están autorizadas, según el Protocolo, en la conducción de las hostilidades; pero, incluso en esos casos, no pueden tomarse de manera arbitraria. En el ejercicio de las represalias, el derecho consuetudinario aplica los siguientes principios:

<sup>213</sup> Roy Gutman y David Rieff, *Crímenes de guerra, lo que debemos saber*, ob. cit., p. 121.

<sup>214</sup> Véase supra p. 108 y ss.

<sup>215</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, *Comentarios del Protocolo de 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios*, ob. cit., párr. 4536.

fracaso comprobado o impracticabilidad manifiesta de cualquier otra solución, advertencia previa y categórica de que se tomarán represalias si no cesa la violación, toma de la decisión al más alto nivel gubernamental, proporcionalidad del medio con respecto a la infracción en cuestión e interrupción inmediata cuando ha cesado la infracción.<sup>216</sup>

El numeral 5 del artículo 60 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados establece que la terminación de un tratado o la suspensión de su aplicación como consecuencia de su violación “no se aplicará a las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario, en particular a las disposiciones que prohíben toda forma de represalias con respecto a las personas protegidas por tales tratados”.

#### *k) Los actos de terrorismo*

Los conceptos de terrorismo y conflicto armado son diferentes. Mientras conflicto armado es una noción utilizada por el derecho humanitario para denominar las hostilidades colectivas que enfrentan las fuerzas o grupos armados organizados y dirigidos por un mando responsable, el terrorismo es una noción de ética política que ha sido empleada de forma muy desafortunada.

No existe un consenso sociológico y normativo en torno a su concepto. El investigador Alex Schmidt recopiló ciento nueve definiciones diferentes formuladas entre 1936 y 1981.<sup>217</sup> Por ejemplo, el Tratado de Ginebra de 1937 sobre el terrorismo, auspiciado por la Sociedad de las Naciones, que nunca entró en vigor, lo definía como “los hechos criminales dirigidos contra un Estado y cuyo fin o naturaleza es provocar el terror en personas determinadas, grupo de personas o en el público”. Una resolución de la Asamblea General de las

<sup>216</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, *Comentarios del Protocolo de 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)*, ob. cit., párr. 1398.

<sup>217</sup> Carlos E. Miranda, “Terrorismo internacional: una aproximación teórica”, *Ciencia Política*, núm. 17, Bogotá, IV trimestre de 1989, p. 133.

Naciones Unidas de 1994 señala como definición operativa de terrorismo a los “actos criminales con fines políticos y concebidos o planeados para provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o personas determinadas”. El artículo 144 del Código Penal tipifica los actos de terrorismo como “[e]l que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, realice u ordene llevar a cabo ataques indiscriminados o excesivos o haga objeto a la población civil de ataques, represalias, actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarla...”.<sup>218</sup>

No obstante, todos sabemos más o menos qué significa esta noción, aunque no esté definida claramente. Cabe suponer que esa percepción común del significado de terrorismo se compone de los siguientes elementos:

- El terrorismo implica violencia o amenaza de violencia contra personas civiles corrientes, su vida, sus bienes, su bienestar. Los actos terroristas no distinguen entre un blanco deseado y terceras personas, o entre diferentes grupos de estas personas. Los terroristas atacan indiscriminadamente.
- El terrorismo es un medio para alcanzar un objetivo político que supuestamente no podría lograrse por medios legales y ordinarios, dentro del orden constitucional establecido.
- Los actos terroristas suelen formar parte de una estrategia y los cometen grupos organizados durante un largo periodo de tiempo.
- Los actos terroristas se cometen, en general, contra personas que no tienen influencia directa en los resultados pretendidos ni conexión con éstos, como son las personas civiles corrientes.

---

<sup>218</sup> Esta disposición es muy similar a la contemplada por la Ley orgánica española 10/1995 en su numeral 1 del artículo 611: “Será castigado... el que, con ocasión de un conflicto armado realice u ordene realizar ataques indiscriminados o excesivos o haga objeto a la población civil de ataques, represalias o actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarla”.

- El propósito de los actos terroristas es aterrorizar a la población para crear unas condiciones que, en opinión de los terroristas, favorecen su causa.
- El objetivo del terrorismo es humillar a los seres humanos.<sup>219</sup>

Algunos autores establecen elementos comunes para una definición. Para Laqueur, por ejemplo, son éstos: a) el uso o la amenaza del uso de la fuerza; b) tal uso o amenaza es un medio de combate o elemento en una estrategia para lograr ciertos objetivos; c) el propósito es inducir un estado de miedo en las víctimas; d) la fuerza se usa sin consideración alguna o su uso no se ajusta a las normas humanitarias, y e) la publicidad de sus actos.<sup>220</sup> El profesor Ernesto Garzón Valdés señala:

El terrorismo político no institucional es un método expansivo de la amenaza o del uso intencional e imprevisible de la violencia por parte de individuos o grupos no gubernamentales destinado a provocar en una sociedad el temor generalizado infligiendo daños inevitables a personas inocentes con miras a influir en el comportamiento de terceros a fin de obtener objetivos políticos fanáticamente percibidos como negociables.<sup>221</sup>

---

<sup>219</sup> Hans-Peter Gasser, "Actos de terror, 'terrorismo' y derecho internacional humanitario", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 163, septiembre de 2002, p. 215.

<sup>220</sup> Citado por José Zalaguett, "Conceptualización del terrorismo desde un punto de vista normativo", en Augusto Varas (ed.), *Jaque a la democracia: orden internacional y violencia política en América Latina*, Grupo Editorial Latinoamericano, Buenos Aires, 1990, p. 109.

<sup>221</sup> Ernesto Garzón Valdés, *Calamidades*, Gedisa, Barcelona, 2004, p. 198. Algunos otros autores distinguen entre terrorismo internacional y terrorismo transnacional; el primero tiene alcances más globales y el segundo consecuencias entre varios Estados pero sin afectar a regiones tan bastas como el primero; véase Fernando Reinares Nestares, "Dimensiones del terrorismo internacional", en Ministerio de Defensa, Instituto Español de Estudios Estratégicos, *Cuadernos de Estrategia*, núm. 133, "Lucha contra el terrorismo y derecho internacional", Madrid, 2006, pp. 41 y ss.

Por su parte, el profesor Peter Waldmann subraya que el terrorismo es en primer lugar una estrategia de comunicación y lo define como los "...atentados violentos escandalosos contra un orden político, preparados y organizados desde la clandestinidad. Su finalidad es difundir en primer lugar inseguridad y miedo, pero también simpatía y predisposición al apoyo".<sup>222</sup>

Naciones Unidas ha aprobado una serie de tratados internacionales sobre esta materia que son los siguientes: la Convención sobre delitos y ciertos otros hechos cometidos a bordo de aeronaves de 1963; el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves de 1970, aprobado mediante la Ley 14 de 1972; el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil de 1971, aprobado mediante la Ley 195 de 1995 declarada exequible mediante la sentencia C-186 de 1996 de la Corte Constitucional; el Convenio sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas de 1973, aprobado mediante la Ley 169 de 1994 declarada exequible por la sentencia C-396 de 1995 de la Corte Constitucional; la Convención sobre la protección física de materiales nucleares de 1980, aprobada mediante la Ley 728 de 2001 declarada exequible por la sentencia C-673 de 2002 de la Corte Constitucional; la Convención internacional contra la toma de rehenes de 1979, aprobada mediante la Ley 837 de 2003 declarada exequible por la sentencia C-405 de 2004 de la Corte Constitucional; el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima de 1988; la Ley 830 de 2003 aprobatoria de este convenio fue declarada inexecutable por vicios de forma por la sentencia C-120 de 2004 de la Corte Constitucional. El Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental de 1988; la Ley 830 de 2003 aprobatoria de este instrumento fue declarada inexecutable por vicios de forma por la sentencia C-120 de 2004 de la Corte Constitucional. El Protocolo al Convenio de 1971 sobre la seguridad de la aviación civil de 1988, aprobado mediante la Ley 764 de 2002 declarada exequible

---

<sup>222</sup> Peter Waldmann, *Guerra Civil, terrorismo y anomia social, el caso colombiano en un contexto globalizado*, Norma, Bogotá, 2007, pp. 65 y 62.

por la sentencia C-354 de 2003 de la Corte Constitucional; el Convenio sobre la marcación de explosivos plásticos para los fines de detección de 1991, aprobado mediante la Ley 1077 de 2006; la Ley 831 de 2003 aprobatoria de este Convenio fue declarada inexecutable por vicios de forma por la sentencia C-309 de 2004 de la Corte Constitucional. El Convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas de 1997, aprobado mediante la Ley 804 de 2003 declarada executable por la sentencia C-1055 de 2003 de la Corte Constitucional; el Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo de 1999 aprobado mediante la Ley 808 de 2003 declarada executable por la sentencia C-037 de 2004 de la Corte Constitucional; la Convención internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear adoptada en abril de 2005 por la Asamblea General de las Naciones Unidas; hasta la fecha el Estado colombiano no ha aprobado este tratado.

El problema es que a pesar de que existen [13] Convenios Internacionales sobre esta materia, Naciones Unidas no ha tenido capacidad suficiente para elaborar una estrategia de lucha contra el terrorismo que incluyera una definición de terrorismo que fuera consensuada por todos los Estados miembros de la organización. Este hecho se debe a dos posicionamientos principalmente: a) para unos, cualquier definición debe incluir el caso de un Estado que use las fuerzas armadas contra los civiles; b) y para otros, un pueblo bajo ocupación extranjera tiene derecho a resistir y la definición debería incluir este aspecto.<sup>223</sup>

De estos trece tratados, tres contienen referencias al derecho humanitario (las Convenciones de 1979, 1997 y 1999).<sup>224</sup> Los dos prime-

---

<sup>223</sup> Escola de Cultura de Pau, Universitat Autònoma de Barcelona, *Barómetro* 7, sobre conflictos, derechos y construcción de paz, Barcelona, enero-marzo de 2005, p. 76.

<sup>224</sup> Un análisis sobre estas referencias se encuentra en Daniel O'Donnell, Los derechos humanos, el terrorismo y la organización de las Naciones Unidas, la brecha entre el discurso y la práctica, mimeo, 2005, a partir de la p. 13. Véase del mismo autor "Los derechos humanos, el terrorismo y la organización de las Naciones Unidas: la necesidad de un estrategia integral y equilibrada", en *Revista Intera-*

ros instrumentos establecen cláusulas de exclusión, el artículo 12 de la Convención internacional contra la toma de rehenes señala que ésta no se aplicará a los casos de toma de rehenes cometidas durante conflictos armados, y el artículo 19.2 del Convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas señala que éste no se aplicará a las actividades realizadas por las fuerzas armadas que estén conformes al derecho humanitario y al derecho internacional. El Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo, en su artículo 2.1 establece una de las definiciones de terrorismo de más razonable precisión:<sup>225</sup>

Comete delito en el sentido del presente Convenio quien por el medio que fuere, directa o indirectamente, ilícita y deliberadamente, provea o recolecte fondos con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer: ...

b) Cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando, el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.

El Estatuto de la Corte Penal Internacional no estipula de manera expresa el terrorismo como un crimen de su competencia.

...los actos de terror como tales no están incriminados en el Estatuto de la CPI ni como crímenes de lesa humanidad del artículo 7 ni como crí-

---

*mericana de Derechos Humanos*, núm. 1, Editorial Porrúa México, Universidad Interamericana, México, 2005, pp. 109 a 159.

<sup>225</sup> Esta valoración de razonable precisión es hecha por el experto independiente sobre la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo en su informe del 2005; véase Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, E/CN.4/2005/103, 7 de febrero de 2005, párr. 32.

menes de guerra del artículo 8, y ello por cuanto que, además de la ausencia del *nomen iuris* al efecto, ni del texto de tales preceptos ni de los Elementos de los Crímenes, puede deducirse que en alguno de los crímenes que en ambos artículos se contienen figure, como elemento intencional o dolo específico, el de aterrorizar o intimidar a la población civil u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.<sup>226</sup>

Según el artículo 2 del Proyecto de Convención general de 2002 sobre el terrorismo internacional, elaborado por el Comité Especial de las Naciones Unidas, comete delito quien ilícita e intencionadamente y por cualquier medio cause:

- a) La muerte o lesiones corporales graves a otra persona o personas; o
- b) Daños graves a bienes públicos o privados incluidos lugares de uso público, instalaciones públicas o gubernamentales, redes de transporte público, instalaciones de infraestructura o el medioambiente; o
- c) Daños a los bienes, lugares, instalaciones o redes a que se hace referencia en el apartado precedente, cuando produzcan o puedan producir un gran perjuicio económico,

si el propósito de tal acto es, por su naturaleza o contexto, intimidar a la población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a hacer o dejar de hacer algo.

En un Informe del Secretario General de las Naciones Unidas presentado el 2 de diciembre de 2004 denominado “Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos”, se señala que:

---

<sup>226</sup> Véase Fernando Pignatelli y Meca, “El terrorismo como crimen de lesa humanidad y crimen de guerra en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, en Ministerio de Defensa, Instituto Español de Estudios Estratégicos, *Cuadernos de Estrategia*, núm. 133, “Lucha contra el terrorismo y derecho internacional”, Madrid, 2006, p. 247, y en particular pp. 207 y ss.

163. ...sería especialmente valioso que se llegara a un consenso sobre la definición del terrorismo en la Asamblea General, en vista de su singular legitimidad en lo que se refiere a cuestiones normativas, y que la Asamblea concluyera rápidamente sus negociaciones sobre un convenio general relativo al terrorismo.

164. Esa definición del terrorismo debería incluir los elementos siguientes:

- a) El reconocimiento en el preámbulo de que el uso de la fuerza contra civiles por parte de un Estado está sujeto a las disposiciones de los Convenios de Ginebra y a otros instrumentos y que, en escala suficiente, constituye un crimen de guerra o de lesa humanidad;
- b) La reiteración de que los actos comprendidos en los 12 convenios y convenciones anteriores contra el terrorismo constituyen actos de terrorismo y una declaración de que constituyen un delito con arreglo al derecho internacional y la reiteración de que los Convenios y Protocolos de Ginebra prohíben el terrorismo en tiempo de conflicto armado;
- c) Una referencia a las definiciones contenidas en el Convenio internacional de 1999 para la represión de la financiación del terrorismo y la resolución 1566 (2004) del Consejo de Seguridad;
- d) La siguiente descripción del terrorismo: “Cualquier acto, además de los actos ya especificados en los convenios y convenciones vigentes sobre determinados aspectos del terrorismo, los Convenios de Ginebra y la resolución 1566 (2004) del Consejo de Seguridad, destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a un no combatiente, cuando el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo”.<sup>227</sup>

La resolución 1566 (2004) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, aunque no tiene por objeto definir “terrorismo”, insta a

---

<sup>227</sup> Naciones Unidas, Informe del Secretario General, Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos, A/59/565, diciembre 2 de 2004, párrs. 163 y 164.

los Estados a que cooperen plenamente en la lucha contra el terrorismo y, de este modo, prevenir y sancionar los actos que reúnan estas tres características de manera acumulativa:

- a) Actos, incluso contra civiles, cometidos con la intención de causar la muerte o lesiones corporales graves o de tomar rehenes; y
- b) Actos cometidos, independientemente de toda justificación por consideraciones de índole política, filosófica, ideológica, racial, étnica, religiosa u otra similar, con la intención de provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en determinada persona, intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto, o a abstenerse de realizarlo; y
- c) Actos que constituyan delitos definidos en las convenciones y los protocolos internacionales relativos al terrorismo y comprendidos en su ámbito.

El Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, señala que:

... A nivel nacional la especificidad de los delitos de terrorismo viene dada por la presencia de tres condiciones acumulativas: i) los medios utilizados, que cabe describir como mortales, o de violencia grave contra miembros de la población en general o sectores de ella, o toma de rehenes; ii) la intención, que consiste en provocar el miedo entre la población, destruir el orden público u obligar al gobierno o a una organización internacional a hacer algo o dejar de hacerlo; y iii) la finalidad, que es promover un objetivo político o ideológico subyacente. Sólo cuando se cumplan estas tres condiciones se podrá tipificar un acto como delito de terrorismo, en caso contrario, no tendrá suficiente carácter distintivo respecto de un delito común.<sup>228</sup>

---

<sup>228</sup> Naciones Unidas, Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, 16 de agosto de 2006, A/61/267, párr. 44.

“En las distintas definiciones existe un consenso en la calificación del hecho: uso indiscriminado de la violencia y sus consecuencias, graves daños materiales o humanos, públicos o privados. Sin embargo, sigue habiendo desacuerdo en la calificación de sus autores, es decir, respecto a sus causas, motivaciones o legitimación”.<sup>229</sup> Una noción definitiva está destinada a producir interminables discusiones pero este concepto se debe reservar para aquellos hechos que con el propósito de crear miedo, utilizan o amenazan con utilizar diversas formas de violencia contra la población civil.

En relación con el derecho humanitario, este tema entraña varias particularidades. En primer lugar, conflicto armado y terrorismo son categorías distintas. El terrorismo se puede dar dentro de un conflicto armado o sin necesidad de él. Si no existe conflicto armado y se producen actos terroristas, se debe aplicar tanto el derecho internacional de los derechos humanos como la legislación interna. Si existe un conflicto armado no internacional se debe aplicar el derecho humanitario, así como el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno; incluso si esos actos terroristas se producen fuera de las hostilidades, se sigue aplicando el derecho humanitario en lo que atañe al conflicto armado. El terrorismo no afecta el carácter jurídico del conflicto armado.

...es importante tanto jurídica como conceptualmente que los actos de terrorismo no sean considerados invariablemente equivalentes a actos de guerra. Por ejemplo, la comunidad internacional acepta que los ataques contra civiles, la toma de rehenes y el secuestro y derribamiento de aviones civiles son formas de terrorismo. No obstante, esos actos pueden tener lugar en tiempos de paz, en situaciones de excepción o en situaciones de conflicto armado. Si son cometidos durante un conflicto armado, tales actos pueden constituir crímenes de guerra. Sin embargo, cuando tales actos se cometen en tiempos de paz o durante una emergencia que no entraña hostilidades, como suele ser el caso, éstos simplemente no

---

<sup>229</sup> Laurence Thieux, *El terrorismo internacional: causas e implicaciones estratégicas*, Centro de Investigación para la Paz, Fundación Hogar del Empleado, Madrid, 2005, p. 11.

constituyen crímenes de guerra y sus perpetradores no deben ser tildados de combatientes, ni procesados o tratados como tales. Esos casos deben regirse no por el derecho internacional humanitario sino por las normas internacionales de derechos humanos, la legislación nacional y, tal vez, el derecho penal internacional.

Sin embargo, ello no significa que el carácter y la intensidad de la violencia generada por los responsables de actos terroristas o utilizada contra estos no pueda desencadenar o ser equivalente a una situación de conflicto armado. Por ejemplo, las acciones terroristas o contra el terrorismo pueden dar lugar a que el recurso a la fuerza armada entre Estados desencadene un conflicto armado internacional, como ocurrió en el Afganistán en 2002, o a un conflicto armado no internacional que entrañe enfrentamientos entre las fuerzas armadas del Estado y un grupo armado disidente relativamente organizado, o entre tales grupos dentro del territorio de un Estado. En esos casos, las normas pertinentes del derecho internacional humanitario son aplicables y rigen el desarrollo de los enfrentamientos. Un principio fundamental del derecho humanitario es que éste obliga por igual a todas las partes en el conflicto y su aplicación no depende ni de las causas ni del origen de las hostilidades. En consecuencia, la aversión al adversario o a sus políticas declaradas no puede justificar el incumplimiento de las leyes de la guerra. Si bien el derecho humanitario prohíbe el terrorismo, el hecho de que tales actos se cometan durante un conflicto armado no altera ni el estatuto jurídico de las hostilidades ni de las partes en el conflicto ni el deber de las partes de observar el derecho humanitario.<sup>230</sup>

---

<sup>230</sup> Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Informe del Experto independiente sobre la protección de derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, E/CN.4/2005/103, 7 de febrero de 2005, párrs. 17 y 18.

“No parece procedente en el plano jurídico calificar de ‘guerra’ la reacción de un Estado contra una organización terrorista que ha llevado a cabo acciones violentas –calificables de ataques– contra él, sus bienes, sus instalaciones y las personas bajo su jurisdicción”. Manuel Pérez González, “Terrorismo y conflictos armados. La prohibición de los actos terroristas por el derecho internacional humanitario”, en Ministerio de Defensa, Instituto Español de Estudios Estratégicos, *Cuadernos*

En segundo lugar, se debe diferenciar entre hostilidades y actos de terrorismo. Las hostilidades contra quienes participan en operaciones militares son permitidas por el derecho humanitario, y los actos de terror son prohibidos contra la población civil por el derecho humanitario. En conflictos armados internacionales, el artículo 33 del Convenio IV de 1949 prohíbe toda medida de intimidación o terrorismo, y el artículo 51.2 del Protocolo I de 1977 prohíbe los actos o amenazas cuya finalidad sea aterrorizar a la población civil. En conflictos armados no internacionales, el artículo 4.2.d del Protocolo II de 1977 sobre garantías fundamentales prohíbe los actos de terrorismo, el artículo 4.2.h. del mismo instrumento prohíbe las amenazas de practicarlo, y el artículo 13.2 del mismo instrumento reitera lo establecido por el artículo 51.2 del Protocolo I de 1977 y prohíbe los actos o las amenazas de violencia cuya finalidad sea aterrorizar a la población civil, prohibición que es considerada norma de derecho consuetudinario tanto para conflictos armados internacionales como no internacionales.<sup>231</sup>

En otras palabras, los hechos que son hostilidades no siempre son actos terroristas y, por tanto, no están prohibidos por el derecho humanitario, es decir, son actos permitidos por esta normatividad. La participación directa en las hostilidades que implique actos contra combatientes u objetivos militares no necesariamente es un acto terrorista. De esta manera, no todo acto realizado por un miembro de un grupo armado organizado al margen de la ley se puede calificar de terrorista. De ahí que sea fundamental restringir esos actos a aquellos que están específicamente destinados a producir pánico o zozobra entre la población civil.

---

*de Estrategia*, núm. 133, "Lucha contra el terrorismo y derecho internacional", Madrid, 2006, p. 86.

<sup>231</sup> Según el *Customary International Humanitarian Law*, es norma consuetudinaria para conflictos armados internacionales y no internacionales, la siguiente: "Norma 2. Quedan prohibidos los actos o las amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil". Véase International Committee of the Red Cross, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Rules, ob. cit., pp. 8 a 11.

En tercer lugar, y teniendo en cuenta que las hostilidades y los actos terroristas con cosas distintas, también se debe diferenciar entre quienes participan directamente en las hostilidades y los terroristas, entre los combatientes y los terroristas. Se deben distinguir los sujetos que realizan esas acciones. “Una expresiva fórmula que Franz Wördemann creó ya en los años setenta dice: el guerrillero quiere ocupar el espacio; en cambio, el terrorista, el pensamiento”.<sup>232</sup> Los combatientes, y en particular quienes participan directamente en las hostilidades, y los terroristas, tienen características bien distintas.

Muchos analistas han comparado las guerrillas con los terroristas modernos, y con cierta razón. Las guerrillas han tendido siempre a ocultarse entre la población civil y a recibir apoyo de ésta, lo mismo que los terroristas. Además las tropas convencionales han infligido represalias contra esos civiles tanto o más contra las guerrillas que las han atacado. Pero es precisamente esta diferencia –de objetivos deliberados– lo que ha distinguido las guerrillas de los terroristas. Los grandes maestros y teóricos de la guerra de guerrillas han entendido la necesidad de mantener la lealtad de la población civil (una lealtad que Mao Tse-tung codificaría en sus célebres “tres reglas y ocho comentarios”) y por lo tanto han aconsejado que se intenten limitar las bajas entre los no combatientes. Se trata de una estrategia general que ha acumulado casi tantos éxitos como fracasos ha cosechado el terrorismo: no sólo los civiles agradecen la desacostumbrada consideración que les brindan los jefes guerrilleros competentes, sino que a menudo admiran el atrevimiento que se requiere para que las unidades poco convencionales ataquen tropas regulares. Para los terroristas, en cambio, los civiles son el blanco: el objetivo del terrorismo es sembrar el miedo entre la población enemiga, y sus agentes demuestran una preocupación singularmente escasa ante la posibilidad de represalias contra las poblaciones de las que ellos mismos proceden, calculando cínicamente que esas represalias provocarán un deseo de venganza que los hará conquistar un mayor apoyo público.<sup>233</sup>

<sup>232</sup> Peter Waldman, *Guerra civil, terrorismo y anomia social, el caso colombiano en un contexto globalizado*, ob. cit., p. 70.

<sup>233</sup> Caleb Carr, *Las lecciones del terror, orígenes históricos del terrorismo internacional*, Ediciones B., Barcelona, 2002, p. 129.

No obstante, un combatiente o quien participe directamente en las hostilidades puede convertirse en terrorista si su accionar violento de manera sistemática está dirigido a producir pánico entre la población civil. Sin embargo, un acto terrorista no debe calificar al sujeto como terrorista; esta categoría debe reservarse a quien utilice de manera sistemática el terror contra los civiles. Si no hay una práctica permanente o frecuente del uso del terror por parte de quien realice el hecho, no sería adecuado calificar a ese sujeto como terrorista. La realización de actos terroristas esporádicos o aislados cometidos por miembros de una parte en conflicto no lo convierte de manera automática en terrorista.

Para establecer de manera más clara estas diferenciaciones, vale la pena traer a colación el siguiente cuadro de Peter Waldmann sobre las características del terrorismo, de la guerrilla y de las guerras convencionales:<sup>234</sup>

	Guerra convencional	Guerrilla	Terrorismo
Unidad de lucha	Grande (ejércitos, divisiones)	Mediana (secciones, compañías)	Pequeña (células)
Objetivos	La mayoría militares, además la industria y la infraestructura vial	La mayoría militares, la policía y la administración, también enemigos políticos	Símbolos del Estado, enemigos políticos, cualquiera, todo el mundo.
Finalidad perseguida	Destrucción física	Primero el desgaste del enemigo	Coerción psíquica
Control territorial	Sí	Sí	No
Uniforme	Se usa	En parte sí	Ninguno

<sup>234</sup> Peter Waldman, *Guerra civil, terrorismo y anomia social, el caso colombiano en un contexto globalizado*, ob. cit., p. 71.

