

Derecho internacional humanitario

Conceptos básicos

Infracciones en el conflicto armado colombiano

(Segunda edición actualizada, enero de 2013)



NACIONES UNIDAS
DERECHOS HUMANOS
OFICINA DEL ALTO COMISIONADO

Colombia



Canada

ACDI

Agencia Canadiense para el desarrollo Internacional

Derecho internacional humanitario

Conceptos básicos

Infracciones en el conflicto armado colombiano

Derecho internacional humanitario

Conceptos básicos

Infracciones en el conflicto armado colombiano

(Segunda edición actualizada, enero de 2013)



Colombia



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

Segunda edición actualizada, Bogotá, enero de 2013

ISBN 978-958-8558-19-6

AUTOR

Alejandro Valencia Villa

DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN

Ángela Vargas Ramírez

FOTOGRAFÍA DE LA CARÁTULA

Nicolas Vargas Ramírez

(Concejo comunitario, corregimiento de San cristóbal,
municipio de San Jacinto, departamento de Bolívar)

IMPRESIÓN

XXXX

Las opiniones expresadas en este libro son 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	11
INTRODUCCIÓN	13

CAPÍTULO I

CONCEPTOS BÁSICOS

1. DEL <i>IUS AD BELLUM</i> AL <i>IUS CONTRA BELLUM</i>	29
2. EL DERECHO HUMANITARIO CONVENCIONAL	37
3. EL DERECHO HUMANITARIO CONSUECUDINARIO	75
4. LA NOCIÓN DE CONFLICTO ARMADO	97
5. LA DISTINCIÓN ENTRE CONFLICTOS ARMADOS INTERNACIONALES O NO INTERNACIONALES	107
6. LA NOCIÓN DE CONFLICTO ARMADO NO INTERNACIONAL	115
7. EL RESPETO DEL DERECHO HUMANITARIO	125
8. EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS	135
9. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO HUMANITARIO	153
<i>a) Distinción</i>	157
<i>b) Limitación</i>	203
<i>c) Proporcionalidad</i>	220
<i>d) Protección, humanidad o inmunidad</i>	238

10. EL ARTÍCULO 3 COMÚN DE LOS CONVENIOS DE GINEBRA DE 1949	244
a) <i>Ámbito de aplicación material</i>	246
b) <i>Ámbito de aplicación personal</i>	250
c) <i>El núcleo básico de derechos</i>	251
d) <i>Posibilidades, ampliaciones y aclaraciones sobre su aplicación</i>	254
11. EL PROTOCOLO II DE 1977	258
a) <i>El trato humano de quienes no participen de manera directa en las hostilidades</i>	259
b) <i>La asistencia humanitaria</i>	269
c) <i>La protección de la población civil</i>	283
d) <i>La aplicabilidad en Colombia del Protocolo II de 1977</i>	285
12. EL DERECHO HUMANITARIO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA	297

CAPÍTULO II

LAS INFRACCIONES

1. LAS INFRACCIONES GRAVES DE LOS CONVENIOS DE GINEBRA DE 1949 Y DEL PROTOCOLO I DE 1977	314
2. LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL	323
3. LAS INFRACCIONES Y VIOLACIONES DE LOS ESTATUTOS DE LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES	326
4. LOS CRÍMENES DE GUERRA DEL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL	339
5. LAS DIFERENCIAS ENTRE LOS CRÍMENES DE GUERRA Y LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD	363
6. LAS DIFERENCIAS ENTRE LOS CRÍMENES DE GUERRA Y EL GENOCIDIO	373

7. LOS DELITOS CONTRA LAS PERSONAS Y BIENES PROTEGIDOS POR EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO DEL CÓDIGO PENAL	386
8. EL DERECHO HUMANITARIO EN EL CÓDIGO PENAL MILITAR	452
9. LAS GRAVES VIOLACIONES AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO EN EL CÓDIGO DISCIPLINARIO ÚNICO	466
10. COMPARACIÓN ENTRE LOS CRÍMENES DE GUERRA DEL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, LAS INFRACCIONES GRAVES DE LOS CONVENIOS DE GINEBRA DE 1949 Y EL PROTOCOLO I DE 1977 Y LOS DELITOS CONTRA LAS PERSONAS Y BIENES PROTEGIDOS POR EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO DEL CÓDIGO PENAL	468
11. ANÁLISIS DE ALGUNAS INFRACCIONES	482
a) <i>Los homicidios</i>	482
b) <i>No dar cuartel</i>	488
c) <i>La tortura y los tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes</i>	490
d) <i>La violación sexual y otros actos de violencia sexual</i>	506
e) <i>Herir a persona protegida</i>	528
f) <i>La toma de rehenes</i>	529
g) <i>La esclavitud y la trata de personas</i>	542
h) <i>Los actos de discriminación racial</i>	545
i) <i>Los castigos colectivos y las represalias</i>	548
j) <i>Los actos de terrorismo</i>	551
k) <i>El pillaje, el saqueo, la apropiación, el despojo y la confiscación de bienes</i>	573
l) <i>La exacción o contribuciones arbitrarias</i>	580
m) <i>Las condenas dictadas sin garantías judiciales</i>	582
n) <i>El reclutamiento de niñas, niños y adolescentes</i>	589