En cuarto lugar, y por esta misma razón, es esencial diferenciar el acto del actor, el delito de la persona. Para la realidad colombiana es fundamental diferenciar entre el actor terrorista y el acto terrorista. Una cosa es el sujeto en sí y otra es la acción de ese sujeto. La distinción cobra importancia porque una acción terrorista no necesariamente califica al sujeto como terrorista. Los actores del terrorismo pueden ser estatales o particulares, mientras que la acción terrorista, independientemente del sujeto, siempre es la misma: el uso indiscriminado de la violencia contra civiles. Resulta temerario afirmar sin matices que en Colombia el Estado es terrorista o que los grupos armados no estatales son terroristas. Cosa bien distinta es que el Estado a través de sus agentes realice actos de terror, y que los grupos armados no estatales también los cometan.

Aunque Colombia sea una de las democracias más violentas del mundo, y presente una de las situaciones de derechos humanos más graves de América Latina, en la cual algunos agentes del Estado perpetrar graves violaciones de derechos humanos, no se puede sostener que existe terrorismo de Estado.<sup>235</sup> A pesar de que existen ciertos patrones sistemáticos de violación de los derechos humanos en los que se utiliza a veces la violencia de manera indiscriminada que afecta a civiles inermes, tales conductas no se encuadran en una política oficial del Estado, ni obedecen a una estrategia diseñada desde las altas esferas del poder, como sí ocurrió en la Alemania nazi en la década de los cuarenta, o en los regímenes dictatoriales del Cono Sur en los años setenta y ochenta. Sin embargo, lo anterior no obsta para que algunas de esas violaciones sean calificadas como actos de terror.

Igual raciocinio se debe predicar frente a los grupos guerrilleros o paramilitares. Estas organizaciones armadas no estatales no son por

<sup>235</sup> “El terrorismo de Estado es una forma del ejercicio del poder estatal cuya regla de reconocimiento permite y/o impone, con miras a crear el temor generalizado, la aplicación clandestina, impredecible y difusa, también a personas manifiestamente inocentes, de medidas coactivas prohibidas por el ordenamiento jurídico proclamado, obstaculizando o anulando la actividad judicial y convirtiendo al gobierno en agente activo de la lucha por el poder”. Ernesto Garzón Valdés, *Calamidades*, ob. cit., p. 155.

definición terroristas, pero han cometido actos de terror. Sustituir de manera definitiva la figura del delincuente político por la del terrorista, como es la tendencia de algunos agentes del Estado colombiano y de ciertos medios de comunicación, significaría cerrar espacios para humanizar la guerra y desconocería el derecho humanitario.

La distinción entre delincuentes políticos y terroristas debe salvarse para el derecho porque cumple, indudablemente, por lo menos una doble función heurística y práctica. Agrega conocimiento y, con ello, elementos de juicio para entender y para definir la política criminal del Estado, y lo que es tanto o más importante, incrementa la libertad de acción del Estado frente a los insurgentes.<sup>236</sup>

La calificación de una organización ilegal como terrorista se traduce en que no sólo resulta excluida como posible contraparte de conversaciones o negociaciones políticas, sino que debe ser perseguida con la mayor severidad. Desde el momento en que un grupo recibe la etiqueta de terrorista, los actos que realiza, tengan o no el propósito de ocasionar miedo en la población civil, serán calificados como terroristas. De ahí que sea fundamental recuperar la noción del delito político y evitar la tendencia hacia su sustitución por la noción de terrorismo. Sin embargo, no se puede desconocer que "... los protagonistas armados recurren, cada vez más, al terror como un componente normal de sus estrategias locales: en la medida en que los paramilitares y las guerrillas se disputan los mismos territorios, su empleo contra la población civil se convierte en un medio privilegiado de aislar al adversario, cortándole sus eventuales apoyos".<sup>237</sup>

En quinto lugar, los actos de terror pueden ser permitidos contra quienes participan directamente en las hostilidades siempre y cuando no desconozcan los principios de limitación y proporcionalidad. Como lo establecen los comentarios al artículo 51 del Protocolo I de 1977, este tipo de terror, el que intenta intimidar o provocar la ren-

<sup>236</sup> Iván Orozco Abad, *Combatientes, rebeldes y terroristas*, ob. cit., p. 186.

<sup>237</sup> Daniel Pécaut, *Guerra contra la sociedad*, Planeta, Bogotá, 2001, p. 229.

dición del enemigo, no es el que se quiere prohibir.<sup>238</sup> Hans-Peter Gasser señala que “dentro de los límites reconocidos, el terror es un arma que puede utilizarse en combate contra las fuerzas armadas de la parte adversa”.<sup>239</sup> “Así, lo que parece un acto terrorista en un contexto civil puede ser un acto de guerra legítimo si está dirigido contra personal militar enemigo”.<sup>240</sup> Los límites reconocidos son los principios de limitación y proporcionalidad. Lo que sucede es que muchos actos de terror contra quienes participan inmediatamente en las hostilidades son ilimitados y desproporcionados frente a la ventaja militar concreta prevista, pero si se dan actos de terror proporcionados y limitados contra quienes participen directamente en las hostilidades, tales actos estarían permitidos. Incluso, algunos autores van más allá y señalan que el uso ilícito de la violencia en un conflicto armado es de por sí aterrorizante, de donde concluyen que es “objetivamente aterrorizante toda violencia que se salga del cuadro de reglas establecidas en el derecho humanitario”.<sup>241</sup> La prohibición de los actos de terror contra la población civil se extiende a instalaciones o bienes que puedan provocar incidentalmente víctimas dentro de la población civil,<sup>242</sup> y no contra objetivos militares. Téngase en cuenta que la mayoría de las definiciones de terrorismo prohíben los actos de terror únicamente contra los civiles o terceros inocentes.

En sexto lugar, tanto en los conflictos armados internacionales como en los no internacionales lo que se prohíbe son los actos cuya

<sup>238</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, *Comentarios del Protocolo de 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)*, ob. cit., párr. 1940.

<sup>239</sup> Hans-Peter Gasser, “Actos de terror, ‘terrorismo’ y derecho internacional humanitario”, ob. cit.

<sup>240</sup> *Ibíd.*, p. 219.

<sup>241</sup> Christine van der Wijngaert y Bart de Schutter, citados por José Antonio Viera-Gallo, “El terrorismo. Un desafío para la comunidad internacional”, en Augusto Varas (ed.), ob. cit., p. 134.

<sup>242</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, *Comentarios del Protocolo de 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios*, ob. cit., párr. 4538.

finalidad sea aterrorizar a la población civil. De esta manera, lo que se quiere prohibir son los actos o las amenazas cuyo objetivo principal sea sembrar el terror. Lo que se quiso prohibir es la intención de aterrorizar, tal como lo establecen los comentarios al artículo 13 del Protocolo II de 1977.<sup>243</sup> Existe pues un elemento doloso en la conducta.

Por último, los Estados tienen el deber de adoptar medidas para impedir y responder a los actos de terrorismo, pero esas medidas adoptadas se deben ajustar a las obligaciones de los Estados en virtud del derecho internacional de los derechos humanos. Por ejemplo, se deben respetar escrupulosamente las normas internacionales en materia de privación de la libertad, trato humano, seguridad de la persona, hábeas corpus, la existencia de un tribunal competente, independiente e imparcial; las garantías fundamentales en materia de administración de justicia, el derecho a la libertad de expresión, la obligación de respetar y garantizar la no discriminación y el derecho a la protección judicial. El informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de octubre de 2002 hace una presentación muy completa de estas obligaciones subrayando que la falta de consenso internacional en la definición no significa que el Estado no esté sometido a restricciones en el marco del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho humanitario, en la configuración de sus respuestas a esa violencia.<sup>244</sup> A su vez, el Experto Independiente de las Naciones Unidas sobre la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo subraya en su informe las cuestiones que afectan al disfrute de los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo.<sup>245</sup>

<sup>243</sup> *Ibíd.*, párr. 4786.

<sup>244</sup> CIDH, *Terrorismo y derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr. 22 de octubre de 2002.

<sup>245</sup> Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Informe del Experto independiente sobre la protección de derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, E/CN.4/2005/103, 7 de febrero de 2005, párrs. 4 a 76.

La Convención Interamericana contra el terrorismo del 3 de junio de 2002, en su artículo 15 establece lo siguiente:

1. Las medidas adoptadas por los Estados Parte de conformidad con esta Convención se llevarán a cabo con pleno respeto al estado de derecho, los derechos humanos y las libertades fundamentales.
2. Nada de lo dispuesto en la presente Convención se interpretará en el sentido de que menoscaba otros derechos y obligaciones de los Estados y de las personas conforme al derecho internacional, en particular la Carta de las Naciones Unidas, la Carta de la Organización de los Estados Americanos, el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional de los refugiados.
3. A toda persona que se encuentre detenida o respecto de la cual se adopte cualquier medida o sea encausada con arreglo a la presente Convención se le garantizará un trato justo, incluido el goce de todos los derechos y garantías de conformidad con la legislación del Estado en cuyo territorio se encuentre y las disposiciones pertinentes del derecho internacional.

El Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo esbozó ante el Comité contra el Terrorismo de las Naciones Unidas las siguientes tendencias actuales en la lucha contra éste: desde septiembre de 2001, la comunidad internacional parece haberse vuelto indiferente al uso indebido del concepto de terrorismo. Las nuevas medidas antiterroristas ponen en cuestión y comprometen la prohibición absoluta de la tortura y todas las formas de tratos crueles, inhumanos o degradantes. La incitación a cometer delitos graves está definida como delito en el derecho penal de la mayoría de los países, pero estas legislaciones tienden a ir más allá de la mera incitación y se tipifica como delito la “glorificación” o “apología” del terrorismo, o la publicación de información que pueda ser útil en la comisión de actos de terrorismo. Las diversas formas de endurecimiento de los controles de inmigración por parte de los Estados so pretexto de luchar contra el terrorismo. El terrorismo ha sustituido en gran medida

a la delincuencia relacionada con las drogas como principal justificación pública para aumentar las competencias de la policía en la investigación o prevención de delitos.<sup>246</sup> El Relator Especial espera que las respuestas de los Estados y de la comunidad internacional al terrorismo sean eficaces y compatibles con los derechos humanos.<sup>247</sup>

El mismo Relator, en posteriores informes, ha señalado que algunos Estados han establecido limitaciones a los derechos de libertad de asociación y reunión que exceden las medidas necesarias y proporcionales para luchar contra el terrorismo, que en la práctica pueden usarse para restringir los derechos de los partidos políticos, sindicatos o defensores de derechos humanos, y que las listas de personas o grupos terroristas pueden vulnerar varios derechos de particular importancia para los grupos y las organizaciones: el derecho a la propiedad, la libertad de asociación y los derechos políticos.<sup>248</sup> También ha dicho que la utilización de los llamados “perfiles terroristas” sobre la base de características colectivas como son la religión y el origen étnico o nacional son por lo general imprecisos y ponen en riesgo el principio de la no discriminación y, en la mayoría de los casos, son desproporcionados e ineficaces. Además, que los Estados están limitando y afectando los derechos humanos al adoptar medidas especiales para combatir los atentados suicidas como forma de terrorismo.<sup>249</sup>

Como si fuera poco, la prevalencia de estereotipos de etnia, religión y nacionalidad que están utilizando para amenazar o deslegiti-

---

<sup>246</sup> Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, E/CN.4/2006/98, 28 de diciembre de 2005, párr. 56.

<sup>247</sup> *Ibíd.*, párr. 73.

<sup>248</sup> Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, A/61/267, 16 de agosto de 2006, párrs. 9 a 41.

<sup>249</sup> Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, A/HRC/4/26, 29 de enero de 2007.

mar al enemigo en la lucha contra el terrorismo parecen más centrales de lo que han sido en anteriores conflictos armados.<sup>250</sup>

### *D) El pillaje, el saqueo, la confiscación y el despojo de bienes*

La apropiación de un bien en un conflicto armado sin el consentimiento del propietario es un acto prohibido por el derecho. Las normas humanitarias lo denominan pillaje, el Estatuto de la Corte Penal Internacional habla de saqueo y confiscación, y el Código Penal de despojo.

El pillaje se encuentra expresamente prohibido en el artículo 4.2.g. del Protocolo II de 1977, y las amenazas de practicarlo también están prohibidas por el artículo 4.2.h del mismo instrumento contra quienes no participen directamente en las hostilidades.<sup>251</sup> Está prohibido tanto ordenar como autorizar el pillaje. La prohibición tiene un alcance general y se aplica a todas las categorías de bienes, sean privados o estatales, así tanto al organizado como al resultante de actos individuales de indisciplina.<sup>252</sup> Según el diccionario de la Real Academia Española, pillaje es el “robo, despojo, saqueo, hecho por los soldados en el país enemigo”.

Según el artículo 8.e.v del Estatuto de la Corte Penal Internacional, constituye un crimen de guerra en conflictos armados internos, “el saquear una ciudad o plaza, incluso cuando es tomada por asalto”. El diccionario de la Real Academia Española señala que saquear es “apoderarse violentamente los soldados de lo que halla en un lugar;

<sup>250</sup> Escola de Cultura de Pau, Barómetro 13 sobre conflictos, derechos humanos y construcción de paz, Universitat Autònoma de Barcelona, enero-marzo 2007, p. 91.

<sup>251</sup> Según el *Customary International Humanitarian Law*, es norma consuetudinaria para conflictos armados internacionales y no internacionales, la siguiente: “Norma 52. Queda prohibido el pillaje”. Véase International Committee of the Red Cross, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Rules, ob. cit., pp. 182 a 185.

<sup>252</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, *Comentarios del Protocolo de 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios*, ob. cit., párr. 4542.

entrar en una plaza o lugar robando cuanto se halla”. Los Elementos de los Crímenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional señalan como elementos del crimen de guerra de saquear los siguientes:

1. Que el autor se haya apropiado de un bien.
2. Que el autor haya tenido la intención de privar del bien a su propietario y de apropiarse de él para su uso privado o personal.\*
3. Que la apropiación haya tenido lugar sin el consentimiento del propietario.
4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.
5. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

La destrucción o confiscación de bienes se encuentra prevista en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, y está descrita en el artículo 8.e.xii de la siguiente manera: “Destruir o confiscar bienes del enemigo, a menos que las necesidades del conflicto lo hagan imperativo”.<sup>253</sup> Los elementos del crimen para esta conducta son:

1. Que el autor haya destruido un bien o se haya apoderado de un bien.
2. Que ese bien haya sido de propiedad de una parte enemiga.
3. Que ese bien haya estado protegido de la destrucción o apropiación en virtud del derecho internacional de los conflictos armados.

\* Como indica la acepción de la expresión “uso privado o personal”, la apropiación justificada por necesidades militares no constituye crimen de saqueo.

<sup>253</sup> Según el *Customary International Humanitarian Law*, es norma consuetudinaria para conflictos armados internacionales y no internacionales, la siguiente: “Norma 50. Queda prohibido destruir o confiscar los bienes de un adversario, a no ser que lo exija una necesidad militar imperiosa.” Véase International Committee of the Red Cross, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Rules, ob. cit., pp. 175 a 177.

4. Que la destrucción o apropiación no haya estado justificada por necesidades militares.

El Código Penal, en su artículo 151, tipifica “el despojo en campo de batalla” así: “[e]l que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, despoje de sus efectos a un cadáver o a persona protegida, incurrirá...”. Este tipo penal se inspira en el artículo 8 del Protocolo II de 1977 sobre búsqueda que señala que: “[s]iempre que las circunstancias lo permitan, y en particular después de un combate, se tomarán sin demora todas las medidas posibles para buscar y recoger a los heridos, enfermos y náufragos a fin de protegerlos contra el pillaje y los malos tratos y asegurarles la asistencia necesaria, y para buscar a los muertos, impedir que sean despojados y dar destino decoroso a sus restos”. Los comentarios a esta disposición señalan que “[e]stá prohibido despojar a los muertos. Hay que buscarlos y rendirles honras fúnebres, es decir, que deben recibir una sepultura digna (excepto los casos de inmersión o incineración), tras un servicio religioso si procede”.<sup>254</sup> El Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia ha señalado que “...ciertos actos contra cuerpos sin vida han sido castigados como crímenes de guerra, aunque esto se relaciona más, en principio, con el canibalismo y la mutilación de

<sup>254</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, *Comentarios del Protocolo de 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios*, ob. cit., párr. 4656. Según el *Customary International Humanitarian Law*, son normas consuetudinarias para conflictos armados internacionales y no internacionales, las siguientes: “Norma 112. Cuando las circunstancias lo permitan, y en particular después de un combate, las partes en conflicto tomarán sin demora todas las medidas posibles para buscar, recoger y evacuar a los muertos sin distinción desfavorable alguna. Norma 113. Las partes en conflicto tomarán todas las medidas posibles para evitar que los muertos sean despojados. Está prohibido mutilar los cadáveres. Norma 115. Los muertos serán inhumados respetuosamente y sus tumbas respetadas y mantenidas debidamente. Norma 116. Para facilitar la identificación de los muertos, las partes en conflicto deberán registrar toda la información disponible antes de inhumarlos y señalar la ubicación de las tumbas”. Véase International Committee of the Red Cross, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Rules, ob. cit., pp. 406 a 411 y 414 a 420.

cadáveres por la infracción de provisiones específicas de la ley y las costumbres de guerra relacionadas con el maltrato de las víctimas de guerra”.<sup>255</sup>

Despojo, según el diccionario de la Real Academia Española, es “privar a alguien de lo que goza y tiene; desposeerle de ello con violencia”. La conducta del tipo penal del artículo 151 se adecuará a hechos que se presenten con ocasión y en desarrollo del conflicto tal como lo indica el ingrediente normativo estructural del tipo, y no solamente en combate como lo sugiere el encabezado del artículo. El Código Penal Militar, en su artículo 175, tipifica el saqueo: “Los que en operación de combate se apoderen de bienes muebles, sin justa causa y en beneficio propio o de un tercero, incurrirán...”.

No existen diferencias entre el pillaje, el saqueo y el despojo puesto que estas tres figuras hacen referencia a la apropiación de bienes sin consentimiento del propietario. La confiscación, si bien es una figura más específica puesto que sólo se predica de bienes pertenecientes a la parte enemiga del conflicto armado, se puede materializar no sólo con el apoderamiento sino también con su destrucción.

#### *m) La exacción o las contribuciones arbitrarias*

El artículo 163 del Código Penal establece en estos términos una infracción que no tiene antecedentes internacionales, como es la exacción o contribución arbitraria: “El que, con ocasión y en desarrollo de un conflicto armado, imponga contribuciones arbitrarias incurrirá en...”. El origen de este tipo penal con seguridad se debe a la práctica bien extendida en Colombia de la exigencia por parte de grupos armados no estatales de dinero a personas o a entidades públicas o privadas bajo amenazas o mediante uso de la violencia. Esta práctica es denominada por las organizaciones guerrilleras como “impuesto de guerra”. “La exacción es el impuesto, la carga o el tributo

---

<sup>255</sup> Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso Tadic, decisión del 7 de mayo de 1997, primera instancia, párr. 748. Traducción no oficial de Rafael A. S. Prieto Sanjuán, “Tadic: internacionalización de conflictos internos y responsabilidad individual”, ob. cit., p. 397.

que se impone (conducta reprochada) cualquiera sea el fin perseguido con el recaudo del arancel. La contribución es sinónima del anterior y la podemos definir como el canon o la tasa que se pretende obtener como gravamen”.<sup>256</sup>

El gobierno objetó por inconveniencia este artículo y pidió definir la exacción conforme al artículo 178 del nuevo Código Penal Militar.<sup>257</sup> Así mismo, sugirió el cambio del término “arbitrario” por el de “ilegal”.<sup>258</sup> Sobre este particular se pronunció así el Congreso:

Consideramos inválida la objeción del gobierno. Precisamente el concepto de exacción de acuerdo con el *Diccionario de la Lengua Española* corresponde a la “acción y efecto de exigir, con aplicación a impuestos, prestaciones, multas, deudas, etc.” o al “cobro injusto y violento”. Consideramos que la exacción es sinónimo de la imposición de contribuciones arbitrarias –en las que se pueden enmarcar todas las consideraciones mencionadas–, y no se hace necesario ampliar la definición del tipo penal.

Frente al cambio de denominación de contribuciones “arbitrarias” por “ilegales” consideramos válido dejar la denominación del proyecto. En la guerra es difícil garantizar la prevalencia del derecho, y el derecho internacional humanitario establece un orden mínimo en el conflicto. El término “arbitrario” refleja el carácter de que se trata de una contribución no sujeta a regla de naturaleza alguna vulnerando incluso ese orden jurídico mínimo. Si se deja la expresión ilegal se estaría haciendo referencia a una ley, lo que en un conflicto irregular sería difícil de determinar.<sup>259</sup>

<sup>256</sup> Diego Fernando Victoria Ochoa, *Delitos contra las personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario*, ob. cit., p. 205.

<sup>257</sup> Artículo 178. Exacción. El que abusando de sus funciones, obligue a persona integrante de la población civil a entregar, o poner a su disposición, cualquier clase de bien o a suscribir o entregar documentos capaces de producir efectos jurídicos, incurrirá en... Artículo 179. Contribuciones ilegales. El que sin facultad legal y sin justa causa establezca contribuciones, incurrirá en...

<sup>258</sup> *Gaceta del Congreso*, núm. 65, del 17 de marzo de 2000, pp. 10-11.

<sup>259</sup> Acta de Plenaria núm. 22 de la Sesión Ordinaria del día miércoles 31 de mayo de 2000, en *Gaceta del Congreso*, núm. 194, del 9 de junio de 2000, pp. 20-22.

El Código Penal Militar consagra en su artículo 178 el tipo de la exacción, y en el 179 el tipo de contribuciones ilegales, pero como ya se indicó, estas conductas no tienen relación con el servicio de la fuerza pública y, en su defecto, se debe aplicar el tipo del Código Penal ordinario.

*n) Las condenas dictadas sin garantías judiciales*

El artículo 3.1.d común a los Convenios de Ginebra prohíbe “las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados”, prohibición desarrollada por el artículo 6 del Protocolo II de 1977. Conforme al artículo 8.2.c.iv del Estatuto de la Corte Penal Internacional, se consideran como crímenes de guerra en conflictos armados internos: “...las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin sentencia previa pronunciada por una Corte constituida regularmente y que haya ofrecido todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables”.

Conforme al derecho internacional de los derechos humanos, en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y, en particular, en caso de los conflictos armados no internacionales, es posible suspender ciertas garantías constitucionales, promulgar leyes especiales y constituir jurisdicciones de excepción. Esta suspensión debe realizarse conforme a los artículos 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sin embargo, y tal y como ha señalado el Comité de Derechos Humanos:

...el párrafo 1 del artículo 4 establece que ninguna disposición que suspenda obligaciones contraídas en virtud del Pacto puede ser incompatible con las demás obligaciones que impone a los Estados Partes el derecho internacional, especialmente las normas del derecho internacional humanitario... Los Estados Partes no pueden en ningún caso invocar el artículo 4 del Pacto como justificación de actos que violan el derecho humanitario o normas imperativas de derecho internacional, por ejem-

plo, ...la inobservancia de los principios fundamentales de juicio imparcial, en particular la presunción de inocencia.<sup>260</sup>

Además, conforme al párrafo 2 del artículo 4 del mismo instrumento, no puede ser suspendido en ningún caso su artículo 15 que consagra el principio de legalidad en materia penal, mediante el cual la responsabilidad penal y la pena tienen que estar determinadas exclusivamente por disposiciones claras y concretas de la ley en vigor, y aplicables en el momento de cometerse el hecho, salvo que una ley posterior imponga una pena más leve. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que: “[L]os principios del debido proceso legal no pueden suspenderse con motivo de las situaciones de excepción en cuanto constituyen condiciones necesarias para que los instrumentos procesales, regulados por la Convención, puedan considerarse como garantías judiciales”.<sup>261</sup> Esto también lo ha dicho la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

Las protecciones derivadas del derecho al debido proceso y la protección judicial aplicables en los conflictos armados internacionales y no internacionales, previstos en los Convenios de Ginebra, se corresponden en forma sustancial con las protecciones del derecho internacional de los derechos humanos y exigen a los Estados el juzgamiento y sanción de personas que cometan u ordenen la comisión de infracciones graves al derecho internacional humanitario. Estas obligaciones no admiten derogación por causa de la vigencia del conflicto. En los casos en que, por ejemplo, el derecho internacional humanitario prescribe estándares mínimos del debido proceso, los Estados no pueden recurrir a derogaciones permisibles bajo el derecho internacional de los derechos humanos. Este criterio encuentra respaldo en los artículos 27 y 29 de la Convención Americana que prohíben derogaciones incongruentes con las demás obligaciones del Estado en virtud del derecho internacional y que

---

<sup>260</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación General núm. 29, “Los estados de emergencia”, párrs. 9 y 11.

<sup>261</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, “Garantías judiciales en estados de emergencia”, párr. 30.

prohíbe toda interpretación de la Convención que restrinja el goce del ejercicio de un derecho o libertad reconocida en virtud de otra convención de la cual el Estado sea parte.<sup>262</sup>

La misma Corte, en relación con el derecho al debido proceso legal en situaciones de conflicto armado no internacional, en el caso *Bámaca Velázquez* señaló que:

Esta Corte ha establecido como probado en el caso en análisis que Efraín Bámaca Velázquez estuvo detenido por el Ejército guatemalteco en centros de detención clandestinos por lo menos durante cuatro meses, violando así el artículo 7 de la Convención. En este caso, si bien se está en presencia de la detención de un insurgente durante un conflicto interno, de todas maneras debió asegurársele al detenido las garantías propias de todo Estado de Derecho, y someterse a un proceso legal. Esta Corte ha señalado que si bien el Estado tiene el derecho y la obligación de garantizar su seguridad y de mantener el orden público, debe de realizar sus acciones “dentro de los límites y conforme a los procedimientos que preservan tanto la seguridad pública como los derechos fundamentales de la persona humana”.<sup>263</sup>

Por tanto, con base en lo anterior se puede afirmar que las garantías contenidas en el artículo 6 del Protocolo II de 1977 constituyen garantías mínimas que las partes en conflicto tienen que aplicar a civiles o a miembros de la parte adversa caídos en su poder. Tanto el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949, como el artículo 6 del Protocolo II de 1977 prohíben la justicia sumaria y las condenas sin un juicio justo. Las garantías que aparecen en el artículo 6.2 se refieren a las etapas de instrucción del procedimiento y del juicio, y son las siguientes:

---

<sup>262</sup> CIDH, Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el proceso de desmovilización en Colombia, OEA/Ser.L/V/II.120 Doc. 60, Washington, 13 de diciembre de 2004, párr. 36.

<sup>263</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Bámaca Velázquez*, sentencia del 25 de noviembre de 2000, párr. 143.

- a) el procedimiento dispondrá que el acusado sea informado sin demora de los detalles de la infracción que se le atribuya y garantizará al acusado, en las actuaciones que precedan al juicio y en el curso de éste, todos los derechos y medios de defensa necesarios;
- b) nadie podrá ser condenado por una infracción si no es sobre la base de su responsabilidad penal individual;
- c) nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho; tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de cometerse la infracción; si, con posterioridad a la comisión de la infracción, la ley dispusiera la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello;
- d) toda persona acusada de una infracción se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;
- e) toda persona acusada de una infracción tendrá derecho a hallarse presente al ser juzgada;
- f) nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable.

Estos seis numerales, como se puede observar, establecen seis principios que son considerados los mínimos en cuanto a las garantías judiciales en un conflicto armado no internacional: los derechos de información y defensa, el principio de la responsabilidad individual, el principio de la no retroactividad, el principio de la presunción de inocencia, el derecho hallarse presente en el proceso, y el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable.

El numeral 3 del artículo 6 del Protocolo II de 1977, señala que: “[t]oda persona condenada será informada, en el momento de su condena, de sus derechos a interponer recurso judicial y de otro tipo, así como de los plazos para ejercer esos derechos”. El numeral 4 del mismo artículo prohíbe expresamente las sentencias de pena de muerte a personas que tuvieran menos de 18 años en el momento de la infracción, a mujeres encinta y a madres de corta edad.

Según el *Customary International Humanitarian Law*, son normas consuetudinarias para conflictos armados internacionales y no internacionales, en relación con las personas civiles o fuera de combate, las siguientes:

Norma 100. Nadie puede ser juzgado o condenado si no es en virtud de un proceso equitativo que ofrezca todas las garantías judiciales esenciales.

Norma 101. Nadie puede ser acusado o condenado por una acción u omisión que no constituía delito según el derecho nacional o internacional en el momento en que se cometió. Tampoco puede imponerse una pena mayor que la que era aplicable cuando se cometió la infracción penal.

Norma 102. Nadie puede ser condenado por un delito si no es basándose en la responsabilidad penal individual.<sup>264</sup>

El Código Penal, en su artículo 149, tipifica la detención ilegal y la privación del debido proceso de la siguiente forma: “[e]l que con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, prive ilegalmente de su libertad a una persona y la sustraiga de su derecho a ser juzgada de manera legítima e imparcial, incurrirá en...”.

Los Elementos de los Crímenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional señalan como elementos del crimen de guerra de condenar o ejecutar sin garantías judiciales (art. 8 2.c.iv) los siguientes:

1. Que el autor haya condenado o ejecutado a una o más personas.\*
2. Que esa persona o personas hayan estado fuera de combate o hayan sido personas civiles o miembros del personal sanitario o religioso que no tomaban parte activa en las hostilidades.

---

<sup>264</sup> Véase International Committee of the Red Cross, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Rules, ob. cit., pp. 352 a 374.

\* Los elementos establecidos en estos documentos no se refieren a las diferentes formas de responsabilidad penal individual que establecen los artículos 25 y 28 del Estatuto.

3. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían esa condición.
4. Que no haya habido un juicio previo ante una Corte o que la Corte no estuviera regularmente constituida, es decir, no ofreciera las garantías esenciales de independencia e imparcialidad o no ofreciera todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables de conformidad con el derecho internacional.\*
5. Que el autor haya sabido que no había habido un juicio previo o no se habían ofrecido las garantías correspondientes y el hecho de que eran esenciales o indispensables para un juicio imparcial.
6. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.
7. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

#### *ñ) El reclutamiento de menores*

El apartado c del artículo 4 del Protocolo II de 1977 señala que: “los niños menores de quince años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirán que participen en las hostilidades”. “... [L]a prohibición de utilizar a niños en operaciones militares es un elemento fundamental de su protección. Esta práctica es infortunadamente frecuente, y los niños están muy a menudo dispuestos a seguir a los adultos sin medir las consecuencias de sus actos”.<sup>265</sup> Según el Comité Internacional de la Cruz Roja,

---

\* Con respecto a los elementos 4 y 5, la Corte debe considerar si, atendidas todas las circunstancias del caso, el efecto acumulativo de los factores con respecto a las garantías privó a la persona o a las personas de un juicio imparcial.

<sup>265</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, *Comentarios del Protocolo de 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios*, ob. cit., párr. 4555.

[s]e observa en la práctica que el alistamiento voluntario rara vez se funda sólo en la voluntad del niño, sino que está condicionado por elementos exteriores a su intención. En efecto, el niño se alistará en las fuerzas o los grupos armados por distintas razones:

- Razones económicas: el niño opta por alistarse para mejorar sus condiciones de vida. En ese sentido a menudo se ve alentado por sus padres, que tal vez carezcan de medios para mantener a toda la familia. Además, el niño se ve incitado a alistarse si toma conocimiento de las ventajas financieras que ello le puede reportar. Por otra parte, el alistamiento puede representar para el niño una oportunidad profesional y el medio de ganarse la vida. Esta situación es aún más comprensible si el niño no tiene otras posibilidades para sobrevivir.
- Razones vinculadas a la seguridad física del niño: diversos estudios demuestran que un niño rara vez menciona el deseo de venganza para explicar su alistamiento voluntario; en cambio, la idea de protección surge de por sí con mayor claridad. En efecto, los niños que han sido testigos de asesinatos o matanzas son más propensos a incorporarse a las fuerzas o grupos armados en cuyo seno piensan que estarán más seguros frente a los peligros existentes.
- Razones vinculadas a la cultura o al entorno: en algunos casos el niño se alista porque en el país se considera que la vida militar es un medio para ascender en la sociedad y obtener cierta gloria. En algunas sociedades es también un medio de demostrar la virilidad. Asimismo, el niño puede ser inducido a alistarse por la presión de amigos ya reclutados.
- Razones vinculadas a una convicción: en este caso, el alistamiento del niño puede considerarse realmente voluntario. Estas convicciones pueden ser de orden político, religioso o social. De todas maneras, es importante distinguir entre estos casos y aquellos en que el niño ha sido influenciado, manipulado e incluso adoctrinado por adultos.<sup>266</sup>

---

<sup>266</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, "Argumentación del Comité Internacional de la Cruz Roja", Ginebra, 27 de octubre de 1998, párr. 45, en Jeannet Stéphane y Mermet Jöel, "La implicación de los niños en los conflictos armados", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 145, marzo de 1998, pp. 132-133.

De acuerdo con el artículo 38.3 de la Convención sobre los derechos de los niños, “[l]os Estados Partes se abstendrán de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los 15 años de edad. Si reclutan personas que hayan cumplido los 15 años, pero que sean menores de 18, los Estados Partes procurarán dar prioridad a los de más edad”. Por su parte, el artículo 8.2.e.vii, del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional acoge las mismas prohibiciones y eleva a la categoría de crimen de guerra su desconocimiento: “[r]eclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades”.

No obstante, la legislación colombiana dispone la edad mínima de reclutamiento en 18 años. El artículo 13 de la Ley 418 de 1997 modificado por el artículo 2 de la Ley 548 de 1999 dispone: “Los menores de 18 años de edad no serán incorporados a filas para la prestación del servicio militar. A los estudiantes de undécimo grado, menores de edad que, conforme a la Ley 48 de 1993, resultaren elegidos para prestar dicho servicio, se les aplazará su incorporación a las filas hasta el cumplimiento de la referida edad”. A su vez, el artículo 162 del Código Penal tipifica el “[r]eclutamiento ilícito. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, reclute menores de dieciocho (18) años o los obligue a participar directa o indirectamente en las hostilidades o en acciones armadas, incurrirá...”<sup>267</sup>

Conviene señalar, además, que el Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados dispone en el artículo 1 que los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para que ningún miembro de sus fuerzas armadas menor de 18 años participe directamente en las hostilidades, y en su artículo 4.1 prescribe que los grupos armados distintos de las fuerzas armadas de un Estado no deben

---

<sup>267</sup> Según el artículo 6º de la Ley 782 de 2002 que proroga el artículo 15 de la Ley 418 de 1997, que a su vez había sido prorrogado por la Ley 548 de 1999, señala que “se entiende por víctima de la violencia política toda persona menor de edad que tome parte en las hostilidades”. Además, el último inciso del artículo 22 del Decreto 128 de 2003 señala que “De conformidad con la Constitución Política, la ley y los tratados públicos internacionales ratificados por Colombia, queda proscriba cualquier forma de utilización de menores en actividades de inteligencia”.

en ninguna circunstancia reclutar o utilizar en hostilidades a menores de 18 años. En el artículo 4.2 se establece la responsabilidad del Estado dirigida a la adopción de las medidas necesarias tendientes a impedir ese tipo de reclutamiento o el castigo a quien incurra en dicha práctica. “Es evidente que un niño que ha sido reclutado por las fuerzas armadas o por un grupo armado antes de cumplir 18 años corre mayor riesgo de participar en las hostilidades si éstas ocurrieran antes de que alcance dicha edad”.<sup>268</sup> “Aunque este Protocolo es un considerable progreso, es de lamentar que la edad mínima de reclutamiento voluntario en las fuerzas gubernamentales no haya podido fijarse en dieciocho años, como lo ha sido para el reclutamiento obligatorio”.<sup>269</sup>

Es oportuno precisar que lo que se prohíbe expresamente es el reclutamiento de los menores, pero en el evento en que éstos participan directamente en las hostilidades pierden su condición de personas protegidas. El apartado d del artículo 4 del Protocolo II de 1977 señala que en el caso de menores de 15 años que hayan participado en las hostilidades y han sido capturados (en violación del apartado c), éstos continuarán beneficiándose de la protección especial que establece este artículo.<sup>270</sup>

---

<sup>268</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, “Argumentación del Comité Internacional de la Cruz Roja”, Ginebra, 27 de octubre de 1998, párr. 12, en Jeannet Stéphane y Jöel Mermet, “La implicación de los niños en los conflictos armados”, ob. cit., p. 121.

<sup>269</sup> María Teresa Dutli, “La protección de los niños en los conflictos armados, en particular la prohibición de la participación de los niños en las hostilidades y el régimen jurídico aplicable”, en Gabriel Pablo Valladares (comp.), *Lecciones y ensayos. Derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas*, ob. cit., p. 119.

<sup>270</sup> Véase supra, p. 196 y ss. Según el *Customary International Humanitarian Law*, son normas consuetudinarias para conflictos armados internacionales y no internacionales, las siguientes: “Norma 135. Los niños afectados por los conflictos armados tienen derecho a un respeto y protección especiales. Norma 136. Las fuerzas armadas o los grupos armados no deberán reclutar niños. Norma 137. No se permitirá que los niños participen en las hostilidades”. Véase International Committee of the Red Cross, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Rules, ob. cit., pp. 479 a 488.

Vale la pena señalar que en los últimos años se viene diferenciando entre el concepto de combatientes menores de edad y el de niños soldados. En el primero se incluyen de manera exclusiva los menores que participan directamente en las hostilidades, y en el último se incluye a todos los menores que de manera voluntaria o forzada sirven a una de las partes en conflicto en calidad de auxiliar, cocinero(a), informante, guía, cargador(a), esposa forzada, esclava forzada, etc.<sup>271</sup>

*o) Los desplazamientos forzados de la población civil*

“La injerencia deliberada en la libertad de movimiento consiste en la utilización del desplazamiento forzado de la población como método de combate”.<sup>272</sup> El artículo 17 del Protocolo II de 1977 prohíbe expresamente:

1. Ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a no ser que así lo exijan la seguridad de las personas civiles o razones militares imperiosas. ...
2. Forzar a las personas civiles a abandonar su propio territorio por razones relacionadas con el conflicto.

La primera prohibición se refiere tanto a los desplazamientos individuales como colectivos o en grupos de la población civil dentro del territorio del Estado donde se desarrolla el conflicto armado. Sin embargo, existen dos excepciones a esta prohibición, contempladas por el mismo artículo: la seguridad de la población civil o razones militares imperiosas. La necesidad militar, como motivo de suspensión de una norma, exige siempre una apreciación minuciosa de las circunstancias. En estos casos, se deben tomar según esta disposición “... todas las medidas posibles para que la población civil sea acogida

---

<sup>271</sup> Esta diferenciación fue adoptada por Unicef. Véase Natalia Springer, *Desactivar la guerra, alternativas audaces para consolidar la paz*, Aguilar, Bogotá, 2005, p. 166.

<sup>272</sup> Sonia Güell Peris, *Conflictos armados internos y aplicabilidad del derecho internacional humanitario*, Instituto de Estudios Europeos de la Universidad San Pablo Ceu, Dykinson, Madrid, 2005, p. 86.

da en condiciones satisfactorias de alojamiento, salubridad, higiene, seguridad y alimentación”.

Las imperiosas razones militares que puedan justificar un desplazamiento forzado deben ser apreciadas minuciosamente.\* Frederic de Mulinen ha definido la necesidad militar como un medio que justifica tomar medidas no prohibidas por el derecho de la guerra y que se requieren para asegurar la dominación del enemigo.\*\* En este mismo sentido, W. Downey define la necesidad militar como una urgencia que impone a un comandante militar tomar las medidas indispensables para obtener la rendición completa del enemigo lo más rápidamente posible, recurriendo a los medios de violencia controlada que no son prohibidos por el derecho de la guerra.\*\*\*<sup>273</sup>

La segunda prohibición consiste en no obligar a las personas civiles a abandonar su propio territorio por motivos relacionados con el conflicto. La referencia a su territorio “...tiene especialmente en cuenta la situación en que la parte insurrecta controle una parte extensa del territorio, en cuyo caso debería asimismo respetar la obligación prescrita y no forzar a las personas civiles a abandonar la zona que esté bajo su autoridad”.<sup>274</sup> Esta prohibición cubre los casos en los que se obliga a las personas a abandonar el país, y se refiere a las

\* Comité Internacional de la Cruz Roja, *Comentarios del Protocolo de 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios*, ob. cit., párr. 4853.

\*\* Frederic Mulinen, *Handbook on the law of war for armed forces*, ICRC, Geneva, 1987, p. 82.

\*\*\* ICRC, *Commentaire des Protocoles additonnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 1949*, p. 398.

<sup>273</sup> Defensoría del Pueblo, Resolución Defensorial núm. 025, “Sobre violaciones masivas de derechos humanos y desplazamiento forzado en la región del Bajo Atrato chocoano”, Bogotá, octubre de 2002, p. 17.

<sup>274</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, *Comentarios del Protocolo de 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios*, ob. cit., párr. 4859.

medidas tomadas contra personas civiles, ya sea individualmente o en grupos.

...[E]stimamos que por razones de humanidad las excepciones que el propio artículo 17 del Protocolo Adicional II prevé a la regla general de la interdicción de los desplazamientos forzados de poblaciones civiles deben ser objeto de una interpretación particularmente restrictiva, conforme con otras disposiciones que figuren en los textos de tratados internacionales ratificados por Colombia, en especial el artículo 12 del PIDCP de 1966, y sobre todo orientada por un espíritu garantista y protector de los más indefensos, para que éstos no sean considerados como simples fichas en un juego de ajedrez entre las partes en contienda.<sup>275</sup>

Debe tenerse presente que el desplazamiento forzado puede ser resultado de conductas igualmente prohibidas por el derecho humanitario, como los ataques y las amenazas a la población civil, y la destrucción de los bienes civiles.

La prohibición de los desplazamientos forzados es un elemento importante de la salvaguardia de la población civil. En efecto, con demasiada frecuencia se han considerado tales desplazamientos como medidas tomadas en el marco de operaciones militares y, demasiado a menudo, personas civiles, desalojadas de sus hogares, se han visto obligadas a vivir en condiciones difíciles o incluso inaceptables.<sup>276</sup>

<sup>275</sup> Alejandro Ramelli Arteaga, *La Constitución Colombiana y el Derecho Internacional Humanitario*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, p. 493.

<sup>276</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, *Comentarios del Protocolo de 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios*, ob. cit., párr. 4847. Según el *Customary International Humanitarian Law*, es norma consuetudinaria para conflictos armados no internacionales la siguiente; “Norma 129. ... B. Las partes en un conflicto armado no internacional no pueden ordenar el desplazamiento, total o parcial, de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a no ser que lo exijan la seguridad de la población civil o razones militares imperiosas”. Son normas consuetudinarias para conflictos armados internacionales y no internacionales, las siguientes: “Norma 131. En caso de desplazamiento, se tomarán todas las medidas posibles para que las personas afectadas sean acogidas”.

Los Principios Rectores sobre los desplazamientos internos presentados a la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas por el Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los desplazados internos, establece en su principio 10:

1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana y estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente. Los desplazados internos estarán protegidos en particular contra:

- a) el genocidio;
- b) el homicidio;
- c) las ejecuciones sumarias o arbitrarias; y
- d) las desapariciones forzadas, incluido el secuestro o la detención no reconocida con amenaza o resultado de muerte.

Se prohibirán las amenazas y la inducción a cometer cualquiera de los actos precedentes.

2. Los ataques u otros actos de violencia contra los desplazados internos que no intervienen o han dejado de intervenir en las hostilidades estarán prohibidos en toda circunstancia. Los desplazados internos serán protegidos, en particular, contra:

- a) los ataques directos o indiscriminados u otros actos de violencia, incluida la creación de zonas en las que se permiten los ataques a la población civil;
- b) la privación de alimentos como medio de combate;
- c) su utilización como escudos de ataques contra objetivos militares o para proteger, facilitar o impedir operaciones militares;
- d) los ataques a sus campamentos o asentamientos; y
- e) el uso de minas antipersonal.

---

das en condiciones satisfactorias de alojamiento, higiene, salubridad, seguridad y alimentación, y para que no se separen los miembros de una misma familia. Norma 132. Las personas desplazadas tienen derecho a regresar voluntariamente a su hogar o a su lugar habitual de residencia, tan pronto como dejen de existir las razones que motivaron su desplazamiento. Norma 133. Deberán respetarse los derechos de propiedad de las personas desplazadas". Véase International Committee of the Red Cross, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Rules, ob. cit., pp. 477 a 462 y 463 a 474.

El artículo 159 del Código Penal tipifica la “deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de la población civil, [como] el que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado y sin que medie justificación militar, deporte, expulse, traslade o desplace forzosamente de su sitio de asentamiento a la población civil...”.

Este artículo, al igual que el tipo penal relativo al ataque contra obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas, fue motivo de una objeción presidencial por inconveniencia, porque se debió haber consagrado la adopción de medidas de protección adecuadas y oportunas para la población civil, como se tipificaron en el artículo sobre destrucción de bienes de carácter sanitario y en el artículo sobre destrucción o utilización ilícita de bienes culturales y lugares de culto.<sup>277</sup> Sobre esta objeción señaló el Congreso:

Tampoco consideramos válida esta objeción. También la deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado concebidas en el proyecto tienen un carácter doloso y no se puede restringir la aplicación de este delito sólo a aquellos casos en que además de no existir justificación militar, no se hubieren tomado las medidas de protección y precaución adecuadas y oportunas. Condicionar la sanción de la deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de la población civil al hecho de que además no existieran medidas de protección o precaución, llevaría también a tener en la práctica una sanción sólo para un delito culposo, debilitándose la acción punitiva del Estado. Es de anotar que el texto aprobado en el Senado para el delito de “desplazamiento forzado” en el Proyecto de ley número 20 de 1998 Senado, 142 de 1998 Cámara, “por medio de la cual se tipifica el genocidio, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la tortura; y se dictan otras disposiciones”, tampoco contemplaba excepciones relacionadas con la existencia de medidas de protección oportunas y adecuadas, y no recibió entonces ninguna objeción de parte del gobierno nacional.<sup>278</sup>

<sup>277</sup> *Gaceta del Congreso*, núm. 65 del 17 de marzo de 2000, pp. 10-11.

<sup>278</sup> Acta de Plenaria núm. 22 de la Sesión Ordinaria del día miércoles 31 de mayo de 2000, en *Gaceta del Congreso*, núm. 194, del 9 de junio de 2000, pp. 20-22.

El Estatuto de la Corte Penal Internacional, en su artículo 8.2.e.viii, considera como un crimen de guerra en conflictos armados no internacionales “...ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a menos que así lo exija la seguridad de los civiles de que se trate o por razones militares imperativas”. Los Elementos de los Crímenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional señalan como elementos del crimen de guerra de desplazar a personas civiles (art. 8 2.e.viii) los siguientes:

1. Que el autor haya ordenado el desplazamiento de una población civil.
2. Que la orden no haya estado justificada por la seguridad de las personas civiles de que se trataba o por necesidades militares.
3. Que el autor haya estado en situación de causar ese desplazamiento mediante la orden.
4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.
5. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

*p) La desprotección de los heridos y enfermos*

Los artículos 7 y 8 del Protocolo II de 1977 desarrollan la protección contenida en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 de “recoger y asistir” a los enfermos y heridos.<sup>279</sup> Según el artículo 7 del Protocolo II de 1977:

1. Todos los heridos, enfermos y náufragos, hayan o no tomado parte en el conflicto armado, serán respetados y protegidos.

---

<sup>279</sup> Sobre este tema véase Vicente Otero Solana, “La protección de los heridos, enfermos y náufragos, del personal sanitario y religioso, y de los medios auxiliares”, en Jose Luis Rodríguez-Villasante Prieto (coord.), *Derecho Internacional Humanitario*, ob. cit., pp. 274-309.

2. En toda circunstancia serán tratados humanamente y recibirán, en toda la medida de lo posible y en el plazo más breve, los cuidados médicos que exija su estado. No se hará entre ellos distinción alguna que no esté basada en criterios médicos.

Según el comentario al párrafo 1 del artículo 7, respetar significa “perdonar la vida, no atacar por ningún motivo”. Consiste en una obligación de abstenerse de todo acto hostil, y es completada por el deber de proteger que significa “salir en defensa de alguien, prestar auxilio y apoyo”. Esta disposición implica que se deben tomar acciones

...para apartar, en la medida de sus posibilidades, a los heridos, a los enfermos y a los náufragos de los combates y ponerlos a resguardo, velando por que sean efectivamente respetados, es decir, que nadie se aproveche de su situación de debilidad para maltratarlos, robarles sus efectos o perjudicarlos de cualquier modo que sea. El deber de respeto y protección se impone a todos, tanto a las fuerzas armadas o a los grupos armados, como a la población civil.<sup>280</sup>

La definición de los heridos y de los enfermos protegidos por el derecho humanitario en conflictos armados no internacionales se basa en criterios de necesidad de tener cuidados médicos y abstenerse de todo acto de hostilidad.<sup>281</sup> Sin embargo, “...un herido o un enfermo que continuara combatiendo no sería considerado como tal en el sentido del Protocolo y no tendría, por consiguiente, derecho a la protección del presente artículo”, ya que la definición difiere de la acepción ordinaria de los términos enfermo o herido,<sup>282</sup> dado que estaría participando directamente en las hostilidades.

---

<sup>280</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, *Comentarios del Protocolo de 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios*, ob. cit., párr. 4635.

<sup>281</sup> *Ibíd.*, párr. 4638. En el Capítulo I, p. 128, se transcriben las definiciones que ofrece el artículo 8 del Protocolo I de 1977 sobre heridos, enfermos y náufragos.

<sup>282</sup> *Ibíd.*, párr. 4639.

Además, con base en el numeral 2 del artículo 7 del Protocolo II de 1977: “En toda circunstancia serán tratados humanamente y recibirán, en toda la medida de lo posible y en el plazo más breve, los cuidados médicos que exija su estado. No se hará entre ellos distinción alguna que no esté basada en criterios médicos”.<sup>283</sup> El trato humano es un principio general que se deriva del respeto y de la protección, y que vale en todo tiempo y en todo lugar. En definitiva, se trata de una reafirmación de las garantías fundamentales del artículo 4 del mismo Protocolo respecto de los heridos, enfermos y náufragos.<sup>284</sup>

En materia de cuidados médicos, a la hora de determinar si existió o no una infracción hay que tener en cuenta los medios y el personal disponibles. Por último, existe la obligación de no hacer ninguna distinción entre los pacientes que se base en criterios diferentes a los médicos. Solamente la urgencia y la deontología deben dictar las prioridades de los cuidados que se han de proporcionar.

El Código Penal, en su artículo 145, tipifica como actos de barbarie, entre otros:

El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado y fuera de los casos especialmente previstos como delitos y sancionados con pena mayor, realice actos de ...atacar a persona fuera de combate, de abandonar a heridos o enfermos, o realice actos dirigidos a no dejar sobrevivientes o a rematar a los heridos y enfermos u otro tipo de actos de barbarie prohibidos en tratados internacionales ratificados por Colombia.

---

<sup>283</sup> Según el *Customary International Humanitarian Law*, es norma consuetudinaria para conflictos armados internacionales y no internacionales, la siguiente: “Norma 110. Los heridos, los enfermos y los náufragos recibirán cuanto antes, en la medida de lo posible, los cuidados médicos que exija su estado. No se hará entre ellos ninguna distinción que no esté basada en criterios médicos”. Véase International Committee of the Red Cross, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Rules, ob. cit., pp. 400 a 403.

<sup>284</sup> *Ibíd.*, párr. 4644.

*q) Atacar al personal sanitario y religioso*

Conforme al artículo 9 del Protocolo II de 1977, el personal sanitario y religioso debe ser respetado y protegido. No obstante, para beneficiarse de la protección consagrada en ese instrumento, este personal debe abstenerse de todo acto de hostilidad.<sup>285</sup>

El concepto de respeto implica “no atacar”.<sup>286</sup> “La protección del personal sanitario y religioso es válida durante toda la duración de la misión, incluidos los intervalos en los que no ejerce momentáneamente su función”.<sup>287</sup> Conviene tener en cuenta que los médicos y el personal paramédico civil que cuidan a los heridos y a los enfermos sin ser miembros del personal sanitario, se benefician de la protección del artículo 10 del Protocolo II de 1977, relativo a la protección de la misión médica.<sup>288</sup>

Conforme al artículo 8.2.e.ii del Estatuto de la Corte Penal Internacional, constituye un crimen de guerra en relación con los conflictos armados no internacionales “[d]irigir intencionalmente ataques ...contra el personal habilitado para utilizar los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional”.