<i>ñ) Los desplazamientos forzados de la población civil</i>	597
<i>o) La desprotección de los heridos y enfermos</i>	607
<i>p) Atacar al personal sanitario y religioso</i>	609
<i>q) Atacar las unidades y los medios de transporte sanitarios</i>	611
<i>r) Omisión de medidas de protección a la población civil y de asistencia humanitaria</i>	615
<i>s) La utilización de medios y métodos de guerra ilícitos</i>	623
<i>t) La perfidia</i>	627
<i>u) El uso indebido del signo distintivo</i>	634
<i>v) Forzar a servir en la parte enemiga</i>	638
<i>w) Atacar bienes indispensables para la supervivencia de la población civil</i>	639
<i>x) Atacar obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas</i>	643
<i>y) Atacar bienes culturales y lugares de culto</i>	649
<i>z) Causar daños al medioambiente</i>	656
BIBLIOGRAFÍA	665

AGRADECIMIENTOS DEL AUTOR

Este libro es una actualización de uno que con el mismo nombre fue publicado en septiembre de 2007 también por la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Aunque se conserva la estructura del texto anterior, los dos mismos dos capítulos y casi los mismos temas, cinco años después, se revisaron, corrigieron y aumentaron todos los apartados del libro de 2007.

Esta nueva edición sigue siendo fruto de mis lecturas e inquietudes 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 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 Comisión de Verdad y Justicia del Paraguay (2007 – 2008), la Comisión de Verdad del Ecuador (2008 – 2009), el Programa Colombia del Centro Internacional por la Justicia Transicional (2010), la Academia de Derechos Humanos y Derecho Humanitario del Washington College of Law de American

University (desde el 2002) y la Oficina 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.

Quiero agradecer de manera particular a mi amiga y colega Margarita Uprimny de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, que gracias a ella y a la financiación de la Oficina ve a luz esta nueva edición. También reconozco el estímulo y las contribuciones de mis alumnos y alumnas de las diferentes clases, cursos y talleres que he dictado en estos años en Colombia y en otras latitudes. A mi familia y a Heidi, por su compañía y solidaridad. A todos y todas, esta publicación es posible. Muchas gracias.

INTRODUCCIÓN

“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, micrograma¹

Colombia es el único país de América con un conflicto armado. Su prolongación durante décadas ha demostrado que los colombianos y colombianas del común son los más afectados. Los civiles no son sólo las víctimas, sino el objetivo, el blanco de las diferentes estrategias de las partes enfrentadas para aterrorizarlos.² 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 guerreros humanos e inhumanos, guerras justas e injustas, formas de

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

2 Vicenç Fisas, *Cultura de paz y gestión de conflictos*, Icaria, Barcelona, 1998, p. 61.

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.³

Aunque no se pueden desconocer que en los últimos años han existido importantes avances en la difusión, análisis y discusión del derecho humanitario, las infracciones graves a esta normatividad no son cosa del pasado sino también del presente. Se siguen presentando ejecuciones extrajudiciales, toma de rehenes, reclutamiento de menores de edad en las filas de combate, entre otras. “Los crímenes atroces esta[n] ligados al proceso de deshumanización. El argumento de la deshumanización se compone de dos elementos: por un lado, el combatiente deja de ser una persona ‘civilizada’; por el otro, el enemigo deja de ser humano”.⁴

Por esta razón, 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,

3 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.