El párrafo del artículo 135 del Código Penal establece que son personas protegidas, entre otras, el personal sanitario y religioso. En

<sup>285</sup> *Ibíd.*, párr. 4673. Según el *Customary International Humanitarian Law*, son normas consuetudinarias para conflictos armados internacionales y no internacionales, las siguientes: “Norma 25. El personal sanitario exclusivamente destinado a tareas médicas será respetado y protegido en todas las circunstancias. Perderá su protección si, al margen de su función humanitaria, comete actos perjudiciales para el enemigo. Norma 26. Queda prohibido castigar a alguien por realizar tareas médicas conformes con la deontología u obligar a una persona que ejerce una actividad médica a realizar actos contrarios a la deontología. Norma 27. El personal religioso exclusivamente destinado a actividades religiosas será respetado y protegido en todas las circunstancias. Perderá su protección si, al margen de su función humanitaria, comete actos perjudiciales para el enemigo”. Véase International Committee of the Red Cross, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Rules, ob. cit., pp. 79 a 91.

<sup>286</sup> *Ibíd.*, párr. 4674.

<sup>287</sup> *Ibíd.*, párr. 4675.

<sup>288</sup> *Idem.*

esa medida, hechos perpetrados contra esas personas pueden constituir delitos conforme al Título II del Libro II del Código Penal. Como tipo penal autónomo existe el artículo 153 para quien “obstaculice o impida al personal médico, sanitario o de socorro o a la población civil la realización de las tareas sanitarias y humanitarias”.

*r) Atacar las unidades y los medios de transporte sanitarios*

De forma semejante a la protección de personal sanitario y religioso, y a la protección de la misión médica, la protección general de las unidades y los medios de transporte sanitario, reconocida en el artículo 11 del Protocolo II de 1977, es indispensable para poner en práctica el principio de protección y respeto a los heridos y enfermos, consagrado en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, y desarrollado en el artículo 7 del Protocolo II de 1977. Al igual que la protección de personal sanitario y religioso, la protección de unidades y medios de transporte sanitarios se refiere tanto a unidades y medios civiles como militares, ya sean permanentes o temporales.

La obligación de respeto y protección de las unidades y medios de transporte sanitarios “implican no sólo la obligación de no atacar, sino también la de tomar activamente medidas para que las unidades y medios de transporte estén en condiciones de cumplir sus funciones y de prestar asistencia en caso de necesidad”.<sup>289</sup> Esta obligación persiste “‘en todo momento’ es decir, incluso cuando aún no haya heridos o pacientes en ellos, o ya no los haya momentáneamente, a condición claro está, de que su dedicación a fines sanitarios siga siendo exclusiva”.<sup>290</sup>

<sup>289</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, *Comentarios del Protocolo de 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios*, ob. cit., párr. 4714.

<sup>290</sup> *Ibíd.*, párr. 4716. Según el *Customary International Humanitarian Law*, son normas consuetudinarias para conflictos armados internacionales y no internacionales, las siguientes: “Norma 28. Las unidades sanitarias exclusivamente destinadas a tareas sanitarias serán respetadas y protegidas en todas las circunstancias. Perderán su protección si se utilizan, al margen de su función humanitaria, para cometer actos perjudiciales para el enemigo. Norma 29. Los medios de transporte

El artículo 12 del Protocolo II de 1977 sobre el signo distintivo hace visible la protección al permitir identificar la unidad o el medio de transporte sanitario.<sup>291</sup> No obstante, cabe señalar que el empleo del signo distintivo, y en general las condiciones de utilización de las unidades y los medios de transporte sanitario, deben ser reglamentados por la autoridad competente de la que dependan, para evitar los abusos y hacer aplicar las normas de protección.

Las unidades y los medios de transporte sanitarios están obligados a observar una estricta neutralidad, es decir, a no inmiscuirse de ninguna manera en las operaciones militares. Puede suceder, sin embargo, que una unidad o un medio de transporte sanitario, ateniéndose estrictamente a su misión, sea involuntariamente una molestia o un obstáculo táctico. Esta presencia podría ser interpretada equivocadamente como un acto hostil, pero no por ello cesa la protección. Sólo cesa cuando la unidad o el medio de transporte se utilice al margen de sus tareas humanitarias.<sup>292</sup>

La protección cesa cuando una unidad o un medio de transporte sanitario es utilizada para cometer un acto hostil (párrafo 2 del art. 11 del Protocolo II de 1977). El adversario conminará a la unidad o al medio de transporte a que ponga fin a su acción hostil y le dará un plazo, después del cual podrá atacar si éste no obedece la orden. Como los pacientes, heridos o enfermos no son responsables de los

---

sanitarios exclusivamente destinados al transporte sanitario serán respetados y protegidos en todas las circunstancias. Perderán su protección si se utilizan, al margen de su función humanitaria, para cometer actos perjudiciales para el enemigo". Véase International Committee of the Red Cross, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Rules, ob. cit., pp. 91 a 102.

<sup>291</sup> Según el *Customary International Humanitarian Law*, es norma consuetudinaria para conflictos armados internacionales y no internacionales, la siguiente: "Norma 30. Quedan prohibidos los ataques directos contra el personal y los bienes sanitarios y religiosos que ostenten los signos distintivos estipulados en los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional". Véase International Committee of the Red Cross, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Rules, ob. cit., pp. 102 a 104.

<sup>292</sup> *Ibíd.*, párr. 4722.

actos ilícitos cometidos por el personal que los cuida, gozan de las garantías de humanidad (art. 4 y 7 del Protocolo II de 1977).<sup>293</sup>

El artículo 8.2.e.ii del Estatuto de la Corte Penal Internacional señala que es un crimen de guerra en relación con los conflictos armados internos dirigir ataques intencionales contra unidades y vehículos sanitarios. Los Elementos de los Crímenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional señalan como elementos del crimen de guerra de dirigir ataques contra bienes o personas que utilicen emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra (art. 8 2.e.ii) los siguientes:

1. Que el autor haya atacado a una o más personas, edificios, unidades o medios de transporte sanitarios u otros bienes que utilizaban de conformidad con el derecho internacional un emblema distintivo u otro método de identificación que indicaba que gozaban de protección con arreglo a los Convenios de Ginebra.
2. Que el autor haya tenido la intención de atacar esas personas, edificios, unidades o vehículos u otros objetos que utilizaban esa identificación.
3. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.
4. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Aunque el artículo 174 del Código Penal Militar sobre devastación sanciona “[e]l que en actos del servicio y sin justa causa ...ataque hospitales o asilos de beneficencia señalados con los signos convencionales...”, como se indicó, esta conducta no tiene relación con el servicio de la fuerza pública y, en su defecto, se debe aplicar el tipo del Código Penal ordinario. El artículo 155 del Código Penal tipifica la destrucción de bienes e instalaciones de carácter sanitario:

---

<sup>293</sup> *Ibíd.*, párrs. 4725, 4726 y 4727.

El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, sin justificación alguna basada en imperiosas necesidades militares, y sin que haya tomado previamente las medidas de protección adecuadas y oportunas, ataque o destruya ambulancias o medios de transporte sanitarios, hospitales de campaña o fijos, depósitos de elementos de socorro, convoyes sanitarios, bienes destinados a la asistencia y socorro de las personas protegidas, zonas sanitarias y desmilitarizadas, o bienes e instalaciones de carácter sanitario debidamente señalados con los signos convencionales de la Cruz Roja o de la Media Luna Roja...

*rr) La omisión de medidas de protección a la población civil y de asistencia humanitaria*

La omisión del deber de respeto del derecho humanitario es una conducta que debe ser sancionada por los Estados en su legislación interna tal como lo estipula el ordinal 1 del artículo 86 del Protocolo I de 1977: “[l]as Altas Partes Contratantes y las Partes en conflicto deberán reprimir las infracciones graves y adoptar las medidas necesarias para hacer que cesen todas las demás infracciones de los Convenios y del presente Protocolo que resulten del incumplimiento del deber de actuar”. Ya el Convenio III de 1949 en su artículo 13 señala que “está prohibido y será considerado como infracción grave contra el presente Convenio, todo acto ilícito o toda omisión ilícita por parte de la potencia detenedora, que comporte la muerte o ponga en grave peligro la salud de un prisionero de guerra en su poder”. Según los Comentarios a la disposición del Protocolo I de 1977 “...la responsabilidad de una violación por omisión sólo puede establecerse si la persona concernida se ha abstenido de actuar cuando tenía el deber de hacerlo”.<sup>294</sup> Es decir, “implica un no hacer consciente y voluntario cuando se estaba en la obligación jurídica de hacer”.<sup>295</sup>

<sup>294</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, *Comentarios del Protocolo de 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)*, tomo II, ob. cit., párr. 3537.

<sup>295</sup> Diego Fernando Victoria Ochoa, *Delitos contra las personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario*, ob. cit., p. 201.

Dando cumplimiento a esta obligación internacional de sancionar las omisiones del deber de respeto del derecho humanitario, el Código Penal establece dos tipos penales sobre este particular, así: el artículo 152 señala la omisión de medidas de socorro y asistencia humanitaria, y el artículo 161 establece la omisión de medidas de protección de la población civil. Según el primer artículo “[e]ll que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado y estando obligado a prestarlas, omita las medidas de socorro y asistencia humanitarias a favor de las personas protegidas, incurrirá en...”, y de acuerdo con el segundo “[e]ll que con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, estando obligado a hacerlo, omita la adopción de medidas para la protección de la población civil, incurrirá en...”.

La determinación de quién “está obligado a prestar” esas medidas es competencia del derecho nacional, pero la definición de cuáles son esas medidas es competencia del derecho humanitario. “Dicho de otro modo, el derecho nacional establece las competencias, los poderes y los deberes de los agentes civiles o militares del Estado, pero el derecho internacional condiciona su ejercicio en el ámbito sujeto a su reglamentación”.<sup>296</sup>

¿Quién está obligado a prestar medidas de socorro y asistencia humanitaria a favor de las personas protegidas? Según el *Customary International Humanitarian Law*, son normas consuetudinarias para conflictos armados internacionales y no internacionales, las siguientes: “Norma 109. Cuando las circunstancias lo permitan, y en particular después de un combate, las partes en conflicto tomarán sin demora todas las medidas posibles para buscar, recoger y evacuar a los heridos, los enfermos y los náufragos sin distinción desfavorable alguna. Norma 111. Las partes en conflicto tomarán todas las medidas posibles para proteger a los heridos, los enfermos y los náufragos contra los malos tratos y el pillaje de sus pertenencias”.<sup>297</sup> Es el

---

<sup>296</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, *Comentarios del Protocolo de 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)*, tomo II, ob. cit., párr. 3537.

<sup>297</sup> Véase International Committee of the Red Cross, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Rules, ob. cit., pp. 396 a 339 y 403 a 405.

personal sanitario, sea militar o civil, de las partes en conflicto el que está dedicado a “la búsqueda, recogida, transporte, diagnóstico, tratamiento (incluidos los primeros auxilios) de los heridos, enfermos o náufragos, así como la prevención de las enfermedades” (art. 8 c y e del Protocolo I de 1977).

Vale la pena señalar que otros sujetos, aunque no de manera obligada, prestan servicios de asistencia y socorro. Entre éstos se encuentra el personal sanitario de las sociedades nacionales de la Cruz Roja, como es el caso de la Cruz Roja colombiana, y otras sociedades nacionales voluntarias de socorro debidamente reconocidas y autorizadas por una parte en conflicto (art. 18.1 del Protocolo II de 1977),<sup>298</sup> como es el caso de la Defensa Civil, una entidad pública adscrita al Ministerio de Defensa (Decreto 2341 de 1971); el personal sanitario de los organismos humanitarios internacionales autorizados y reconocidos por las partes en conflicto, como el Comité Internacional de la Cruz Roja y Médicos sin Fronteras. Por último, es un deber constitucional de solidaridad social que las personas y los ciudadanos respondan con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas (numeral 2 del art. 95 de la Constitución Política). A su vez, la frase final del primer inciso del artículo 18 del Protocolo II de 1977 señala que “[l]a población civil puede, incluso, por propia iniciativa, ofrecerse para recoger y cuidar los heridos, enfermos y náufragos”.<sup>299</sup>

¿Cuáles son las omisiones relacionadas con las medidas de socorro y asistencia humanitaria a favor de las personas protegidas? Corresponden esencialmente a las abstenciones de actuar frente a la protec-

<sup>298</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, *Comentarios del Protocolo de 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios*, ob. cit., párrs. 4664 y 4665.

<sup>299</sup> Según el *Customary International Humanitarian Law*, es norma consuetudinaria para conflictos armados internacionales y no internacionales, la siguiente: “Norma 56. Las partes en conflicto deben garantizar la libertad de movimiento del personal humanitario autorizado, esencial para el ejercicio de sus funciones y que sólo podrá restringirse temporalmente en caso de necesidad militar imperiosa”. Véase International Committee of the Red Cross, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Rules, ob. cit., pp. 200 a 202.

ción, el respeto y el cuidado de los heridos, enfermos y náufragos y de la propia población civil. En el Capítulo I se explica con más detalle en qué consisten estas medidas de protección, respeto y cuidado cuando se hace referencia al contenido del Protocolo II de 1997.<sup>300</sup> El numeral a) del artículo 61 del Protocolo I de 1977 trae el siguiente listado de tareas de protección civil:

a) se entiende por “protección civil” el cumplimiento de algunas o de todas las tareas humanitarias que se mencionan a continuación, destinadas a proteger a la población civil contra los peligros de las hostilidades y de las catástrofes y a ayudarla a recuperarse de sus efectos inmediatos, así como a facilitar las condiciones necesarias para su supervivencia. Estas tareas son las siguientes:

- i) servicio de alarma;
- ii) evacuación;
- iii) habilitación y organización de refugios;
- iv) aplicación de medidas de oscurecimiento;
- v) salvamento;
- vi) servicios sanitarios, incluidos los de primeros auxilios, y asistencia religiosa;
- vii) lucha contra incendios;
- viii) detección y señalamiento de zonas peligrosas;
- ix) descontaminación y medidas similares de protección;
- x) provisión de alojamiento y abastecimientos de urgencia;
- xi) ayuda en caso de urgencia para el restablecimiento y el mantenimiento del orden en las zonas damnificadas;
- xii) medidas de urgencia para el restablecimiento de los servicios públicos indispensables;
- xiii) servicios funerarios de urgencia;
- xiv) asistencia para la preservación de los bienes esenciales para la supervivencia;

---

<sup>300</sup> Véase supra p. 208 y ss.

xv) actividades complementarias necesarias para el desempeño de una cualquiera de las tareas mencionadas, incluyendo entre otras cosas la planificación y la organización.

¿Quién está obligado a prestar medidas de protección a la población civil? Proteger significa “defender a alguien, socorrerlo y ayudarlo”,<sup>301</sup> “salir en defensa de alguien, prestar auxilio y apoyo”,<sup>302</sup> y según el *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia Española significa “amparar, favorecer, defender, resguardar a una persona de un peligro”. De esta manera, la protección tiene dos facetas, una de defensa y otra de socorro y asistencia. Esta última faceta ya fue examinada en un párrafo anterior, donde se señaló que las partes en conflicto tienen el deber de prestar medidas de socorro y asistencia humanitaria a favor de las personas protegidas.

Constitucionalmente, la defensa de la población están en cabeza de la fuerza pública: “las fuerzas militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y el orden constitucional” (CP, inciso segundo art. 217), y el fin primordial de la policía nacional es “...el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz” (CP, inciso segundo art. 218). La fuerza pública tiene pues una posición de garante derivada de su obligación de respetar los derechos de los asociados y del deber de evitar, en lo posible, que sean víctimas del conflicto, a efectos de que puedan disfrutar de sus derechos: “...desde el punto de vista estrictamente constitucional, resulta claro que las Fuerzas Militares ocupan una posición de

<sup>301</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, *Comentarios del Protocolo de 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)*, tomo I, ob. cit., párr. 446.

<sup>302</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, *Comentarios del Protocolo de 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacionales (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios*, ob. cit., párr. 4635.

garante para el respeto de los derechos fundamentales de los colombianos”.<sup>303</sup>

¿Cuáles son las omisiones vinculadas con las medidas de defensa de la población civil? El artículo 25 del Código Penal establece sobre el particular lo siguiente:

Artículo 25. Acción y omisión. La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión.

Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevare a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley.

Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones:

1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.
2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas.
3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas.
4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente.

---

\* Edgar Lombana Trujillo, magistrado de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, reconoce la posición de garante de la fuerza pública, en los siguientes términos: “No puede desconocerse que tanto el artículo 2 como los artículos 16, 217 y 218 de la Constitución Nacional imponen tanto a las Fuerzas Militares como a la Policía Nacional el deber jurídico que los convierte en garantes de los derechos de los habitantes del territorio nacional y que de allí nace entonces la obligación de proteger esos derechos y por lo tanto de desplegar una constante actividad en su defensa”. “Delitos de omisión”, artículo publicado en la revista *Universitas*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, junio de 2001 (101), p. 258.

<sup>303</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-1184 de 2001, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

Parágrafo. Los numerales 1, 2, 3 y 4 sólo se tendrán en cuenta en relación con las conductas punibles delictuales que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales.

La sentencia citada de la Corte Constitucional también ilustra algunas de estas omisiones. Señala dicha Corporación que omitir el deber de respeto y de garantía constituye una flagrante violación de “la posición de garante” que tienen los agentes del Estado. Cuando estas omisiones no tienen una relación con la misión constitucional de la fuerza pública de proteger a los asociados en sus derechos, no pueden quedar amparados por el fuero penal militar. Tal es el caso, por ejemplo, cuando no se impide la violación de derechos humanos, cuando no se inicia una acción de salvamento para proteger los bienes jurídicos que se encuentran dentro del ámbito de su responsabilidad, cuando se oculta la comisión de un delito ejecutado por otro, y cuando se guarda una identidad estructural con una conducta activa que viole en forma grave un derecho humano, como son los casos de las que se producen en un hecho que desde el inicio es contrario a los derechos humanos, o las que se producen en un hecho que inicialmente era legítimo pero que en su desarrollo se presenta una desviación esencial del curso de la actividad.

### *s) La utilización de medios y métodos de guerra ilícitos*

En el Capítulo I se explicó en detalle el principio de limitación que establece que los medios y métodos de hacer la guerra no son ilimitados, y que por esta razón se prohíben ciertas armas (medios) y la utilización que se haga de las mismas (métodos) porque causan males superfluos o sufrimientos innecesarios.

Ni los Convenios de Ginebra de 1949 ni el Protocolo I de 1977 establecen infracciones graves relacionadas con métodos y medios de guerra. El artículo 3 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia señala como una violación de las leyes o prácticas de la guerra en el literal a) “El empleo de armas tóxicas o de

otras armas concebidas para causar sufrimientos inútiles”. A su vez, el Estatuto de la Corte Penal Internacional establece como crímenes de guerra en los conflictos armados internacionales en su artículo 8.2.b, entre otros:

- xvii) Emplear veneno o armas envenenadas;
- xviii) Emplear gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivo análogo;
- xix) Emplear balas que se abran o aplasten fácilmente en el cuerpo humano, como balas de camisa dura que no recubran totalmente la parte interior o que tengan incisiones;
- xx) Emplear armas, proyectiles, materiales y métodos de guerra que, por su propia naturaleza, causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios o surtan efectos indiscriminados en violación del derecho humanitario internacional de los conflictos armados, a condición de que esas armas o esos proyectiles, materiales o métodos de guerra, sean objeto de una prohibición completa y estén incluidos en un anexo del presente Estatuto en virtud de una enmienda aprobada de conformidad con las disposiciones que, sobre el particular, figuran en los artículos 121 y 123.

Sin embargo, como se indicó,<sup>304</sup> una crítica al Estatuto de la Corte Penal Internacional es que no establece de manera específica como crimen de guerra la utilización de armas de destrucción masiva como son las armas nucleares, biológicas y químicas, y que no establece ningún crimen sobre los métodos y medios de guerra en los conflictos armados no internacionales.

El Código Penal sí contiene un tipo penal especial sobre esta materia como es el artículo 142 sobre la utilización de medios y métodos de guerra ilícitos. Dice la norma: “[e]l que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, utilice medios o métodos de guerra prohibidos o destinados a causar sufrimientos o pérdidas innecesarios o males superfluos incurrirá, por esa sola conducta, en...”. Como se indicó, el método es la utilización de un arma y el medio es el arma como tal. Sobre los alcances de la expresión “males superfluos o sufrimien-

<sup>304</sup> Véase supra p. 274 y ss.

tos innecesarios”, véase lo señalado en el Capítulo I a propósito del principio de limitación, al igual que con las armas y municiones que están proscritas por el derecho humanitario.<sup>305</sup>

Además, el Código Penal, Título XII sobre los delitos contra la seguridad pública, en su artículo 367 alude a la fabricación, importación, tráfico, posesión y uso de armas químicas, biológicas y nucleares:

Artículo 367. Fabricación, importación, tráfico, posesión y uso de armas químicas, biológicas y nucleares. El que importe, trafique, fabrique, almacene, conserve, adquiera, suministre, use o porte armas químicas, biológicas o nucleares, incurrirá en...

La pena se aumentará hasta la mitad si se utiliza la ingeniería genética para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana.

Es decir, este tipo, que no se encuentra dentro del Título II de los delitos contra el derecho humanitario, penaliza la importación, el tráfico, la fabricación, el almacenaje, la conservación, la adquisición, el suministro, el uso o el porte de las llamadas armas de destrucción masiva. Además, la Ley 759 de 2002 –por medio de la cual se dictan normas para dar cumplimiento a la Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción, y se fijan disposiciones con el fin de erradicar en Colombia el uso de las minas antipersonal–, establece en sus artículos 2 y 3 dos nuevos tipos penales que adicionan el artículo 367:

Artículo 367-A. Empleo, producción, comercialización y almacenamiento de minas antipersonal. El texto adicionado por la Ley 759 de 2002 es el siguiente: El que emplee, produzca, comercialice, ceda y almacene, directa o indirectamente, minas antipersonal o vectores específicamente concebidos como medios de lanzamiento o dispersión de minas antipersonal, incurrirá en...

---

<sup>305</sup> Véase supra p. 153 y ss.

No obstante lo anterior, el Ministerio de Defensa Nacional está autorizado a:

Conservar las minas antipersonal que tenga almacenadas de acuerdo al plazo establecido en el artículo 4 de la Ley 554 de 2000 y las que al primero de marzo de 2001 estuviera utilizando para la protección de bases militares, de la infraestructura energética y de comunicaciones, debidamente señalizadas y garantizando la protección de la población civil, dentro de los plazos establecidos en la “Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción, tal como lo dispone el artículo 5 de la Ley 554 de 2000”.

Trasladar las minas antipersonal en cumplimiento del plan de destrucción y exclusivamente con ese propósito.

Retener, conservar y trasladar una cantidad de minas antipersonal para el desarrollo de técnicas de detección, limpieza o destrucción de minas y el adiestramiento en dichas técnicas, que no podrá exceder de mil (1.000) minas.

Si la mina antipersonal posee dispositivo antimanipulación o si se ha armado como trampa explosiva, la pena será de...

Artículo 367-B. Ayuda e inducción al empleo, producción y transferencia de minas antipersonal. Artículo adicionado por el artículo 3 de la Ley 759 de 2002. Es el siguiente: el que promueva, ayude, facilite, estimule o induzca a otra persona a participar en cualquiera de las actividades contempladas en el artículo 367-A del Código Penal, incurrirá en...

Hubiese sido más técnico, desde el punto de vista jurídico, incluir estos tipos penales en el título de delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho humanitario, tanto por la materia como porque el bien jurídico tutelado por este título es más amplio que el de la seguridad pública. Al incluirse bajo este título pareciese que la conducta solo puede ser realizada por agentes del Estado aunque el sujeto activo de estos tipos penales es indeterminado.

### t) *La perfidia*

El concepto de perfidia, cuyo origen se remonta a la Edad Media, consiste en la prohibición de utilizar métodos dirigidos a engañar la buena fe del adversario.

El concepto mismo de perfidia como conducta deshonrosa en la guerra procede de una ética caballeresca que constituye aún el corazón del *jus in bello*, como lo recuerda el historiador militar británico Jhon Keegan: “No hay sustituto para el honor como medio de imponer la decencia en el campo de batalla, nunca lo ha habido y nunca lo habrá. No existen jueces o policías en el lugar donde se produce la muerte en combate”.<sup>306</sup>

“El concepto esencial de perfidia no es difícil de captar: ruptura de la palabra empeñada, deslealtad, infidelidad a las promesas, engaño deliberado y amenaza solapada...”.<sup>307</sup> “La diferencia entre la perfidia y la traición es la diferencia entre la decepción maliciosa y el engaño. Perfidia es lograr que una persona crea algo que es falso, mientras que la traición implica un acto que realmente hiera a una persona. Dentro de las normas del derecho internacional, los términos traición y perfidia son usados indistintamente”.<sup>308</sup>

El Protocolo I de 1977, en su artículo 37 prohíbe la perfidia en los siguientes términos:

1. Queda prohibido matar, herir o capturar a un adversario valiéndose de medios péfidos. Constituirán perfidia los actos que, apelando a la buena fe de un adversario con intención de traicionarla, den a entender a éste

<sup>306</sup> Hernando Valencia Villa, *Diccionario de Derechos Humanos*, Espasa Calpe, Madrid, 2003, p. 350.

<sup>307</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, *Comentarios del Protocolo de 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)*, tomo I, ob. cit., párr. 1497.

<sup>308</sup> Roy Gutman y David Rieff, *Crímenes de guerra, lo que debemos saber*, ob. cit., p. 348.

que tiene derecho a protección, o que está obligado a concederla, de conformidad con las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados. Son ejemplos de perfidia los actos siguientes:

- a) simular la intención de negociar bajo bandera de parlamento o de rendición;
- b) simular una incapacitación por heridas o enfermedad;
- c) simular el estatuto de personal civil, no combatiente; y
- d) simular que se posee un estatuto de protección, mediante el uso de signos, emblemas o uniformes de las Naciones Unidas o de Estados neutrales o de otros Estados que no sean Partes en el conflicto.

2. No están prohibidas las estratagemas. Son estratagemas los actos que tienen por objeto inducir a error a un adversario o hacerle cometer imprudencias, pero que no infringen ninguna norma de derecho internacional aplicable en los conflictos armados, ni son péfidos ya que no apelan a la buena fe de un adversario con respecto a la protección prevista en ese derecho. Son ejemplos de estratagemas los actos siguientes: el camuflaje, las añagazas, las operaciones simuladas y las informaciones falsas.

En los comentarios a esta norma se señala:

Esta definición se basa en tres elementos: el llamamiento a la buena fe de un adversario, la intención de traicionar esa buena fe (elementos subjetivos), y de traicionarla en un punto preciso, y la existencia de la protección conferida por el derecho internacional aplicable en los conflictos armados (elemento objetivo)... Invocar deliberadamente y con fines hostiles una protección legal, es el elemento central de la definición de perfidia. El enemigo ataca amparado por la protección que confiere el derecho humanitario, cuyos signos ha usurpado. Es por apelar a la buena fe con intención, o sea, con la voluntad de engañar esa buena fe, por lo que la perfidia adquiere, con respecto a las demás violaciones del derecho internacional, un carácter de ilegalidad "cualificada" que constituye una circunstancia agravante para su autor. Al actuar así destruye la confianza que los combatientes tiene derecho a depositar en las normas

de los conflictos armados, falta al respeto mínimo que incluso los enemigos deben tenerse unos a otros y atenta contra la dignidad de los que llevan las armas. En sus últimas consecuencias, la perfidia destruye las bases necesarias para el restablecimiento de la paz.<sup>309</sup>

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Tercer Informe sobre Colombia, señaló que:

El derecho internacional humanitario prohíbe, en todo conflicto armado, el asesinar, causar heridas o capturar al adversario por medio de actos de perfidia. Sin embargo, de tanto en tanto los grupos armados disidentes en Colombia incurren en este tipo de actos. De acuerdo con la definición que provee el artículo 37 del Protocolo I, la perfidia hace referencia a actos que invitan a la confianza del adversario, simplemente para hacerle creer que él tiene la protección bajo normas del derecho internacional, y para luego traicionar esa confianza.<sup>310</sup>

Las estratagemas están autorizadas por el derecho humanitario:

Ciertos manuales militares, en efecto, hacen una enumeración bastante amplia de los procedimientos comúnmente denominados estratagemas de guerra: realizar ataques por sorpresa, emboscadas, operaciones terrestres, aéreas o navales, simuladas; fingir descanso o inactividad; camuflar tropas, armas, depósitos o posiciones de tiro en el entorno natural o artificial; aprovechar la noche o las condiciones meteorológicas favorables (niebla, etc.); construir instalaciones que no van a utilizarse; instalar aeropuertos falsos; emplazar caños y carros blindados falsos y colocar campos minados ficticios; disponer una pequeña unidad de tal manera que parezca una tropa más numerosa, dotándola de una fuerte vanguardia o de muchos puestos avanzados; transmitir por radio o por la prensa informaciones inexactas; permitir concientemente que el ad-

---

<sup>309</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, *Comentarios del Protocolo de 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)*, tomo I, ob. cit., párr. 1500.

<sup>310</sup> CIDH, *Tercer Informe*, ob. cit., párr. 135.

versario intercepte documentos, planes de operaciones, telegramas o noticias que, de hecho, no se relacionan con la realidad; utilizar las longitudes de onda del enemigo, sus contraseñas y sus códigos telegráficos para transmitir instrucciones falsas; aparentar comunicarse con tropas de refuerzo inexistentes; efectuar lanzamientos ficticios de paracaidistas u operaciones de abastecimiento simuladas; señalar los itinerarios en sentido contrario, desplazar los mojones o falsificar las señales viales; quitar de los uniformes los signos que indican la graduación, la unidad, la nacionalidad o la especialidad; dar a los miembros de una misma unidad militar signos de unidades diferentes para hacer creer al enemigo que se encuentra frente a una fuerza más importante; usar señales con el único propósito de engañar al adversario; emplear métodos de guerra psicológica, incitando a los soldados enemigos a rebelarse, a amotinarse o a desertar, llevando eventualmente armas y medios de transporte; incitar a la población enemiga a alzarse contra su gobierno, etc.<sup>311</sup>

Según el *Customary International Humanitarian Law*, son normas consuetudinarias para conflictos armados internacionales y no internacionales sobre el engaño, las siguientes:

Norma 57. Las estratagemas de guerra no están prohibidas, siempre que no infrinjan alguna norma del derecho internacional humanitario.

Norma 58. Queda prohibido hacer uso indebido de la bandera blanca de parlamento.

Norma 59. Queda prohibido hacer uso indebido de los emblemas distintivos estipulados en los Convenios de Ginebra.

Norma 60. Queda prohibido usar el emblema y el uniforme de las Naciones Unidas, a no ser que lo haya autorizado esta organización.

---

<sup>311</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, *Comentarios del Protocolo de 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)*, tomo I, ob. cit., párr. 1521.

Norma 61. Queda prohibido hacer uso indebido de cualquier otro emblema internacionalmente reconocido.

Norma 62. Queda prohibido hacer uso indebido de las banderas o los emblemas militares, las insignias o los uniformes del adversario.

Norma 63. Queda prohibido usar banderas o emblemas militares, insignias o uniformes de Estados neutrales o de otros Estados que no son partes en el conflicto.

Norma 64. Queda prohibido concertar un acuerdo para suspender los combates con la intención de atacar por sorpresa al enemigo, confiado en ese acuerdo.

Norma 65. Queda prohibido matar, herir o capturar a un adversario valiéndose de medios péfidos.<sup>312</sup>

Según señala el Estatuto de la Corte Penal Internacional en su artículo 8.2.e.ix, se considera un crimen de guerra, en el marco de conflictos armados no internacionales, “matar o herir a traición a un combatiente enemigo”. Son elementos de este crimen, al tenor del Estatuto de la Corte Penal Internacional:

1. Que el autor se haya ganado la confianza de uno o más combatientes adversarios y les haya hecho creer que tenían derecho a protección o que él estaba obligado a protegerlos en virtud de las normas del derecho internacional aplicable a los conflictos armados.
2. Que el autor haya tenido la intención de traicionar esa confianza.
3. Que el autor haya dado muerte o herido a esa persona o personas.
4. Que el autor, al matar o herir, haya aprovechado la confianza que se había ganado.
5. Que esa persona o personas haya pertenecido a una parte adversa.

---

<sup>312</sup> Véase International Committee of the Red Cross, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Rules, ob. cit., pp. 203 a 223.

6. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.
7. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

El artículo 143 del Código Penal define como delito de perfidia:

El que con ocasión y en desarrollo de conflicto armado y con el propósito de dañar o atacar al adversario, simule la condición de persona protegida o utilice indebidamente signos de protección como la Cruz Roja o la Media Luna Roja, la bandera de las Naciones Unidas o de otros organismos intergubernamentales, la bandera blanca de parlamento o de rendición, banderas o uniformes de países neutrales o de destacamentos militares o policiales de las Naciones Unidas u otros signos de protección contemplados en tratados internacionales ratificados por Colombia, incurrirá...

En igual pena incurrirá quien, con la misma finalidad, utilice uniformes del adversario.

La situación prevista en el segundo inciso es perfidia en el entendido de que la finalidad es la utilización indebida del uniforme de la parte enemiga. Este tipo penal incluye también como perfidia el uso indebido de signos reconocidos que apelan a la buena fe de los combatientes, así como lo hace el literal f del numeral 3 del artículo 85 del Protocolo I de 1977: “hacer uso pérfido, en violación del artículo 37, del signo distintivo de la cruz roja, de la media luna roja o del león y sol rojos o de otros signos protectores reconocidos por los Convenios o el presente Protocolo”. Esta modalidad de perfidia se analiza en el apartado siguiente.

#### *u) El uso indebido del signo distintivo*

La existencia misma de un derecho de los conflictos armados implica el reconocimiento de signos de protección. De hecho, el uso de

convenciones de salvaguardia se remonta a la Antigüedad. Así mismo, las necesidades de la guerra siempre han obligado a los beligerantes a mantener relaciones, que se rodeaban de cierto ceremonial.<sup>313</sup>

Según el artículo 12 del Protocolo II de 1977:

Bajo la dirección de la autoridad competente de que se trate, el signo distintivo de la cruz roja, de la media luna roja o del león y sol rojos sobre fondo blanco será ostentado tanto por el personal sanitario y religioso como por las unidades y los medios de transporte sanitarios. Dicho signo deberá respetarse en toda circunstancia. No deberá ser utilizado indebidamente.

La identificación del personal que asiste a los heridos, enfermos y náufragos, los lugares en que se albergan y los medios de locomoción utilizados para transportarlos, tiene como finalidad hacer que esa protección sea efectiva.<sup>314</sup> La obligación de respetar en toda circunstancia el signo distintivo es absoluta y válida en todo tiempo y lugar, con la excepción introducida en el artículo 11.2 del Protocolo II de 1977, es decir, cuando una unidad o un medio de transporte sanitario sea utilizado para cometer un acto hostil.

El Protocolo I de 1977, en sus artículos 38 y 39, prohíbe el uso indebido de los emblemas reconocidos:

#### Artículo 38. Emblemas reconocidos

1. Queda prohibido hacer uso indebido del signo distintivo de la cruz roja, de la media luna roja o del león y sol rojos o de otros emblemas, signos o señales establecidos en los Convenios o en el presente Protocolo. Queda prohibido también abusar deliberadamente, en un conflicto armado, de otros emblemas, signos o señales protectores in-

<sup>313</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, comentario del Protocolo..., ob. cit., Protocolo I, Tomo I, párr. 1526.

<sup>314</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, *Comentarios del Protocolo de 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios*, ob. cit., párr. 4729.

ternacionalmente reconocidos, incluidos la bandera de parlamento y el emblema protector de los bienes culturales.

2. Queda prohibido hacer uso del emblema distintivo de las Naciones Unidas, salvo en los casos en que esa Organización lo autorice.

#### Artículo 39. Signos de nacionalidad

1. Queda prohibido hacer uso en un conflicto armado de las banderas o de los emblemas, insignias o uniformes militares de Estados neutrales o de otros Estados que no sean Partes en el conflicto.
2. Queda prohibido hacer uso de las banderas o de los emblemas, insignias o uniformes militares de Partes adversas durante los ataques, o para cubrir, favorecer, proteger u obstaculizar operaciones militares.
3. Ninguna de las disposiciones del presente artículo o del artículo 37, párrafo 1, d), afectará a las normas existentes de derecho internacional generalmente reconocidas que sean aplicables al espionaje o al uso de la bandera en el desarrollo de los conflictos armados en el mar.

El artículo 85.3.f del Protocolo I de 1977 consagra como una infracción grave “hacer uso péfido, en violación del artículo 37, del signo distintivo de la cruz roja, de la media luna roja o del león o sol rojos o de otros signos protectores reconocidos por los Convenios o el presente Protocolo”. El artículo 8.2.b.vii. del Estatuto de la Corte Penal Internacional establece como crimen de guerra en los conflictos armados internacionales “[u]tilizar de modo indebido la bandera blanca, la bandera nacional o las insignias militares o el uniforme del enemigo o de las Naciones Unidas, así como los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra, y causar así la muerte o lesiones graves”.

El artículo 143 del Código Penal señala que:

El que con ocasión y en desarrollo de conflicto armado ...utilice indebidamente signos de protección como la Cruz Roja o la Media Luna Roja, la bandera de las Naciones Unidas o de otros organismos intergubernamentales, la bandera blanca de parlamento o de rendición, banderas o uniformes de países neutrales o de destacamentos militares o policiales

de las Naciones Unidas u otros signos de protección contemplados en tratados internacionales ratificados por Colombia, incurrirá...

El tipo penal, al igual que los artículos 38 y 39 del Protocolo I de 1977, prohíbe todo uso indebido y no solamente todo uso péfido, es decir, que tenga como resultado matar o herir,<sup>315</sup> como sí lo hace el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Como se observa, no es unánime el listado de los signos que traen las diversas normas internacionales y nacionales. Finalmente, el artículo 13 de la Ley 875 de 2004 establece que los servidores públicos que abusen del emblema de la Cruz Roja en tiempo de conflicto armado incurrirán, además, en falta gravísima de acuerdo con lo establecido en el Código Disciplinario Único. Esta última ley citada regula el uso del emblema de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y otros emblemas protegidos por los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, y sus protocolos adicionales y los artículos 5, 6, 14 y 18 de esa Ley fueron reglamentados por el Decreto 138 de 2005.

#### *v) Forzar a servir en la parte enemiga*

El artículo 130 del Convenio III de Ginebra de 1949 señala como infracción grave el “forzar a un prisionero de guerra a servir en las fuerzas armadas de la Potencia enemiga”, y el artículo 147 del Convenio IV de 1949 estipula a su vez como infracción grave “el hecho de forzar a una persona protegida a servir en las fuerzas armadas de la Potencia enemiga”. A su vez, el artículo 2 e del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia señala como infracción a los Convenios de Ginebra “obligar a un prisionero o a un civil a servir en las fuerzas armadas enemigas”, y el artículo 8.2.a.v del Estatuto de la Corte Penal Internacional señala como crimen de guerra de carácter internacional “obligar a un prisionero de guerra o a otra

---

<sup>315</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, *Comentarios del Protocolo de 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)*, tomo I, ob. cit., párr. 1532.

persona protegida a prestar servicio en las fuerzas de una Potencia enemiga”. Los elementos de este crimen del Estatuto de la Corte Penal Internacional son los siguientes:

1. Que el autor haya obligado a una o más personas, mediante hechos o amenazas, a participar en operaciones bélicas dirigidas contra el país o las fuerzas armadas de esa persona o personas, o a servir en las fuerzas de una potencia enemiga.
2. Que esa persona o personas hayan estado protegidas en virtud de uno o más de los Convenios de Ginebra de 1949.
3. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían esa protección.
4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.
5. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Esta infracción prohíbe que la parte en conflicto obligue a prestar servicio en su propia fuerza a los combatientes capturados o a las personas protegidas del Estado o Estados enemigos. Uno de los propósitos de castigar a quien en un conflicto armado internacional obligue a un prisionero de guerra o a una persona protegida a estar sujeto a la parte enemiga haciendo lo que ella quiere o dispone, es para no acusar posteriormente a esa persona protegida o al prisionero de guerra de posibles ilícitos vinculados con la traición de la patria.

El Código Penal la tipifica en su artículo 150 bajo el nombre de constreñimiento a apoyo bélico en estos términos: “[e]l que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, constriña a persona protegida a servir de cualquier forma en las fuerzas armadas de la parte adversa incurrirá en...”. Es lógico que en un conflicto armado internacional la parte adversa no obligue a servir en su favor a personas protegidas por el Estado enemigo o a prisioneros de guerra. Sin embargo, en los conflictos armados no internacionales ¿cuál es la parte adversa para una persona protegida? Si la población civil como tal

debe estar por fuera del conflicto armado y no debe participar en las hostilidades, ¿para un civil quién es la parte adversa en un conflicto armado no internacional? Si se es estricto, a la luz del derecho humanitario, ninguna, ni las fuerzas estatales ni las fuerzas ilegales. Por esta razón es nuestro criterio que la expresión “persona protegida” del tipo penal debe restringirse en casos de conflictos armados no internacionales a quienes hubiesen participado directamente en las hostilidades y caigan en poder de la parte en conflicto enemiga. Es el caso de que en el conflicto armado colombiano un miembro de un grupo armado no estatal obligue a un agente de la fuerza pública que esté privado de libertad bajo su custodia y que sea rehén, a hacer o ejecutar alguna cosa vinculada con el conflicto armado a favor y en nombre de esa organización, o lo contrario, por ejemplo, que un soldado o policía obligue a un guerrillero capturado o a un miembro de las autodefensas que esté capturado a realizar algo relacionado con el conflicto armado a favor y en nombre del Ejército o de la Policía.

*w) Atacar bienes indispensables para la supervivencia de la población civil*

El artículo 14 del Protocolo II de 1977 “prohíbe atacar, destruir, sustraer o inutilizar... los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, tales como los artículos alimenticios y las zonas agrícolas que las producen, las cosechas, el ganado, las instalaciones y reservas de agua potable y las obras de riego”,<sup>316</sup> cuando tengan por finalidad hacer padecer hambre a la población civil.<sup>317</sup> El término

<sup>316</sup> En relación con el derecho al agua, “[e]n tiempos de conflicto, los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales no hacen mención formal a este derecho. El agua se incluye de manera general en el régimen de alimentación y abastecimiento. De esta manera goza de la misma protección que el derecho humanitario concede a la alimentación y a los bienes esenciales para la supervivencia de la población”. Bouchet-Saulnier, *Diccionario práctico de derecho humanitario*, ob. cit., p. 44.

<sup>317</sup> Según el *Customary International Humanitarian Law*, son normas consuetudinarias para conflictos armados internacionales y no internacionales, las siguientes: “Norma 53. Queda prohibido, como método de guerra, hacer padecer hambre a la población civil. Norma 54. Queda prohibido atacar, destruir, sustraer

“hambre” debe ser interpretado en el sentido de hambruna, es decir, “hambre grande, escasez generalizada de alimentos”, según el *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia Española. La lista de bienes protegidos es solamente indicativa, y los actos señalados no son limitativos. Igualmente, la omisión deliberada de abastecer a una población de los bienes indispensables para su supervivencia puede convertirse en un método de combate por abstención, prohibido en este artículo. Esta norma “...no hace más que explicitar el artículo 3 común, el cual impone a las partes en conflicto la obligación de garantizar un trato humano a todas las personas que no participan en las hostilidades, prohibiendo, en particular, los atentados contra la vida...”.<sup>318</sup>

El arma de asedio más antigua es el hambre.<sup>319</sup> “Una característica típica de las nuevas guerras es la existencia de numerosos controles que vigilan los suministros de alimentos y artículos de primera necesidad”.<sup>320</sup> “[E]l bloqueo y el asedio siguen siendo métodos de combate lícitos, a condición de que estén dirigidos exclusivamente contra combatientes”.<sup>321</sup>

...[E]l bloqueo consiste en interrumpir los intercambios marítimos de un país o de una de sus provincias costeras. Asediar o poner sitio es cercar una localidad enemiga privando a los que se hallan en el interior de toda comunicación para obligarlos a rendirse. El bloqueo tiene esencialmente

---

o inutilizar los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil”. Véase International Committee of the Red Cross, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Rules, ob. cit., pp. 186 a 193.

<sup>318</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, *Comentarios del Protocolo de 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios*, ob. cit., párr. 4794.

<sup>319</sup> Wolfgang Sofsky, *Tiempos de horror, amok, violencia, guerra*, Siglo XXI, Madrid, 2004, p. 116.

<sup>320</sup> Mary Kaldor, *Las nuevas guerras. La violencia organizada en la era global*, Tusquets, Barcelona, 2001, p. 133.

<sup>321</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, *Comentarios del Protocolo de 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios*, ob. cit., párr. 4796.

por objeto impedir el aprovisionamiento necesario para la lucha armada (material militar) y no está dirigido especialmente contra los civiles. Pero de hecho, estos últimos son, la mayoría de las veces, los primeros afectados, especialmente los niños. Pasa lo mismo en una situación de sitio, en la que los civiles son los primeros en sufrir las consecuencias.<sup>322</sup>

La Defensoría del Pueblo se refiere al bloqueo en los siguientes términos:

El bloqueo, en sentido amplio, es un método de hacer la guerra que consiste en impedir total o parcialmente la circulación de personas y bienes con la finalidad de eliminar o disminuir la capacidad militar del enemigo. Se busca, de esta forma, la derrota del adversario por falta de aprovisionamientos.

Con el bloqueo se pretende, igualmente, obstruir el acceso al enemigo de bienes destinados a la guerra, tal es el caso de las armas y municiones. Así mismo, entorpecer el paso de bienes, que dependiendo de las circunstancias, pueden ser útiles en el esfuerzo militar, como es el caso de los alimentos. Con frecuencia se busca hacer padecer hambre al enemigo.

El bloqueo como método de guerra no está prohibido por el derecho internacional humanitario. Incluso, en el artículo 42 de la Carta de las Naciones Unidas se autoriza al Consejo de Seguridad para que, con el objeto de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales, pueda imponer bloqueos por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres.<sup>323</sup>

Como la prohibición de hacer padecer hambre a la población civil es una norma que no admite excepciones, suspensión ni menoscabo, en el artículo 18.2 del Protocolo II de 1977, se prevé la organización de acciones de socorro internacionales a favor de la población civil cuando padezca de privaciones excesivas por la falta de abasteci-

---

<sup>322</sup> *Ibíd.*, párr. 4797.

<sup>323</sup> Defensoría del Pueblo, Resolución Defensorial Humanitaria núm. 004, de septiembre 11 de 2001, "Bloqueos", p. 6.

mientos indispensables para su supervivencia. Por tanto, en el caso de que faltaren bienes indispensables, habría que autorizar las acciones internacionales previstas en el artículo 18 con el fin de cumplir la obligación que se deriva del artículo 14.<sup>324</sup>

Normalmente, el privar a la población civil de los bienes indispensables para su supervivencia tiene como consecuencia el desplazamiento de la población, expresamente prohibido en el artículo 17 del Protocolo II de 1977, salvo cuando “lo exijan la seguridad de las personas civiles o razones militares imperiosas”.

El Código Penal tipifica en su artículo 160 “los atentados a la subsistencia y devastación”, sancionando a quien “con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, ataque, inutilice, dañe, retenga o se apodere de bienes o elementos indispensables para la subsistencia de la población civil”.

#### *x) Atacar obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas*

El Protocolo II de 1977 no establece una protección general de los bienes civiles. Sin embargo, las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas son objeto de una protección particular a causa de las graves consecuencias, e incluso la pérdida de muchas vidas humanas entre la población civil, que podría acarrear su destrucción. Según su artículo 15:

Las obras o instalaciones que contienen fuerzas peligrosas, a saber las presas, los diques y las centrales nucleares de energía eléctrica, no serán objeto de ataques, aunque sean objetivos militares, cuando tales ataques puedan producir la liberación de aquellas fuerzas y causar, en consecuencia, pérdidas importantes en la población civil.<sup>325</sup>

<sup>324</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, *Comentarios del Protocolo de 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios*, ob. cit., párr. 4798.

<sup>325</sup> Según el *Customary International Humanitarian Law*, es norma consuetudinaria para conflictos armados internacionales y no internacionales, la siguiente: “Norma 42. Se pondrá especial cuidado al atacar obras e instalaciones que contengan

El listado de bienes que contienen fuerzas peligrosas es ilustrativo, no taxativo, y el alcance de la protección se limita a los casos en que el ataque pueda acarrear muchas pérdidas entre la población civil, ya que esos bienes no están protegidos en sí mismos, sino solamente en la medida en que su destrucción pueda liberar fuerzas peligrosas para la población civil.

Esto significa que, en la eventualidad de que alguna de esas obras o instalaciones fuera un objetivo militar, podría ser atacada si con ello no se pone seriamente en peligro a la población civil. En cambio, la protección es automática, sin tener en cuenta la utilización civil, militar o mixta de la instalación o de la obra, cuando el ataque puede provocar la liberación de fuerzas peligrosas capaces de causar pérdidas importantes entre la población civil.<sup>326</sup>

Este alcance debe dársele a la expresión “sin justificación alguna basada en imperiosas necesidades militares” que aparece en el artículo 157 del Código Penal. La Corte Constitucional, en su sentencia C-291 de 2007 declaró inconstitucional la expresión “debidamente señalados con los signos convencionales” de este tipo penal. Se trataba de un exceso del legislador puesto que el artículo 15 del Protocolo II de 1977 no establece este requisito. En cuanto al signo convencional, según el artículo 56.7 del Protocolo I de 1977:

...las Partes en conflicto podrán marcarlos con un signo especial consistente en un grupo de tres círculos de color naranja vivo a lo largo de un mismo eje, como se indica en el artículo 16 Anexo I del presente Protocolo. La ausencia de tal señalización no dispensará en modo alguno a las Partes en conflicto de las obligaciones dimanantes del presente artículo.

---

fuerzas peligrosas, a saber, presas, diques y centrales nucleares de energía eléctrica, así como otras instalaciones situadas en ellas o en sus proximidades, a fin de evitar la liberación de esas fuerzas y las consiguientes pérdidas importantes entre la población civil”. Véase International Committee of the Red Cross, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Rules, ob. cit., pp. 139 a 142.

<sup>326</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, comentario del Protocolo..., ob. cit., Protocolo I, párr. 4820.

Como la existencia o inexistencia del signo distintivo es facultativa, en el sentido de que su inexistencia no dispensa a las partes en conflicto del cumplimiento de las obligaciones que dimanar tanto del Protocolo I como del Protocolo II (donde no existe una referencia expresa al mismo), no era explicable la exigencia de este requisito en el tipo penal.

El actual artículo 157 del Código Penal fue motivo de una objeción presidencial por inconveniencia, porque según la Presidencia de la República se debió haber consagrado la adopción de medidas de protección adecuadas y oportunas para la población civil, como se tipificaron en el artículo sobre destrucción de bienes de carácter sanitario y en el artículo sobre destrucción o utilización ilícita de bienes culturales y lugares de culto.<sup>327</sup> Sobre esta objeción señaló el Congreso:

Esta objeción no se puede aceptar. La conducta definida en el artículo 157 se ha concebido como un delito doloso que se configura cuando se presente el ataque contra obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas sin existir justificación basada en imperiosas necesidades militares, y no se contempla ninguna otra exigencia. Los ataques contra instalaciones que contienen fuerzas peligrosas que produzcan daños colaterales debidos a la no adopción de medidas de protección para la población civil constituirían un delito de carácter culposo, que no es la conducta que se pretende sancionar aquí de forma ejemplar. Por esta razón proponemos dejar el texto del artículo tal como ha sido aprobado en el (sic) Congreso.<sup>328</sup>

El artículo 154 del Código Penal tipifica, además, las conductas que, "...fuera de los casos especialmente previstos como conductas punibles sancionadas con pena mayor, destruyan ...por medios excesivos en relación con la ventaja militar concreta prevista de los bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario". Aunque

<sup>327</sup> *Gaceta del Congreso*, núm. 65, del 17 de marzo de 2000, pp. 10-11.

<sup>328</sup> Acta de Plenaria núm. 22 de la Sesión Ordinaria del día miércoles 31 de mayo de 2000, en *Gaceta del Congreso*, núm. 194, del 9 de junio de 2000, pp. 20-22.

el Código Penal Militar consagra en su artículo 174 el tipo penal de la devastación: “[e]l que en actos del servicio y sin justa causa, destruya ...otros bienes de utilidad pública...”, expresión que puede dar cabida a las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas, como ya se indicó, esta conducta no tiene relación con el servicio de la fuerza pública, y en su defecto se debe aplicar el tipo del Código Penal ordinario.

Un ataque contra un oleoducto o un gasoducto puede considerarse una infracción al derecho humanitario, ya que el petróleo o el gas es una fuerza peligrosa que puede causar pérdidas importantes en la población civil. La sola contaminación del medioambiente producida por los derrames del petróleo afecta la ecología y por tanto a los civiles. Sobre este particular ha dicho la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

Estos grupos también han atacado ...oleoductos. Como se anotó anteriormente, debido a que estas instalaciones tienen un “doble uso” durante las hostilidades, puede que no siempre gocen de inmunidad como presuntos objetos civiles. Sin embargo, para poder decir que un objeto fue legítimamente atacado, el objeto en cuestión debe pasar la prueba de objeto militar en las precisas circunstancias que rodeen el momento del ataque. En otras palabras, el objeto debe hacer una contribución a la acción militar y su destrucción debe ofrecer una “ventaja militar definida”. Aún en aquellos casos en los cuales dichos objetos pueden legítimamente [ser] atacados, el derecho internacional humanitario requiere que el atacante tome precauciones para asegurarse que el daño colateral a la población civil se minimice y también que el atacante ponga fin al ataque si el daño colateral anticipado fuera excesivo en relación con la clara ventaja anticipada en la destrucción del objetivo o su neutralización.

Aunque la Comisión no tiene suficiente información para analizar adecuadamente todos los ataques de los grupos armados disidentes en contra de ... oleoductos, la Comisión cree que, por su alto número, muchos de estos ataques no cumplen con las normas de derecho internacional humanitario... La Comisión no ha recibido información que permita me-

dir qué tan afectada ha sido la población civil por cada uno de estos ataques, que presuntamente resulta en considerable contaminación de agua potable, el suelo, etc.

Sin embargo, la Comisión encuentra difícil creer que, en cada una de dichas ocasiones, los oleoductos constituirían un legítimo objetivo militar cuya destrucción habría dado, en las circunstancias específicas presentadas al momento del ataque, una “ventaja militar definida”...<sup>329</sup>

La Defensoría del Pueblo, en la Resolución Defensorial Humanitaria 007 del 5 de diciembre de 2001, consideró que:

...los ataques contra la infraestructura petrolera del país, constituyen un ataque sistemático de la guerrilla, que ocasiona la destrucción del medio ambiente natural; la contaminación de las fuentes de agua; la pérdida de cultivos y animales y en algunos casos la muerte de personas civiles. ...

Los ataques cometidos contra los oleoductos por parte de los grupos guerrilleros son contrarios al derecho internacional humanitario por las siguientes razones:

- a) Se trata de bienes civiles y por lo tanto no deben ser atacados en ninguna circunstancia.
- b) Están prohibidos los ataques indiscriminados. Como arriba se señaló, se entiende por tales, aquellos ataques cuyos efectos nocivos sobre las personas civiles o los bienes civiles sea imposible limitar. La voladura de oleoductos produce efectos sobre el medio ambiente, cuya nocividad es muy difícil de restringir.
- c) La voladura de oleoductos produce la pérdida de cosechas y ganado; atenta contra las reservas de agua potable y las obras de riego, todos estos considerados bienes civiles por el derecho internacional humanitario.

---

<sup>329</sup> CIDH, *Tercer Informe*, ob. cit., párrs. 141 a 143.

- d) La liberación del petróleo o sus derivados puede causar pérdidas importantes en la población civil por tratarse de una fuerza peligrosa.
- e) La voladura de oleoductos no contribuye eficazmente a la acción militar ni ofrece en las circunstancias en las que se presenta en Colombia una ventaja militar definida...<sup>330</sup>

En una decisión del Consejo de Estado en la que los demandantes solicitaban el reconocimiento de perjuicios materiales y morales por la explosión de un oleoducto, la sección tercera señaló que si bien no hay razón para imputar una falla del servicio contra Ecopetrol,

...esa entidad debe reparar los perjuicios causados a los demandantes porque el ataque estuvo dirigido contra un bien estatal; tuvo como finalidad crear condiciones de zozobra e inestabilidad colectiva; fue realizado por un grupo organizado que se opone en forma abierta al gobierno y en especial a la política petrolera del Estado; la entidad es propietaria de las redes que transportan el combustible.<sup>331</sup>

Sin embargo, en el salvamento de voto de esa misma decisión se dice:

...que los oleoductos, como instalaciones que contienen fuerzas peligrosas, son bienes expresamente protegidos por el DIH ... no puede considerarse, en ningún caso, que un ataque perpetrado contra ellos por la guerrilla constituye la concreción de un riesgo válidamente asumido por el Estado en el marco del conflicto armado y por lo tanto, que su ocurrencia permita atribuirle a éste responsabilidad por los daños ocasionados.<sup>332</sup>

---

<sup>330</sup> Defensoría del Pueblo, Resolución Defensorial Humanitaria núm. 7, del 5 de diciembre de 2001, "Ataques contra oleoductos", p. 9.

<sup>331</sup> Sentencia del 11 de diciembre de 2003 de la sección tercera de la Sala Plena de lo contencioso administrativo del Consejo de Estado (radicación 12.916 -6270- y 13.627 -3627-), C. P. Ricardo Hoyos Duque.

<sup>332</sup> Salvamento de voto de Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Esta decisión, junto con su salvamento de voto, es una muestra de que la jurisprudencia y su evolución no son unánimes en la responsabilidad del Estado por daños causados por lo que el Consejo de Estado denomina actos terroristas.<sup>333</sup>

### *y) Atacar bienes culturales y lugares de culto*

Los bienes culturales y los lugares de culto<sup>334</sup> hacen parte de los bienes protegidos de manera expresa por el Protocolo II de 1977. Según su artículo 16:

Sin perjuicio de las disposiciones de la Convención de La Haya del 14 de mayo de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, queda prohibido cometer actos de hostilidad dirigidos contra los monumentos históricos, las obras de arte o los lugares de culto que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos, y utilizarlos en apoyo del esfuerzo militar.

La expresión “sin perjuicio de” significa que el Protocolo II de 1977 no modifica las condiciones de aplicación de la Convención de La Haya de 1954, que de conformidad con su artículo 19 es expresamente aplicable a las situaciones de conflicto armado no internacional, siempre y cuando el Estado en el que se desarrolle el conflicto haya ratificado esta Convención, como es el caso de Colombia. En caso contrario, solamente se aplicaría el artículo 16 del Protocolo II.<sup>335</sup> La protección de los bienes culturales y de los lugares de culto se garan-

<sup>333</sup> Véase Alier Eduardo Hernández Enríquez, “Evolución jurisprudencial de la responsabilidad del Estado por daños causados por actos terroristas”, mimeo, Medellín, marzo de 2001. El concepto de actos terroristas que utiliza el Consejo de Estado es distinto del que se sostiene en este capítulo.

<sup>334</sup> Sobre este tema véase Juan M. García Labajo, “La protección de bienes culturales en caso de conflicto armado”, en José Luis Rodríguez-Villasante Prieto (coord.), *Derecho Internacional Humanitario*, ob. cit., pp. 401-430.

<sup>335</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, *Comentarios del Protocolo de 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios*, ob. cit., párr. 4832.

tiza por medio de dos prohibiciones complementarias: la de cometer actos de hostilidad y la de utilizar los bienes protegidos en apoyo del esfuerzo militar.<sup>336</sup>

La protección que concede la Convención de La Haya de 1954 puede considerarse más amplia, en cierto sentido, que la otorgada por el Protocolo II de 1977, ya que prescribe, por un lado, la salvaguardia de los bienes culturales contra los efectos previsibles de un conflicto armado, lo que implica la adopción de medidas en tiempo de paz (arts. 3 y 19). Por otro lado, prescribe el respeto de dichos bienes, prohibiendo utilizar sus sistemas de protección y sus proximidades inmediatas para fines que pudieran exponerlos a destrucción o deterioro en caso de conflicto armado, y obliga a abstenerse de todo acto de hostilidad respecto de tales bienes (art. 4.1). Además, los Estados Partes de la Convención se comprometen a prohibir, a impedir y a hacer cesar, en caso necesario, cualquier acto de robo, de pillaje, de ocultación o apropiación de bienes culturales, bajo cualquier forma que se practique, así como todos los actos de vandalismo contra dichos bienes.<sup>337</sup> Conviene destacar que mientras la Convención

<sup>336</sup> *Ibíd.*, párrs. 4845 y 4846. Según el *Customary International Humanitarian Law*, son normas consuetudinarias para conflictos armados internacionales y no internacionales, las siguientes: “Norma 38. Las partes en conflicto deben respetar los bienes culturales: A. En las operaciones militares se pondrá especial cuidado en no dañar los edificios dedicados a fines religiosos o caritativos, a la enseñanza, las artes o las ciencias, así como los monumentos históricos, a no ser que se trate de objetivos militares. B. No serán atacados los bienes que tengan gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos, salvo en caso de necesidad militar imperiosa. Norma 39. Queda prohibido utilizar bienes que tengan gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos para fines que pudieran exponerlos a su destrucción o deterioro, salvo en caso de necesidad militar imperiosa. Norma 40. Las partes en conflicto deben proteger los bienes culturales: A. Queda prohibido confiscar, destruir o dañar intencionadamente los establecimientos dedicados a fines religiosos o caritativos, a la enseñanza, las artes o las ciencias, así como los monumentos históricos y las obras artísticas o científicas. B. Queda prohibida cualquier forma de robo, pillaje o apropiación indebida de bienes que tengan gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos, así como todo acto de vandalismo contra ellos”. Véase International Committee of the Red Cross, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Rules, ob. cit., pp. 129 a 135.

<sup>337</sup> *Ibíd.*, párr. 4834.

prevé la posibilidad de dejar sin efecto las anteriores obligaciones en caso de necesidad militar imperativa (art. 4.2), el artículo 16 del Protocolo estipula la prohibición de cometer cualquier acto de hostilidad, sin excepción.

El artículo 8.2.e.iv del Estatuto del Corte Penal Internacional señala que es un crimen de guerra en el caso de conflictos armados no internacionales: “dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados al culto religioso, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos, los hospitales, a condición de que no sean objetivos militares”. Los Elementos de los Crímenes del Estatuto de la Corte Penal internacional señalan como elementos del crimen de dirigir ataques contra objetos protegidos\* (art. 8 2.e.iv) los siguientes:

1. Que el autor haya lanzado un ataque.
2. Que el ataque haya estado dirigido contra uno o más edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales o los lugares en que se agrupe a enfermos y heridos que no sean objetivos militares.
3. Que el autor haya tenido la intención de dirigir el ataque contra tales edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, monumentos históricos, hospitales o lugares en que se agrupa a enfermos y heridos que no sean objetivos militares.
4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.
5. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Conforme al artículo 15 del Protocolo II de 1999 a la Convención de La Haya de 1954:

---

\* La presencia en la localidad de personas especialmente protegidas en virtud de los Convenios de Ginebra de 1949, o de fuerzas de policía con el único fin de mantener el orden público no la convierte en un objetivo militar. Sobre la participación de la policía en las hostilidades, véase lo señalado en el apartado del principio de distinción en el Capítulo I, supra p. 125.

1. Cometerá una infracción en el sentido de este Protocolo toda persona que, deliberadamente y en violación de la Convención o del presente Protocolo, realice uno de los siguientes actos:

- a) hacer objeto de un ataque a un bien cultural bajo protección reforzada;
- b) utilizar los bienes culturales bajo protección reforzada o sus alrededores inmediatos en apoyo de acciones militares;
- c) causar destrucciones importantes en los bienes culturales protegidos por la Convención y el presente Protocolo o apropiárselos a gran escala;
- d) hacer objeto de un ataque a un bien cultural protegido por la Convención y el presente Protocolo;
- e) robar, saquear o hacer un uso indebido de los bienes culturales protegidos por la Convención, y perpetrar actos de vandalismo contra ellos.

2. Cada Parte adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos, con arreglo a su legislación nacional, las infracciones indicadas en el presente artículo, y para sancionar esas infracciones con penas adecuadas. Al hacer esto, las Partes se conformarán a los principios generales del derecho y del derecho internacional, comprendidas las normas que hacen extensible la responsabilidad penal individual a personas que no han sido autoras directas de los actos.

Sobre los alcances de dicha disposición se ha dicho:

Utilizar con fines militares un bien incluido en la Lista<sup>338</sup> equivaldría a una violación grave del Segundo Protocolo y el infractor estaría sujeto a una sanción penal como criminal de guerra... Así pues, el término “protección reforzada” induce a error. La esencia del sistema es que se aplica a una forma de “protección registrada” o “certificada”. El titular del bien

---

<sup>338</sup> Este Segundo Protocolo crea un nuevo sistema de protección denominado Lista de bienes culturales bajo protección reforzada. Para que un bien pueda incluirse en la Lista debe ser un patrimonio cultural de la mayor importancia para la humanidad, y debe estar protegido por medidas nacionales que reconozcan su valor cultural y garanticen su protección; los Estados deben garantizar que no se utiliza ni utilizará con fines militares (art. 10).

registra o certifica su promesa de que el bien nunca podrá convertirse en objeto de ataque. La ventaja de registrar un bien en la Lista es que un adversario estará particularmente consciente de ello y cualquier ataque contra el bien implicará graves consecuencias para el perpetrador...<sup>339</sup>

El requisito establecido por la Convención de 1954 de que la necesidad militar debe ser “imperativa”, queda suficientemente claro en el artículo 6 del Segundo Protocolo mediante la segunda condición: siempre y cuando no exista otra alternativa. En consecuencia, prácticamente nunca podrá invocarse la necesidad militar para justificar un ataque a los bienes culturales que obstaculicen el paso de un ejército en avanzada, pues casi siempre existen otras alternativas para eludir dichos bienes. Esto quiere decir que cuando se pueda elegir entre varios objetivos militares y uno de ellos es un bien cultural, no deberá atacarse este último. De hecho, esta disposición incluye los bienes culturales entre los objetivos militares que, de conformidad con el artículo 57(3) del Protocolo I, no deberán atacarse.<sup>340</sup>

El Código Penal, en su artículo 156, tipifica la destrucción o utilización ilícita de bienes culturales y lugares de culto, de forma que:

[El] que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, sin justificación alguna basada en imperiosas necesidades militares y sin que previamente haya tomado las medidas de protección adecuadas y oportunas, ataque y destruya monumentos históricos, obras de arte, instalaciones educativas o lugares de culto, que constituyan el patrimonio cultural

---

<sup>339</sup> Jean-Marie Henkaerts, “Nuevas normas para la protección de los bienes culturales durante un conflicto armado: la importancia del Segundo Protocolo a la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 151, septiembre 1999, p. 121.

<sup>340</sup> Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), en Dietrich Schindler y Jiri Toman (dirs.), *The laws of armed conflict: A collection of conventions, resolutions and other documents*, 3 edición, Martinus Nijhoff, Henry Dunant Institute, Dordrecht, Génova, 1988, pp. 745-759, citado en *ibíd.*, p. 111.

o espiritual de los pueblos, *debidamente señalados con los signos convencionales*, o utilice tales bienes en apoyo de esfuerzo militar, incurrirá en...

La expresión “sin justificación alguna” del tipo penal debe interpretarse conforme al Protocolo II de 1999, es decir, siempre y cuando no exista otra alternativa, tal como se acaba de señalar. También la Corte Constitucional, en su sentencia C-291 de 2007 declaró inconstitucional la expresión “debidamente señalados con los signos convencionales” que aparece en *bastardilla*. Este exceso del legislador no se ajustaba a los parámetros internacionales. “La tipificación interna de un crimen internacional no puede desconocer los elementos básicos dados a la figura por el tratado en el cual se define”.<sup>341</sup>

Finalmente, según el artículo 154 del Código Penal, los bienes culturales y los lugares destinados al culto son bienes protegidos por el derecho humanitario y, por tanto, será sancionado el que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, y fuera de los casos especialmente previstos como conductas punibles sancionadas con pena mayor, destruya o se apropie de esos bienes por medios ilegales o excesivos en relación con la ventaja militar concreta prevista. Aunque el Código Penal Militar en su artículo 174 consagra el tipo penal de la devastación: “[e]l que en actos del servicio y sin justa causa, destruya ... templos, archivos, monumentos ...”, como se indicó, esta conducta no tiene relación con el servicio de la fuerza pública y en su defecto se debe aplicar el tipo del Código Penal ordinario.

### *z) Causar daños al medioambiente*

Aunque los daños al medioambiente no son considerados de manera expresa como una infracción grave a los Convenios de Ginebra de 1949 y al Protocolo I de 1977, ni tampoco son un crimen de guerra en el Estatuto de la Corte Penal Internacional para los conflictos armados no internacionales, su protección internacional sí cuenta con

<sup>341</sup> Mario Madrid Malo, *Derechos fundamentales, conózcalos, ejérzalos y defiéndalos*, 3 edición aumentada y actualizada, Panamericana, Bogotá, 2004, p. 130.

respaldo en el derecho humanitario.<sup>342</sup> Ya la Convención de 1976 sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles busca precisamente evitar efectos “vastos duraderos o graves” sobre el medioambiente (art. 1). El artículo 55 del Protocolo I de 1977 establece:

1. En la realización de la guerra se velará por la protección del medio ambiente natural contra daños extensos, duraderos y graves. Esta protección incluye la prohibición de emplear métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar o de los que quepa prever que causen tales daños al medio ambiente natural, comprometiéndose así la salud o la supervivencia de la población.
2. Quedan prohibidos los ataques contra el medio ambiente natural como represalias.

“...[L]a protección del medio ambiente como tal, y no como mero bien de carácter civil, es en la actualidad un principio del derecho internacional humanitario”.<sup>343</sup> “La Corte Internacional de Justicia ha recordado, en el párr. 32 de la Opinión Consultiva sobre la Licitud de la Amenaza o el Empleo de Armas Nucleares, a la resolución [47/37 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 23 de noviembre de 1992] y lo expresado por la misma: ‘[L]a destrucción del medio ambiente no justificada por necesidades militares y efectuada con carácter gratuito es manifiestamente contraria al derecho internacional en vigor’”.<sup>344</sup> La Declaración de Río sobre el medioambiente y el desarrollo en su principio 24 establece que “[L]a guerra es, por definición, enemiga del desarrollo sostenible. En consecuencia, los Estados deberán respetar las disposiciones de derecho internacional que

<sup>342</sup> Sobre este tema véase Juan Carlos González Barral, “La protección del medio ambiente en el derecho internacional humanitario”, en José Luis Rodríguez-Villasante Prieto (coord.), *Derecho Internacional Humanitario*, ob. cit., pp. 247 a 270.

<sup>343</sup> *Ibíd.*, p. 269.

<sup>344</sup> Zlata Drnas de Clément, “El daño deliberado y sustancial al medio ambiente, como objetivo, medio o método de guerra constituye violación de la norma imperativa de derecho internacional general”, en Gabriel Pablo Valladares (comp.), *Lecciones y ensayos. Derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas*, ob. cit., p. 291.

protegen al medio ambiente en épocas de conflicto armado, y cooperar en su ulterior desarrollo, según sea necesario". Según el *Customary International Humanitarian Law*, son normas consuetudinarias para conflictos armados internacionales y no internacionales sobre el medioambiente natural, las siguientes:

Norma 43. Los principios generales sobre la conducción de las hostilidades se aplican al medio ambiente natural: A. Ninguna parte del medio ambiente natural puede ser atacada, a menos que sea un objetivo militar. B. Queda prohibida la destrucción de cualquier parte del medio ambiente natural, salvo que lo exija una necesidad militar imperiosa. C. Queda prohibido lanzar ataques contra objetivos militares de los que quepa prever que causen daños incidentales al medio ambiente natural que sean excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista.

Norma 44. Los métodos y medios de hacer la guerra deben emplearse teniendo debidamente en cuenta la necesidad de proteger y preservar el medio ambiente natural. En la conducción de las operaciones militares, han de tomarse todas las precauciones que sean factibles para no causar daños incidentales al medio ambiente o reducirlos, al menos, todo lo posible. La falta de certeza científica acerca de los efectos de ciertas operaciones militares sobre el medio ambiente no exime a las partes en conflicto de tomar tales precauciones.

Norma 76. Queda prohibido el empleo de herbicidas como método de guerra si: a) son de tal índole que están prohibidos como armas químicas; b) son de tal índole que están prohibidos como armas biológicas; c) están destinados a una vegetación que no es un objetivo militar; d) pueden causar incidentalmente muertos o heridos entre la población civil, daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que sean excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista; o e) pueden causar daños extensos, duraderos y graves al medioambiente natural.<sup>345</sup>

---

<sup>345</sup> Véase International Committee of the Red Cross, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Rules, ob. cit., pp. 143 a 151 y 265 a 267.

El artículo 8.2.b.iv del Estatuto de la Corte Penal Internacional establece como crimen de guerra en conflictos armados internacionales “lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas de vidas, lesiones a civiles o daños a objetos de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea”. Como se indicó, este crimen no se estableció para conflictos armados no internacionales, motivo de crítica al Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Estas consagraciones internacionales con seguridad determinaron que en el artículo 164 del Código Penal se tipificara como delito la destrucción del medioambiente natural en estos términos: “[e]l que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, emplee métodos o medios concebidos para causar daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural, incurrirá en...”. Este tipo penal transcribe en buena medida el numeral 3 del artículo 35 del Protocolo I de 1977: “Queda prohibido el empleo de métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural”.<sup>346</sup>

Como se indicó en el Capítulo I cuando se hizo referencia al principio de distinción, “los medios de combate designan las armas, mientras que los métodos corresponden a la utilización que se haga de dichas armas”.<sup>347</sup> Obsérvese cómo el Código Penal utiliza las mis-

<sup>346</sup> Según el *Customary International Humanitarian Law*, es norma consuetudinaria para conflictos armados internacionales y no internacionales, la siguiente: “Norma 45. Queda prohibido el empleo de métodos o medios de guerra concebidos para causar, o de los cuales quepa prever que causen daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural. La destrucción del medio ambiente natural no puede usarse como arma”. Véase International Committee of the Red Cross, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Rules, ob. cit., pp. 151 a 158. Vale la pena señalar que algunos Estados sostienen con insistencia que esta norma no se aplica a las armas nucleares, véase Jean-Marie Henckaerts, “Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario: una contribución a la comprensión y al respeto de los conflictos armados”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 857, [www.cicr.org/spa](http://www.cicr.org/spa), p. 10.

<sup>347</sup> Philippe Bretton, “Le problème de méthodes et moyens de guerre ou de combat dans les Protocoles Additionnels aux Conventions de Genève du 12 août de 1949”,

mas expresiones del Estatuto de la Corte Penal Internacional y del Protocolo I de 1977: “causar daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural”. Se entiende por extensos, que abarcan una región de varios centenares de kilómetros cuadrados; por duraderos, que duran decenios, y por graves, que entrañan un importante perjuicio o perturbación para la vida humana y los recursos naturales.<sup>348</sup> Estas disposiciones están destinadas a regular lo que se denomina la guerra ecológica:

Se entiende por guerra ecológica la perturbación grave de los equilibrios naturales que permitan la vida y el desarrollo del hombre y de los organismos vivos, perturbaciones cuyos efectos pueden sentirse durante uno o varios decenios. ... [Se] prohíbe, independientemente de que se lleve o no a cabo de manera intencionada, recurriendo, por ejemplo a agentes de guerra química, o que se deba simplemente al empleo de armas que tengan inevitablemente el mismo resultado sobre varias extensiones, estén o no pobladas. Debido al aspecto transnacional del problema, la prohibición es absoluta: subsiste incluso aunque no constituya ninguna amenaza directa para la población, la fauna y la flora del Estado enemigo. Lo que se protege es el medio ambiente natural en sí mismo, que por ser un bien común a todos, debe preservarse y mantenerse destinado al uso de todos.<sup>349</sup>

Por esta razón, el comentario del artículo 55 del Protocolo I de 1977 subraya que “[l]a noción de medio ambiente natural ha de entenderse en su acepción más amplia, que abarca el medio ambiente biológico en el que vive la población”.<sup>350</sup> Vale la pena subrayar que

---

RGDIP, 1978, p. 36, citado en Manuel Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 851.

<sup>348</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, *Comentarios del Protocolo de 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)*, tomo I, ob. cit., párrs. 1452 y 1453.

<sup>349</sup> *Ibíd.*, párr. 1462.

<sup>350</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, *Comentarios del Protocolo de 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la*

esta protección del medioambiente del Protocolo I de 1977 es diferente a la de la Convención relativa a la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental de 1976. Como se indicó, esta última prohíbe el recurso a la llamada guerra geofísica, es decir, la manipulación deliberada de los procesos naturales que puede provocar fenómenos tales como huracanes, terremotos o maremotos, mientras que el Protocolo I de 1977 prohíbe el recurso a la guerra ecológica. También en la Convención el medioambiente está en relación con las causas, es medio de combate, mientras que en el Protocolo el medioambiente aparece en las consecuencias de un acto dañino.<sup>351</sup> Otra diferencia importante es la forma en que se presentan los daños ecológicos; en la Convención de 1976 los daños son vastos, duraderos o graves, y en el Protocolo I de 1977 son vastos, duraderos y graves. La conjunción subraya que la Convención es disyuntiva mientras en el Protocolo es copulativa, al igual que en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y el Código Penal colombiano.<sup>352</sup>

El balance entre el respeto del derecho humanitario y sus violaciones no es simétrico. “El *jus in bello* sigue siendo en el mejor de los casos, un conjunto de directrices asintóticas, nunca respetadas por completo y a menudo violadas hipócritamente. Pero ¿qué otra alternativa tenemos?”<sup>353</sup> Sobre este particular vale la pena subrayar estas palabras del profesor Walzer: “La guerra es tan horrorosa que nos vuelve cínicos respecto a la posibilidad de hacerla con restricciones y luego empeora tanto que logra que nos indignemos ante la ausencia de cortapisas. Nuestro cinismo es testimonio de la imperfección

---

*protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)*, tomo II, párr. 2126.

<sup>351</sup> Rosario Domínguez Matés, *La protección del medio ambiente en el derecho internacional humanitario*, Tirant lo Blanch, Cruz Roja Española, Valencia, 2005, p. 151.

<sup>352</sup> *Ibíd.*, pp. 73 y 150 y ss.

<sup>353</sup> Charles Maier, “Las ciudades como blanco: debates y silencios en torno a los bombardeos aéreos en la Segunda Guerra Mundial”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 30 de septiembre de 2005, p. 11. Versión en español en [www.cicr.org/spa](http://www.cicr.org/spa)

de la convención bélica\* y nuestra indignación da fe de su realidad y su dureza”.<sup>354</sup>

---

\* Dice Walzer: “Propongo denominar *convención bélica* al conjunto de normas articuladas, costumbres, códigos profesionales, preceptos legales, principios religiosos y filosóficos que, unidos a los mutuos acuerdos entre las partes, dan forma a nuestros juicios sobre la conducta militar”. Michael Walzer, *Guerras justas e injustas. Un razonamiento moral con ejemplos históricos*, Ediciones Paidós Ibérica, Barcelona, 2001, p. 81.

<sup>354</sup> *Ibíd.*, p. 84.



## Bibliografía

- Abi-Saab, Rosemary, “El Derecho humanitario según la Corte de La Haya”, *Boletín de la Comisión Andina de Juristas*, núm. 17, Lima, febrero de 1988.
- Aguirre, Mariano y Osorio, Tamara, “Guerras periféricas, derechos humanos y prevención de conflictos”, en *Anuario CIP 1998*, Icaria Editorial, Madrid, 1998.
- Aguirre, Mariano, “Las guerras modernas: pobreza, recursos, religión”, en *Anuario del CIP 1997*, Icaria Editorial, Madrid, 1997.
- Aguirre, Mariano; Fiselí, Teresa y González, Mabel, “Globalización y sistema internacional”, en *Anuario CIP 2000*, Icaria Editorial, Madrid, 2000.
- Ahlström, Christer, *Las víctimas de los conflictos*, Departamento de Investigaciones sobre Paz y Conflictos, Universidad de Uppsala, Suecia, 1991.
- Akehurst, Michael, *Introducción al derecho internacional*, Alianza Editorial, Madrid, 1975.
- Alcaide Fernández, Joaquín; Márquez Carrasco, María del C. y Carrillo Salcedo, J. A., *La asistencia humanitaria en derecho internacional contemporáneo*, Universidad de Sevilla, Salamanca, 1997.
- Ambos, Kai, *La parte general del derecho penal internacional, bases para una elaboración dogmática*, Duncker & Humblot, Konrad Adenauer Stiftung y Temis, Bogotá, 2006.
- Ambos, Kai, *Los crímenes del nuevo derecho penal internacional*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2004.
- Ambos, Kai y Malarino, Ezequiel (eds.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Fundación Konrad-Adenauer, Uruguay, 2003.

- Americas Watch, “Violación de garantías de juicio justo por las cortes informales del FMLN”, *Diario Latino*, El Salvador, entregas del 9 al 20 de julio de 1990.
- Amnistía Internacional, *Un peligro para la salud mundial: las exportaciones de armas de la Unión Europea*, Editorial Amnistía Internacional, Madrid, 2004.
- Andreu-Guzmán, Federico, *Fuero militar y derecho internacional*, Comisión Colombiana de Juristas y Comisión Internacional de Juristas, Bogotá, 2003.
- Angarita, Ricardo y otros, *Conflicto armado y derecho humanitario*, Comité Internacional de la Cruz Roja, Universidad Nacional, IEPRI, Tercer Mundo Editores, Bogotá, 1994.
- Antoine, Philippe, “Derecho internacional humanitario y protección del medio ambiente en caso de conflicto armado”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 114, Ginebra, noviembre-diciembre de 1992.
- Balguy-Gallois, Alexandre, “Protección de los periodistas y de los medios de información en situaciones de conflicto armado”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 853, Selección de artículos 2004, Buenos Aires, 2005.
- Barber, Benjamín R., *El imperio del miedo, guerra, terrorismo y democracia*, Paidós, Barcelona, 2004.
- Basdevant, Jules, [Un] “Convenio poco conocido sobre el Derecho de la Guerra”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Vol. XXVII, núm. 3, Ginebra, marzo de 1975.
- Baxter, Richard R, “Los deberes de los combatientes y la conducción de las hostilidades. El derecho de La Haya”, en *Las dimensiones internacionales del derecho humanitario*, Instituto Henry Dunant, Tecnos, Unesco, Madrid, 1990.
- Benítez Manaut, Raúl, “La ONU y el proceso de paz en El Salvador”, *Análisis Político*, núm. 17, Bogotá, septiembre-diciembre de 1992.
- Bermejo García, Romualdo, “El conflicto en Kosovo a la luz del derecho internacional humanitario”, en Antonio Blanc Altemir (ed.), *La protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la declaración Universal*, Tecnos, Madrid, 2001.

- Bimbi, Linda, *No en mi nombre, guerra y derecho*, Editorial Trotta, Madrid, 2003.
- Binder, Patrice y Lepick, Oliver, *Qué son las armas bacteriológicas*, Integral, Barcelona, 2003.
- Bobbio, Norberto, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Gedisa, Barcelona, 1999.
- Bobbio, Norberto, *El tercer ausente*, Ediciones Cátedra, Madrid, 1997.
- Boisson de Chazournes, Laurence y Cordorelli, Luigi, “Nueva interpretación del artículo 1 común a los Convenios de Ginebra: protección de los intereses colectivos”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 153, Ginebra, marzo, 2000.
- Bordes Solanas, Montserrat, *El terrorismo, una lectura analítica*, La Biblioteca del Ciudadano, Ediciones Bellaterra, Barcelona, 2000.
- Bouchet-Saulnier, *Diccionario práctico de derecho humanitario*, Ediciones Península, Barcelona, 2001.
- Bouthoul, Gaston, *La guerra*, Oikos-Tau, Barcelona, 1971.
- Bouvier, Antoine, “La protección del medio ambiente en periodo de conflicto armado”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 108, Ginebra, noviembre-diciembre de 1991.
- Bruderlein, Claude, “La costumbre en el derecho internacional humanitario”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm.106, Ginebra, noviembre-diciembre de 1991.
- Bruderlein, Claude, “La seguridad de la población como nueva medida de estabilidad mundial”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 158, Ginebra, junio, 2001.
- Bugnion, François, “El derecho de Ginebra y el derecho de La Haya”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 160, Ginebra, diciembre, 2001.
- Bugnion, François, “Guerra justa, guerra de agresión y derecho internacional humanitario”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 163, septiembre, 2002.
- Burger, James A., “El derecho internacional humanitario y la crisis de Kosovo: lecciones aprendidas y por aprender”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 153, Ginebra, marzo, 2000.

- Callois, Roger, *La cuesta de la guerra*, Fondo de Cultura Económica, México, 1975.
- Camacho Guizado, Álvaro y Leal Buitrago, Francisco (comps.), *Armar la paz es desarmar la guerra*, Cerec, Iepri y Fescol, Bogotá, 1999.
- Cançado Trindade, Antônio A.; Peytrignet, Gérard y Ruiz de Santiago, Jaime, *Las tres vertientes de la protección internacional de los derechos humanos de la persona humana. Derechos humanos, derecho humanitario y derecho de los refugiados*, Porrúa, México, D.F., 2003.
- Carbonnier, Gilles, “Privatizaciones, subcontrataciones y asociaciones entre los sectores público y privado: ¿beneficiarios.com o negocios.com?”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 856, Selección de artículos 2004, Buenos Aires, 2005.
- Carr, Caleb, *Las lecciones del terror, orígenes históricos del terrorismo internacional*, Ediciones B, Barcelona, 2002.
- Carrillo Salcedo, Juan Antonio (coord.), *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.
- Cassese, Antonio y Delmas-Marty, Mirelle (eds.), *Crímenes internacionales y jurisdicciones internacionales*, Grupo Editorial Norma, Bogotá, 2004.
- Cauderay, Gerald C., “Las minas antipersonal”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm.118, Ginebra, julio-agosto de 1993.
- Cavelier, Germán, *Tratados de Colombia*, Tomo I, Editorial Kelly, Bogotá, 1982.
- Centro de Estudios Estratégicos e Históricos, “El protocolo II a los Convenios de Ginebra de 1949”, *Revista de las Fuerzas Armadas*, vol. XLVII, núm. 144, Bogotá, julio-septiembre, 1992.
- Clausewitz, Carl von, *De la guerra*, Editorial Mateu, Barcelona, 1972.
- Closca, Ionel, “El nuevo código de protección de la población civil y de los bienes civiles en los conflictos armados”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 42, Ginebra, noviembre-diciembre, 1980.

- Coalición contra la vinculación de niños, niñas y jóvenes al conflicto armado en Colombia, *Niños, niñas y jóvenes y conflicto armado en el 2002. Una aproximación documental*, Grupo Editorial La Liebre, Bogotá, 2002.
- Collo, Paolo y Sessi, Frediano, *Diccionario de la tolerancia*, Grupo Editorial Norma, Bogotá, 2001.
- Comisión Colombiana de Juristas, *Colombia: en contravía de las recomendaciones internacionales sobre derechos humanos. Balance de la política de seguridad democrática y la situación de derechos humanos y derecho humanitario*, agosto de 2002 a agosto de 2004, Bogotá, 2004.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el proceso de desmovilización en Colombia*, OEA/Ser.L/V/II.120 Doc. 60, Washington, 13 de diciembre de 2004.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Tercer Informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia*, Washington, D.C., 1999.
- Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados, “La responsabilidad de proteger”, diciembre de 2001, en <http://www.iciss.ca>
- Comité Internacional de la Cruz Roja, “Armas portátiles y seguridad humana: repercusiones y posibilidades de acción en el ámbito humanitario. Informe sobre el Taller 5”, XXVIII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, Ginebra, 2 al 6 de diciembre de 2003, en [www.cicr.org](http://www.cicr.org).
- Comité Internacional de la Cruz Roja, “Biotecnología, armas y humanidad. Informe sobre el Taller 4”, XXVIII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, Ginebra, 2 al 6 de diciembre de 2003, en [www.cicr.org](http://www.cicr.org).
- Comité Internacional de la Cruz Roja, “El derecho internacional humanitario y los retos de los conflictos armados contemporáneos. Informe preparado por el Comité Internacional de la Cruz Roja”, XXVIII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media

- Luna Roja, diciembre de 2003, documento elaborado en septiembre de 2003.
- Comité Internacional de la Cruz Roja, “Gestiones del Comité Internacional de la Cruz Roja en caso de violaciones contra el derecho internacional humanitario”, *Revista del Comité Internacional de la Cruz Roja*, Ginebra, marzo-abril, 1981.
- Comité Internacional de la Cruz Roja, “La actitud del CICR en caso de toma de rehenes”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 162, Ginebra, junio, 2002.
- Comité Internacional de la Cruz Roja, “Normas consuetudinarias del Derecho Internacional Humanitario”, XXVIII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, Ginebra, 2 al 6 de diciembre de 2003.
- Comité Internacional de la Cruz Roja, “Participación directa en las hostilidades con arreglo al derecho internacional humanitario”, Ginebra, septiembre de 2003.
- Comité Internacional de la Cruz Roja, “Actividades de protección y asistencia del CICR en las situaciones que no abarca el derecho internacional humanitario”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Ginebra, enero-febrero, 1988.
- Comité Internacional de la Cruz Roja, *Bibliography of international humanitarian law applicable in armed conflicts*, International Committee of the Red Cross and Henry Dunant Institute, Genève, 1987.
- Comité Internacional de la Cruz Roja, *Comentarios del Protocolo de 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)*, dos tomos, Plaza y Janés, Bogotá, 2000.
- Comité Internacional de la Cruz Roja, *Comentarios del Protocolo de 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)*, Plaza y Janés, Bogotá, 1998.

- Comité Internacional de la Cruz Roja, Servicio de Asesoramiento en DIH, *Adaptación de la legislación interna para la sanción de las infracciones contra el derecho internacional humanitario*. Reunión de expertos iberoamericanos. Madrid (España), 10-12 de marzo de 1999, Ginebra, 1999.
- Comité Internacional de la Cruz Roja, Unión Interparlamentaria, *Respetar y hacer respetar el Derecho Internacional Humanitario*, Guía práctica para los parlamentarios, núm. 1, Ginebra, 1999.
- Condorelli, Luigi y Kalshoven, Frits, *Terrorismo internacional y principio de distinción entre combatientes y civiles*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2004.
- Condorelli, Luigi, “La Comisión Internacional de Encuesta: ¿un instrumento obsoleto o un medio útil de aplicación del derecho internacional humanitario?”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 158, Ginebra, junio, 2001.
- Condorelli, Luigi, “La Corte Internacional de Justicia bajo el peso de las armas nucleares”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 139, Ginebra, septiembre, 1997.
- Corcuera Cabezut, Santiago y Guevara Bermúdez, José Antonio, *Justicia penal internacional*, Universidad Iberoamericana, México, 2001.
- Córdoba Triviño, Jaime, *Derecho Penal Internacional, Estudio de los delitos de genocidio, de lesa humanidad y de los crímenes de guerra con referencia al nuevo Código Penal colombiano*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2001.
- Corporación Medios para la Paz, *Para desarmar la palabra. Diccionario de términos del conflicto y de la paz*, Serie de periodismo, paz y guerra en Colombia, Bogotá, 1999.
- Coursier, Henri, *Curso de cinco lecciones sobre los Convenios de Ginebra*, Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 1972.
- Cuadra Lacayo, Joaquín, “El derecho internacional humanitario y la guerra irregular: lecciones aprendidas en Latinoamérica”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 156, Ginebra, diciembre, 2000.

- Charry Samper, Héctor (comp. y comentarios), *La Reforma del artículo 121 de la Constitución*, tomo I, sin editorial, Bogotá, 1962.
- Chetail, Vincent, “La contribución de la Corte Internacional de Justicia al derecho internacional humanitario”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 850, Selección de artículos 2003, Buenos Aires, 2004.
- Chipoco, Carlos, *En defensa de la vida: ensayos sobre derechos humanos y derecho humanitario*, Centro de Estudios y Publicaciones, Lima, 1992.
- Daoust, Isabelle; Coupland, Robin y Ishoey, Rikke, “¿Nuevas guerras, nuevas armas? La obligación de los Estados de examinar la licitud de los medios y métodos de guerra”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 162, junio, Ginebra, 2002.
- David, Eric, “La Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la licitud del empleo de las armas nucleares”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 139, Ginebra, septiembre, 1997.
- Davis Hanson, Víctor, *Matanza y cultura, batallas decisivas en el auge de la civilización occidental*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2004.
- De Currea-Lugo, Víctor, “Protección del sector salud en Colombia: un paso para la humanización del conflicto armado”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 160, Ginebra, diciembre, 2001.
- De Currea-Lugo, Víctor, *Derecho Internacional Humanitario y el sector salud: el caso colombiano*, Comité Internacional de la Cruz Roja, Plaza y Janés Editores, Bogotá, 1999.
- De Roux Rengifo, Carlos Vicente, “Sentido y alcances del campo humanitario y recomendaciones para construirlo”, Fundación Social y otros, *Conflicto y seguridad democrática en Colombia*, Cerec, Bogotá, 2004.
- De Sousa Santos, Boaventura y García Villegas, Mauricio, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, tomo II, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2001.

- De Vitoria, Francisco, *Relecciones del estado, de los indios y del derecho de la guerra*, Editorial Porrúa, México, 2000.
- Defensoría del Pueblo, *En defensa de la población civil: informe sobre infracciones del derecho internacional humanitario en 1992*, Bogotá, 1993.
- Defensoría del Pueblo, *Red de Promotores de Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario*, Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá, 2001.
- Delgado Cánovas, Juan Bautista, *El derecho internacional humanitario a la luz del estatuto y de la jurisprudencia del Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia*, Editorial Comares, Granada, 2000.
- Díaz, Carlos Arturo, “Orígenes y antecedentes históricos del artículo 121 de la Constitución Nacional”, *El Independiente*, Bogotá, octubre 14 de 1957.
- Díez de Velasco, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Editorial Tecnos, Madrid, 1999.
- Domesticci-Met, Marie-José, “Cien años después de La Haya, cincuenta años después de Ginebra: el derecho internacional humanitario en tiempos de la guerra civil”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 150, Ginebra, junio, 1999.
- Domínguez Matés, Rosario, *La protección del medioambiente en el derecho internacional humanitario*, Tirant lo Blanch, Cruz Roja Española, Valencia, 2005.
- Dormänn, Knut, *Elements of war crimes under the Statute of Rome of the International Criminal Court. Sources and commented*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.
- Doswald-Beck, Louise y Cauderay, Gerald C., “El desarrollo de las nuevas armas antipersonal”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 102, Ginebra, 1990.
- Doswald-Beck, Louise, “El derecho internacional humanitario y la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 139, Ginebra, septiembre, 1997.

- Dugard, John, “Salvando la distancia entre los derechos humanos y el derecho humanitario: la sensación de los infractores”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 147, Ginebra, septiembre, 1998.
- Dunant, Henry, *Recuerdo de Solferino*, Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 1982.
- Ecosoc, “Informe de la subcomisión de prevención de discriminaciones y protección a las minorías. Normas Humanitarias mínimas. Informe analítico presentado por el Secretario General de conformidad con la resolución 1997/21 de la Comisión de Derechos Humanos”, documento E/CN.4/1998/87, 5 de enero de 1998.
- Egeland, Jan, *Iniciativa humanitaria contra las “desapariciones” políticas*, Instituto Henry Dunant, Ginebra, 1982.
- Encel, Frédéric, *El arte de la guerra. Estrategas y batallas*, Alianza Editorial, Madrid, 2002.
- Fernández Flores, José Luis, “La represión de las infracciones del derecho de la guerra cometidas por individuos”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 105, Ginebra, mayo-junio, 1991.
- Fernández-Flores, José Luis, *Del derecho de la guerra*, Ediciones Ejército, Madrid, 1982.
- Ferrajoli, Luigi, *Razones jurídicas del pacifismo*, Editorial Trotta, Madrid, 2004.
- Ferrer Lloret, Jaume, *Responsabilidad internacional del Estado y derechos humanos*, Editorial Tecnos, Universidad de Alicante, Madrid, 1998.
- Fisas, Vicenç, *Cultura de paz y gestión de conflictos*, Icaria Editorial-Ediciones Unesco, Barcelona, 1998.
- Fisas, Vicenç, *Procesos de paz y negociación de conflictos armados*, Paidós, Barcelona, 2004.
- Flórez Álvarez, Leonidas, *Historia militar de Colombia 1890-1900*, Imprenta del Estado Mayor General, Bogotá, 1938.
- Foucault, Michel, *Defender la sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 2002.

- Foucault, Michel, *Vigilar y castigar, nacimiento de la prisión*, Siglo XXI Editores, México, 1983.
- Frei, Daniel, “El derecho internacional humanitario y el control de armamentos”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 90, noviembre-diciembre, 1988.
- Fundación Social, “Hacia la humanización del conflicto con las FARC”, en Vigía del Fuerte, Boletín semestral sobre la situación humanitaria, núm. 3, julio, 2003.
- Fundación Social, “Aperturas humanitarias: una cuota inicial ya sufragada”, en Vigía del Fuerte, Boletín semestral sobre la situación humanitaria, núm. 3, julio, 2003.
- Fundación Social, “Para multiplicar el ‘acoso del diálogo’”, en Vigía del Fuerte, Boletín semestral sobre la situación humanitaria, núm. 4, diciembre, 2003.
- Gallón Giraldo, Gustavo, *Quince años de Estado de sitio en Colombia: 1958-1978*, Librería y Editorial América Latina, Bogotá, 1979.
- García Arias, Luis, “La primera obra publicada en América sobre la guerra y su derecho”, en *Estudios de historia y doctrina del derecho internacional*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964.
- García Caneiro, José y Vidarte, Francisco Javier, *Guerra y filosofía, concepciones de la guerra en la historia del pensamiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- Garlan, Yvon, *La guerra en la antigüedad*, Aldebarán, Madrid, 2003.
- Garzón Valdés, Ernesto, *Calamidades*, Gedisa Editorial, Barcelona, 2004.
- Gasser, Hans-Peter, “Respeto de las garantías judiciales fundamentales en tiempo de conflicto armado”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 110, Ginebra, marzo-abril, 1992.
- Gasser, Hans-Peter, “Actos de terror, ‘terrorismo’ y derecho internacional humanitario”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 163, Ginebra, septiembre, 2002.

- Gasser, Hans-Peter, “Prohibición de los actos de terrorismo en el derecho internacional humanitario”, Separata de la *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Ginebra, julio-agosto, 1986.
- Giraldo Ramírez, Jorge, *Guerra, paz y guerra civil*, Escuela Nacional Sindical, Foro Nacional por Colombia, Viva la Ciudadanía, Bogotá, 2001.
- Glover, Jonathan, *Humanidad e inhumanidad, una historia moral del siglo XX*, Ediciones Cátedra, Madrid, 2001.
- Goldman, Robert K., “Algunas reflexiones sobre derecho internacional humanitario y conflictos armados internos”, en Comisión Andina de Juristas Seccional Colombiana, *Espacios internacionales para la justicia colombiana*, Vol. II, Bogotá, 1993.
- Goldman, Robert K., “Derecho internacional humanitario y actores no gubernamentales”, mimeo, Washington, 1993.
- Gómez Barrientos, Estanislao, *D. Mariano Ospina y su época*, tomo II, Imp. de Gaceta Antioqueña, Medellín, 1915.
- Guardiola Rivera, Óscar Eduardo y otros, *La otra guerra. El derecho como continuación del conflicto y lenguaje de la paz*, Universidad de los Andes, Universidad Javeriana, Instituto de Estudios Sociales y Culturales -Pensar-, Plaza y Janés, Bogotá, 1999.
- Gutiérrez Espada, Cesáreo, “Sobre la justificación (jurídica) de la intervención armada por causa de la humanidad”, en Consuelo Ramón Chornet (ed.), *Derechos y libertades ante las nuevas amenazas a la seguridad global*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- Gutiérrez Espada, Cesáreo, “Uso de la fuerza, intervención humanitaria y libre determinación (La ‘guerra de Kosovo’)”, en Antonio Blanc Altemir (ed.), *La protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la declaración Universal*, Tecnos, Madrid, 2001.
- Gutman, Roy y Rieff, David, *Crímenes de guerra, lo que debemos saber*, Random House Mondadori, S.L., Barcelona, 2003.
- Henao Hidrón, Javier, *Panorama del derecho constitucional colombiano*, Editorial Temis, Bogotá, 1988.

- Henkaerts, 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 de la Cruz Roja*, núm. 857, marzo de 2005, pp. 175 a 212, versión en español en [www.cicir.org/spa](http://www.cicir.org/spa)
- Henkaerts, Jean-Marie, “Nuevas normas para la protección de los bienes culturales durante un conflicto armado: la importancia del Segundo Protocolo a la Convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 151, Ginebra, septiembre, 1999.
- Herby, Peter y Quiten, Ana R., “Residuos explosivos de guerra: proteger a las personas civiles mediante un protocolo adicional a la Convención de 1980 sobre ciertas armas convencionales”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 157, Ginebra, marzo, 2001.
- Hernández Delgado, Esperanza, *Resistencia civil artesana de la paz, experiencias indígenas, afrodescendientes y campesinas*, Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2004.
- Hernández Mondragón, Mauricio, “Derecho internacional humanitario, manual para estudiantes de derecho”, Tesis Universidad de Antioquia, Medellín, 1978.
- Hernández Mondragón, Mauricio, *Derecho internacional humanitario: su aplicación en Colombia*, Presidencia de la República, Consejería para los Derechos Humanos, Bogotá, 1992.
- Heyck Puyana, Ana Caterina, *Sí al acuerdo humanitario*, La silueta Ediciones, Bogotá, 2004.
- Hladík, Jan, “Protección de los bienes culturales durante las hostilidades: reunión de expertos en América Latina”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 163, Ginebra, septiembre, 2002.
- Human Rights Watch, “*Aprenderás a no llorar: niños combatientes en Colombia*”, Estados Unidos, septiembre de 2003.
- Ignatieff, Michael, *El honor del guerrero, guerra étnica y conciencia moderna*, Santillana (Taurus), Madrid, 1999.

- Ignatieff, Michael, *El mal menor, ética política en una era de terror*, Taurus, Madrid, 2005.
- Ignatieff, Michael, *El nuevo imperio americano. La reconstrucción nacional en Bosnia y Afganistán*, Paidós Ibérica, Buenos Aires, 2003.
- Ignatieff, Michael, *Guerra virtual, más allá de Kosovo*, Ediciones Paidós, Barcelona, 2003.
- Instituto Internacional de Derecho Humanitario y Comité Internacional de la Cruz Roja, “XXVII Mesa Redonda sobre problemas actuales del derecho internacional humanitario: *Derecho internacional humanitario y otros regímenes jurídicos. Interacción en las situaciones de violencia. Informe resumido preparado por el Comité Internacional de la Cruz Roja, que completa el informe El derecho internacional humanitario y los retos de los conflictos armados contemporáneos*”, Ginebra, noviembre, 2003.
- Jaramillo Arbeláez, Delio, *Derecho internacional humanitario*, Universidad Santo Tomás de Aquino, Bogotá, 1975.
- Jeannot, Stéphane y Mermet, Joel, “La implicación de los niños en los conflictos armados”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 145, Ginebra, marzo, 1998.
- Jiménez Piernas, Carlos, “La protección de trabajadores y cooperantes extranjeros en situaciones de conflicto interno”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 110, Ginebra, marzo-abril, 1992.
- Junod, Sylvie, “Los derechos humanos y el Protocolo II”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 59, Ginebra, septiembre-octubre, 1983.
- Käldin, Walter, “La lucha contra la tortura”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 147, Ginebra, septiembre, 1998.
- Kaldor, Mary, *Las Nuevas Guerras, la violencia organizada en la era global*, Tusquets Editores, Barcelona, 2001.
- Kalshoven, Frits y Zegveld, Liesbeth, *Restricciones en la conducción de la guerra. Introducción al derecho internacional humanitario*, Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 2001.

- Keegan, John, *Historia de la guerra*, Editorial Planeta, Barcelona, 1995.
- Keen, Maurice, *La caballería*, Editorial Ariel, Barcelona, 1986.
- Klenner, Diezmar, “Formación en derecho internacional humanitario”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 155, Ginebra, septiembre, 2000.
- Kolb, Robert, “Observaciones sobre las intervenciones humanitarias”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 849, Selección de artículos 2003, Buenos Aires, 2004.
- Kolb, Robert, “Origen de la pareja terminológica *ius ad bellum/ius in bello*”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 143, Ginebra, septiembre-octubre, 1997.
- Kolb, Robert, “Relaciones entre el derecho internacional humanitario y los derechos humanos: reseña histórica de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) y de los Convenios de Ginebra (1949)”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 147, Ginebra, septiembre, 1998.
- Kosirnik, René, “Los Protocolos adicionales de 1977: un desarrollo necesario del derecho internacional humanitario”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 143, Ginebra, septiembre-octubre, 1997.
- Kunkel, Wolfgang, *Historia del derecho romano*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1965.
- La Morada, Corporación de Desarrollo de la Mujer, *La Corte Penal Internacional, avances en materia de justicia de género*, Santiago de Chile, 2003.
- Letts, Alexandra y Rueda Sáiz, Pablo, “La incorporación del derecho internacional humanitario al ordenamiento jurídico colombiano en la jurisprudencia constitucional”, en *Derecho Constitucional Perspectivas Críticas*, núm. 2, Universidad de los Andes, Legis, Bogotá, 2001.
- Lévy, Bernard-Henri, *Reflexiones sobre la guerra, el mal y el fin de la historia*, Ediciones B, S.A., Barcelona, 2002.

- Lieber, Francis, “Los grupos guerrilleros considerados con referencia a las leyes y costumbres de la guerra (1862)”, *Documentos ocasionales de la Universidad de los Andes*, núm. 25, Bogotá, enero-marzo, 1992.
- Lindqvist, Sven, *Historia de los bombardeos*, Turner, Madrid, 2002.
- López Caballero, Juan Manuel, *Palacio de justicia: ¿defensa de nuestras Instituciones?*, Fundación Pro Esclarecimiento de los Hechos del Palacio de Justicia, Bogotá, 1987.
- Lorola Delgado, Isabel y Martín Martínez, Magdalena M., *La Corte Penal Internacional, justicia versus impunidad*, Editorial Ariel, Barcelona, 2001.
- Luttwak, Edward N., *Para bellum, la estrategia de la paz y de la guerra*, Madrid, 2005.
- Madrid Malo, Mario, *Derechos fundamentales: conózcalos, ejérzalos y defiéndalos*, 3 edición aumentada y actualizada, Panamericana, Bogotá, 2004.
- Maier, Charles, “Las ciudades como blanco: debates y silencios en torno a los bombardeos aéreos en la Segunda Guerra Mundial”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 30-09, 2005. Versión en español en [www.cicr.org/spa](http://www.cicr.org/spa)
- Mandato Ciudadano por la Paz, *Propuestas humanitarias y poder ciudadano, Cátedra para la paz, la vida y la libertad: módulo 3*, Bogotá, enero, 2000.
- Mangas Martín, Araceli, *Conflictos armados internos y derecho internacional humanitario*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1990.
- Mao Tse-tung, *Selección de escritos militares*, Ediciones en Lenguas Extranjeras, Pekín, 1967.
- Marchal, Roland y Messiant, Christine, “Las guerras civiles en la era de la globalización: nuevos conflictos y paradigmas”, *Análisis Político*, núm. 50, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, enero-abril, 2004.
- Martín Beristain, Carlos, *Reconstruir el tejido social. Un enfoque crítico de la ayuda humanitaria*, Icaria Editorial, Barcelona, 1999.

- Maslen, Stuart y Herby, Meter, "Prohibición internacional de las minas antipersonal", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 148, Ginebra, diciembre, 1998.
- Mathews, Robert J. y McCormack, Timothy L. H., "La influencia de los principios humanitarios en la negociación de tratados sobre limitación de armamentos", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 150, Ginebra, junio, 1999.
- Mattarollo, Rodolfo, "La verificación internacional en El Salvador. Una experiencia de terreno", en Comisión Andina de Juristas Seccional Colombiana, *Espacios Internacionales para la justicia colombiana*, Vol. II, Bogotá, 1993.
- Miner, Larry, "La teoría y la práctica de la neutralidad: algunas reflexiones sobre las tensiones", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 149, Ginebra, marzo, 1999.
- Ministerio de Defensa, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Cuadernos de Estrategia núm. 133, "Lucha contra el terrorismo y derecho internacional", Madrid, 2006.
- Miranda, Carlos E., "Terrorismo internacional: una aproximación teórica", en *Ciencia Política*, núm. 17, Bogotá, IV Trimestre de 1989.
- Montealegre, Hernán, "Conflictos armados internos y derechos humanos", *Etudes et Essais sur le Droit Internationale Humanitaire et sur les Principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, Martinus Nijhoff Publishers, Genève, 1984.
- Montealegre, Hernán, *La Seguridad del Estado y los derechos humanos*, Academia de Humanismo Cristiano, Santiago de Chile, 1981.
- Moyano Bonilla, César, "El derecho humanitario y su aplicación a los conflictos armados", *Universitas*, núm. 72, Bogotá, junio, 1987.
- Mulinen, Frédéric, de, "Instrucción acerca del derecho de la guerra en las fuerzas armadas, veinte años de experiencia", *Revista del Comité Internacional de la Cruz Roja*, Ginebra, marzo-abril, 1987.
- Münkler, Herfried, "Las guerras del siglo XXI", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 849, Selección de artículos 2003, Buenos Aires, 2004.

- Münkler, Herfried, *Viejas y nuevas guerras. Asimetría y privatización de la violencia*, Siglo XXI, Madrid, 2005.
- Muntarbhorn, Vitit, “Protección y asistencia en favor de los refugiados en caso de conflicto armado y disturbios interiores: Reflexiones sobre los cometidos del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 88, Ginebra, julio-agosto de 1988.
- Muñoz Rojas, Daniel y Fresard, Jean-Jacques, “El origen del comportamiento de la guerra: comprender y prevenir las violaciones del DIH”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 853, Selección de artículos 2004, Buenos Aires, 2005.
- Nahlik, Stanislaw, “Compendio de derecho internacional humanitario”, en Separata de la *Revista Internacional de la Cruz Roja*, julio-agosto, 1984.
- Naqvi, Yasmin, “Estatuto de prisionero de guerra: ‘casos de duda’”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 163, Ginebra, septiembre, 2002.
- Nathanson, Viviente, “El papel de la profesión médica en la prevención y la limitación del sufrimiento en caso de conflicto”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 155, Ginebra, septiembre, 2000.
- Nieto Navia, Rafael, “Derecho imperativo internacional, derecho internacional humanitario y bloque de constitucionalidad”, en Ricardo Abello Galvis (ed.), *Derecho internacional contemporáneo, lo público, lo privado, los derechos humanos*, Liber amicorum en homenaje a Germán Cavelier, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2006.
- Nussbaum, Arthur, *Historia del derecho internacional*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, sin fecha.
- O'Donnell, Daniel, “Tendencias en la aplicación del derecho internacional humanitario por los mecanismos de derechos humanos de las Naciones Unidas”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 147, Ginebra, septiembre, 1998.

- Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Hoja Informativa, núm. 1, Bogotá, enero, 1999.
- Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Hoja Informativa, núm. 2, Bogotá, marzo 1999.
- Organización Política A Luchar, *Veinte preguntas sobre el derecho internacional humanitario en Colombia*, sin editorial, Bogotá, 1989.
- Orihuela Calatayud, Esperanza, *Derecho internacional humanitario, tratados internacionales y otros textos*, McGraw-Hill, Madrid, 1998.
- Orihuela Calatayud, Esperanza, “Crímenes de guerra y justicia universal: avances y retrocesos en la lucha contra la impunidad”, en Consuelo Ramón Chornet (ed.), *Derechos y libertades ante las nuevas amenazas a la seguridad global*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- Orozco Abad, Iván y Gómez Albarello, Juan Gabriel, *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal*, Temis, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1999.
- Orozco Abad, Iván, “El derecho humanitario en la nueva Constitución Nacional”, en Comisión Andina de Juristas Seccional Colombiana, *Espacios internacionales para la justicia en Colombia*, Vol. III, Bogotá, 1993.
- Orozco Abad, Iván, *Combatientes, rebeldes, terroristas: guerra y derecho en Colombia*, Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional y Temis, Bogotá, 1992.
- Palmieri, Daniel, “El tiempo como factor para comprender la violencia de la guerra: el ejemplo de África”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 852, Selección de artículos 2003, Buenos Aires, 2004.
- Papacchini, Angelo, *Los derechos humanos, un desafío a la violencia*, Altamir Ediciones, Bogotá, 1997.

- Papacchini, Angelo, *Derecho a la vida*, Universidad del Valle, Cali, 2001.
- Patrnogic, Jovica, “Reflexiones sobre la relación entre el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los refugiados, su promoción y su difusión”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 88, Ginebra, julio-agosto, 1988.
- Paula Pérez, Francisco de, *Derecho constitucional colombiano*, tomo II, Biblioteca de Autores Colombianos, Bogotá, 1952.
- Pécaut, Daniel, *Guerra contra la sociedad*, Editorial Planeta, Bogotá, 2001.
- Peláez, Carlos, *Estado de derecho y Estado de sitio*, Temis, Bogotá, 1955.
- Pellandini, Cristina (redactora), *Represión nacional de las violaciones del derecho internacional humanitario (sistemas romano-germánico). Informe de la reunión de expertos. Ginebra 23-25 de septiembre de 1997*, Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 1997.
- Penna, L. R., “Disposiciones escritas y consuetudinarias relativas a la conducción de las hostilidades y trato que recibían las víctimas de los conflictos armados en la Antigua India”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 94, Ginebra, julio-agosto, 1989.
- Pérez, María Torres y Valentín Bou, Franch, *La contribución del tribunal internacional penal para Ruanda a la configuración jurídica de los crímenes internacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- Pfanner, Toni, “La guerra asimétrica desde la perspectiva de la acción y el derecho humanitario”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 857. Versión en español en [www.cicr.org/spa](http://www.cicr.org/spa)
- Pictet, Jean “La necesaria restauración de las leyes y costumbres aplicables en caso de conflicto”, *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, núm. 1, Ginebra, marzo, 1969.
- Pictet, Jean, “La formación del derecho internacional humanitario”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 162, Ginebra, junio, 2002.

- Pictet, Jean, *Desarrollos y principios del derecho internacional humanitario*, Instituto Henry Dunant, Ginebra, 1986.
- Pizarro Leongómez, Eduardo, “Colombia: ¿guerra civil, guerra contra la sociedad, guerra antiterrorista o guerra ambigua?”, *Análisis Político*, núm. 46, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, mayo-agosto, 2002.
- Plattner, Denise, “La represión penal de las violaciones del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados no internacionales”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 101, Ginebra, septiembre-octubre, 1990.
- Ponte Iglesias, María Teresa, *Conflictos armados, refugiados y desplazados internos en el derecho internacional actual*, Colección de Estudios Internacionales, Tórculo Ediciones, Santiago de Compostela, 2000.
- Posada Viana, Alfredo y Matallana Eslava, José Iván, “Estado de sitio y legalidad marcial en Colombia”, Tesis de grado de la Universidad Javeriana, Bogotá, 1987.
- Preux, J. De, “Los Convenios de Ginebra y la reciprocidad”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 67, Ginebra, enero-febrero, 1985.
- Procuraduría General de la Nación, *El Palacio de justicia y el derecho de gentes*, Editorial Printer, Bogotá, 1986.
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *El conflicto, callejón con salida*, Informe Nacional de Desarrollo Humano, Colombia, 2003.
- Quel López, Javier F. (ed.), *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Colección Escuela Diplomática, núm. 4, Escuela Diplomática y Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Madrid, 2000.
- Quintana, Juan José, “La violación del derecho internacional humanitario y su sanción: el Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 123, Ginebra, mayo-junio, 1994.

- Quiroz, Francisco, “Las representaciones de derechos humanos y derecho internacional humanitario de los grupos armados irregulares en Colombia”, en Centro de Investigaciones Sociojurídicas (Cijus), *Paz y derechos humanos: del círculo vicioso al círculo virtuoso*, Ediciones Uniandinas, Bogotá, 2002.
- Ramelli Arteaga, Alejandro, *Derecho internacional humanitario y estado de beligerancia*, Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho, núm. 12, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999.
- Ramelli Arteaga, Alejandro, *La constitución colombiana y el derecho internacional humanitario*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000.
- Ramírez Tobón, William, “¿Guerra civil en Colombia?”, *Análisis Político*, núm. 46, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, mayo-agosto, 2002.
- Ramírez, Socorro, *Intervención en conflictos internos. El caso colombiano 1994-2004*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2004.
- Ramón Chornet, Consuelo (ed.), *Derechos y libertades ante las nuevas amenazas a la seguridad global*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- Ramón Chornet, Consuelo (coord.), *El derecho internacional humanitario ante los nuevos conflictos armados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- Ramón Chornet, Consuelo (ed.), *Los retos humanitarios del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- Ramón Chornet, Consuelo, *¿Violencia necesaria? La intervención humanitaria en derecho internacional*, Editorial Trotta, Madrid, 1995.
- Remiro Brotóns, Antonio, “¿Nuevo orden o derecho internacional?”, en Consuelo Ramón Chornet (ed.), *Derechos y libertades ante las nuevas amenazas a la seguridad global*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

- Reidy, Aisling, “El enfoque de la Comisión y del Tribunal Europeos de Derechos Humanos sobre el derecho internacional humanitario”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 147, Ginebra, septiembre, 1998.
- Reieff, David, *Una cama por una noche. El humanitarismo en crisis*, Editora Aguilar, Bogotá, 2003.
- Rey Marcos, Francisco y De Currea-Lugo, Víctor, *El debate humanitario*, Icaria Editorial, Barcelona, 2002.
- Reyes Echandía, Alfonso, *Derecho Penal*, 11 edición, Temis, Bogotá, 1996.
- Reyes Posada, Alejandro y Bejarano, Ana María, “Conflictos agrarios y luchas armadas en la Colombia contemporánea: una visión geográfica”, *Análisis Político*, núm. 5, Bogotá, septiembre-diciembre, 1988.
- Rey-Schyr, Catherine, “Los Convenios de Ginebra de 1949: un progreso decisivo”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 151, Ginebra, septiembre, 1999.
- Roberge, Marie-Claude, “El nuevo Tribunal Penal Internacional: evaluación preliminar”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 148, Ginebra, diciembre, 1998.
- Roberts, Adam, “El papel de las cuestiones humanitarias en la política internacional del decenio de 1990”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 149, Ginebra, marzo, 1999.
- Rodríguez-Villasante Prieto, José Luis (coord.), *Derecho internacional humanitario*, Cruz Roja Española, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- Rodríguez-Villasante Prieto, José Luis (coord.), *El derecho internacional humanitario ante los retos de los conflictos armados actuales*, Fundación Rafael del Pino, Cruz Roja Española, Madrid, 2006.
- Rogers, A. P. V., “Una guerra sin víctimas”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 153, Ginebra, marzo, 2000.

- Romero, Flor Alba y Pazos, Ramiro (comps.), *Derechos humanos y derecho internacional humanitario. Catálogo*, Universidad de los Andes, IEPRI, Temis, Bogotá, 1998.
- Ronderos, Marta Teresa (coord.), *Manual para cubrir la guerra y la paz*, Conferencia Episcopal de Alemania, Fescol, Embajada de Alemania, Fundación para un Nuevo Periodismo Iberoamericano, Bogotá, 1999.
- Ronzitti, Natalito, “¿Es aceptable el *non liquet* del informe final del Comité constituido para examinar la campaña de la OTAN en contra de la República Federativa de Yugoslavia?”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 156, Ginebra, diciembre, 2000.
- Rubinstein, Richard E., *Alquimistas de la revolución: el terrorismo en el mundo moderno*, Granica Ediciones, Buenos Aires, 1988.
- Rujana Quintero, Miguel (comp.), *Democracia, derechos humanos, derecho internacional humanitario*, Universidad Libre de Colombia, Editorial Kimpres, Bogotá, 2000.
- Ryniker, Anne, “Respeto del derecho internacional humanitario por las fuerzas de las Naciones Unidas: algunos comentarios a propósito del boletín del Secretario General de las Naciones Unidas, del 6 de agosto de 1999”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 152, Ginebra, diciembre, 1999.
- Sánchez Gómez, Gonzalo, “La guerra contra los derechos del hombre”, *Análisis Político*, núm. 46, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, mayo-agosto, 2002.
- Sandoz, Yves, “El medio siglo de los Convenios de Ginebra”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 150, Ginebra, junio, 1999.
- Sandoz, Yves, “Prohibición o restricción de utilizar ciertas armas clásicas”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Ginebra, enero-febrero, 1981.
- Sassóli, Marco, “La responsabilidad del Estado por las violaciones del derecho internacional humanitario”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 162, Ginebra, junio, 2002.

- Savater, Fernando, *Ética como amor propio*, Mondadori, Madrid, 1988.
- Schindler, Dietrich, “Importancia de los Convenios de Ginebra para el mundo contemporáneo”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 152, Ginebra, diciembre, 1999.
- Schlenker Monsalve, Juana, *Uso del discurso de los derechos humanos por los actores armados en Colombia: ¿humanización del conflicto o estrategia de guerra?*, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Centro de Investigaciones Sociojurídicas, Bogotá, 2005.
- Schmit, Michael N., “La guerra de la información: los ataques por vía informática y el *jus in bello*”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 162, Ginebra, junio, 2002.
- Schmitt, Carl, *El Nomos de la tierra en el derecho de gentes del jus publicum europaeum*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979.
- Schmitt, Carl, *Teoría del partisano*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966.
- Sepúlveda, César, “Los derechos humanos y el derecho internacional humanitario ante la subversión en América Latina”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 51, México, enero-abril, 1984.
- Shiva, Vandana, *Las guerras del agua. Privatización, contaminación y lucro*, Siglo XXI Editores, México, 2003.
- Sofsky, Wolfgang, *Tiempos de horror, amok, violencia, guerra*, Siglo XXI, Madrid, 2004.
- Springer, Natalia, *Desactivar la guerra, alternativas audaces para consolidar la paz*, Aguilar, Bogotá, 2005.
- Stahn, Carsten, “La geometría de la justicia transicional: opciones de diseño institucional”, en Angelika Rettberg (comp.), *Entre el perdón y el paredón, preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Ciencia Política, Bogotá, 2005.
- Stewart, James, “Hacia una definición única de conflicto armado en el derecho internacional humanitario. Una crítica de los conflic-

- tos armados internacionalizados”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 850, Selección de artículos 2003, Buenos Aires, 2004, pp. 115 a 153.
- Stoffels, Ruth Abril, *La asistencia humanitaria en los conflictos armados: configuración jurídica, principios rectores y mecanismos de garantía*, Cruz Roja Española, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- Suárez, José Bernardo, *Compendio de los principios de derecho internacional de Don Andrés Bello*, Imprenta de la República de J. Núñez, Santiago, 1883.
- Sun Tzu, *El arte de la guerra*, Editorial Fundamentos, Madrid, 1981.
- Swinarski, Christopher, *Introducción al derecho internacional humanitario*, Comité Internacional de la Cruz Roja e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José y Ginebra, 1984.
- Thieux, Laurence, *El terrorismo internacional: causas e implicaciones estratégicas*, Centro de Investigación para la Paz, Fundación Hogar del Empleado, Madrid, 2005.
- Thürer, Daniel, “El Estado desestructurado y el derecho internacional”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 152, Ginebra, diciembre, 1999.
- Ticehurst, Rupert, “La Cláusula Martens y el derecho de los conflictos armados”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 140, marzo-abril, Ginebra, 1997.
- Townshend, Charles, “El proceso de terror en la política irlandesa”, en Noel O’Sullivan, *Terrorismo, ideología y revolución*, Madrid, Alianza Editorial, 1986.
- Truyol y Serra, Antonio, *Fundamentos del derecho internacional público*, Editorial Tecnos, Madrid, 1977.
- Unidad de Alerta de la Escola de Cultura de Pau, *Alerta 2003: informe sobre conflictos, derechos humanos y construcción de paz*, Icaria Editorial, 2003.
- Unidad de Estudios Humanitarios, *Los desafíos de la acción humanitaria. Un balance*, Icaria Editorial, Barcelona, 1999.

- Upegui Jiménez, Andrés, “La conquista de América y el derecho de la guerra: pensamiento jurídico de Francisco de Vitoria”, Bogotá, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, tesis de grado para optar por el título de abogado, 1991.
- Uprimny Yepes, Rodrigo, *La dialéctica de los derechos humanos en Colombia*, Fundación Universitaria Autónoma de Colombia, Bogotá, 1992.
- Urbina, Julio Jorge, *Protección de las víctimas de los conflictos armados, Naciones Unidas y derecho internacional humanitario*, Cruz Roja Española, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- Uribe de Hincapié, María Teresa, López Lopera, Liliana María, *Las palabras de la guerra, un estudio sobre las memorias de las guerras civiles en Colombia*, La Carreta Editores, Instituto de Estudios Políticos de la Universidad de Antioquia, Corporación Región, Medellín, 2006.
- Valencia Villa, Alejandro, *La humanización de la guerra: derecho internacional humanitario y conflicto armado en Colombia*, 2 edición, Tercer Mundo Editores y Ediciones Uniandes, Bogotá, 1992.
- Valencia Villa, Alejandro, *Derecho humanitario para Colombia*, Defensoría del Pueblo, Bogotá, 1994.
- Valencia Villa, Hernando, “Bibliografía sobre derecho de los conflictos armados y guerra de guerrillas en Colombia”, *Análisis Político*, núm. 6, Bogotá, enero-abril, 1989.
- Valencia Villa, Hernando, “De las guerras constitucionales en Colombia, Capítulo LXVIII: informe sobre la reforma de Barco”, *Análisis Político*, núm. 6, Bogotá, enero-abril, 1989.
- Valencia Villa, Hernando, “Status de los tratados internacionales de derechos humanos según la nueva Constitución colombiana”, en Comisión Andina de Juristas Seccional Colombiana, *Espacios internacionales para la justicia en Colombia*, Vol. III, Bogotá, 1993.
- Valencia Villa, Hernando, “Vida, pasión y muerte del Tribunal Especial”, *Análisis Político*, núm. 2, Bogotá, septiembre-diciembre, 1987.

- Valencia Villa, Hernando, *Diccionario de derechos humanos*, Espasa Calpe, Madrid, 2003.
- Valencia Villa, Hernando, *La justicia de las armas: una crítica normativa de la guerra metodológica en Colombia*, Tercer Mundo Editores e Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1993.
- Valladares, Gabriel Pablo (comp.), *Lecciones y ensayos, derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003.
- Vásquez Carrizosa, Alfredo, *La filosofía de los derechos humanos y la realidad de América Latina*, Universidad Nacional, Bogotá, 1989.
- Verdross, Alfred, *Derecho internacional público*, Aguilar, Madrid, 1982.
- Veuthey, Michel, *Guerrilla et droit humanitaire*, Comité Internationale de la Croix Rouge, Genève, 1983.
- Victoria Ochoa, Diego Fernando, *Delitos contra las personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario –conforme con el nuevo código penal–*, Leyer, Bogotá, 2001.
- Viera-Gallo, José Antonio, “El terrorismo. Un desafío para la comunidad internacional”, en Augusto Varas (ed.), *Jaque a la democracia: orden internacional y violencia política en América Latina*, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1990.
- Vierri, Pietro, *Diccionario de derecho Internacional de los conflictos armados*, CICR - Tercer Mundo Editores, Bogotá, 1999.
- Vigny, Jean-Daniel y Thompson, Cecilia “¿Cuál es el porvenir de las normas fundamentales de la humanidad?”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 156, Ginebra, diciembre, 2000.
- Villarraga Sarmiento, Álvaro, “Los Acuerdos especiales en Colombia”, en *Acuerdos humanitarios*, Documentos núm. 7, Indepaz, 2002.
- Villarraga Sarmiento, Álvaro, *Derecho Internacional humanitario aplicado. Casos de Colombia, El Salvador, Guatemala, Yugoslavia y Ruanda*, Tercer Mundo Editores, Colombia, 1998.

- Waldman, Peter, *Guerra civil, terrorismo y anomia social, el caso colombiano en un contexto globalizado*, Grupo Editorial Norma, Bogotá, 2007.
- Walzer, Michael, *Guerra, política y moral*, Ediciones Paidós Ibérica, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2001.
- Walzer, Michael, *Guerras justas e injustas, un razonamiento moral con ejemplos históricos*, Ediciones Paidós Ibérica, Barcelona, 2001.
- Walzer, Michael, *Reflexiones sobre la guerra*, Paidós, Barcelona, 2004.
- Wilkinson, Paul, “La lucha contra la hidra: el terrorismo internacional y el imperio de la ley”, en Noel O’Sullivan, *Terrorismo, ideología y revolución*, Alianza Editorial, Madrid, 1986.
- Yáñez-Barnuevo, Juan Antonio (coord.), *La justicia penal internacional: una perspectiva iberoamericana. Encuentro iberoamericano sobre justicia penal internacional*, Casa de América, Madrid, 2001.
- Zalaquett, José, “Conceptualización del terrorismo desde un punto de vista normativo”, en Augusto Varas (ed.), *Jaque a la democracia: orden internacional y violencia política en América Latina*, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1990.
- Zegveld, Liesbeth, “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el derecho internacional humanitario. Comentario acerca del caso La Tablada”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 147, Ginebra, septiembre, 1998.
- Zegveld, Liesbeth, “Recursos jurisdiccionales para las víctimas de violaciones del derecho internacional humanitario”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 851, Selección de artículos 2003, Buenos Aires, 2004, pp. 189 a 220.
- Zorgbibe, Charles, “En los orígenes del reconocimiento de beligerancia”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 15, marzo, 1977.

Zuleta, Estanislao, *Colombia, violencia, democracia y derechos humanos*, Bogotá, Altamir Ediciones, 1991.

Zuppi, Alberto Luis, *Jurisdicción universal para crímenes contra el derecho internacional. El camino hacia la Corte Penal Internacional*, Editorial AD-HOC, Buenos Aires, 2002.

Otras publicaciones de la Oficina:

- **Compilación de instrumentos internacionales.**  
Derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional humanitario, derecho penal internacional
- **Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional.**  
Derechos humanos, derecho internacional humanitario, derecho penal internacional.  
Cinco volúmenes
- **Compilación de derecho penal internacional.**  
El Estatuto de Roma y otros instrumentos de la Corte Penal Internacional.
- **Derecho internacional de los derechos humanos.**  
Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano

El presente libro se divide en dos capítulos. El primero recoge los conceptos básicos del derecho humanitario, como son la noción de conflicto armado, la evolución del derecho convencional y consuetudinario, las diferencias con el derecho internacional de los derechos humanos, y los principios del derecho humanitario, entre otros.

El segundo trata de las infracciones de ese ordenamiento en el campo del derecho internacional y de la legislación colombiana, en particular en los Convenios de Ginebra de 1949 y en el Protocolo I de 1977, en los Estatutos de los tribunales penales internacionales, en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, y en el Código Penal, Código Penal Militar y Código Disciplinario Único. Al final del volumen se encuentra una amplia y completa bibliografía sobre la materia.

Esta obra es publicada por la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, y auspiciado por la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional. Su autor es Alejandro Valencia Villa, abogado consultor de la Oficina.



Oficina en Colombia del  
Alto Comisionado de las  
Naciones Unidas para  
los Derechos Humanos



**USAID**  
DEL PUEBLO DE LOS ESTADOS  
UNIDOS DE AMÉRICA