4 Joanna Bourke, *Sed de sangre*, historia íntima del combate cuerpo a cuerpo en las guerras del Siglo XX, Crítica, Barcelona, 2008, pp. 227 y 228.

instituciones, normas legales, valores, etc”.⁵ “... [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”.⁶

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 combate⁷ y de esta manera reducir los costes que produce.⁸ Hasta que

5 Angelo Papacchini, “Los derechos humanos y la paz”, en *Los derechos humanos, un desafío para la violencia*, Altamir Ediciones, Bogotá, 1997, p. 396.

6 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.

7 “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.

8 “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

la guerra desaparezca por completo, el imperativo debe ser limitarla.⁹ Así, esta normatividad pretende encausar 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

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 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 Reychler, "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.

9 Alex J. Bellamy, *Guerras justas*, De Cicerón a Irak, Fondo de Cultura Económica, México, 2009, p. 15

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 dijo la Corte Constitucional en 1995:

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 los actores enfrentados, y por ende favorece la búsqueda de la paz y la reconciliación de las sociedades fracturadas por los conflictos armados.¹⁰

10 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

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 las fuerzas militares, el diálogo es el mejor camino para alcanzar la paz. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos señaló en 1999:

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 “humanizar” el conflicto y, así, contribuir a crear condiciones propicias para las negociaciones entre las partes en contienda y el eventual restablecimiento de la paz.¹¹

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.

- 11 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.

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.¹²

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, puede contribuir de manera efectiva a mitigar los estragos de la confrontación, y a disminuir las operaciones de guerra, mientras se desarraiga de una vez por todas la lucha armada en Colombia. Empezar a reconocer 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

12 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.

que los soldados se sujeten firmemente a las normas que tales reglas establecen. La limitación de la guerra es el comienzo de la paz”.¹³

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 obligadas a prestar asistencia médica a los combatientes heridos para que puedan sanarse, o liberar a los prisioneros de guerra cuando finalicen las hostilidades.¹⁴

13 Michael Walzer, *Guerras justas e injustas. Un razonamiento moral con ejemplos históricos*, Ediciones Paidós Ibérica, Barcelona, 2001, p. XI.

14 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.

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.¹⁵

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. El único fin lícito dentro del combate es el debilitamiento del enemigo, siempre y cuando se sujete al límite impuesto por las normas de carácter humanitario.

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.¹⁶

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 cons-

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

16 Michael Walzer, *Guerras justas e injustas...*, ob. cit., p. 267.

CAPÍTULO I

CONCEPTOS BÁSICOS

La violencia es inherente a la cultura. La cultura se impone y se mantiene por la violencia. Y la cultura pone a disposición del hombre los medios de destrucción. La violencia es el destino de la especie. La guerra es uno de los distintos ámbitos de la violencia.¹

La guerra es una de las primeras actividades sociales del ser humano y tal vez sea una de las últimas. Existen evidencias históricas que la guerra organizada existe desde finales de la era del paleolítico. La guerra es tan antigua como la civilización. En 5.600 años de historia escrita se han registrado 14.600 guerras.² “En 1969 Will y Ariel Durant calcularon que de los 3.421 años de civilización, solo en 268 no habían ocurrido guerras”.³ La constancia a lo largo de la historia y su ubicuidad en el planeta tierra, denotan que la guerra es normal.⁴

1 Wolfgang Sofsky, *Tratado sobre la violencia*, Abada Editores, Madrid, 2006, p. 217, 224.

2 Citado por James Hillman, *Un terrible amor por la guerra*, Sexto piso, Madrid, 2010, p. 29.

3 Arther Ferrill, *The origins of war* citado por Donald Kagan, *Sobre las causas de la Guerra y la preservación de la paz*, Turner, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2003, p. 18.

4 James Hillman, *Un terrible amor por la guerra*, ob. cit., p. 34

Heráclito decía que la guerra es el padre de todas las cosas,⁵ Immanuel Kant señalaba que “el estado en que los hombres viven en paz unos junto a los otros no es natural; la guerra es el estado natural del hombre”⁶ y Emmanuel Lévinas manifestaba que “el ser se revela así mismo como guerra”.⁷

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,⁸ en que la fuerza es utilizada por los hombres y contra los hombres,⁹ es una prueba de que los hombres no son egoístas,¹⁰ es un evento no necesario sino posible,¹¹ por eso es un ejemplo extremo de la anarquía de los significados morales.¹² “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

5 Heráclito, fragmento 53. “La guerra es madre de todo y reina de todo. De unos hace dioses; de otros, hombres. De unos hace esclavos; de otros, hombres libres”.

6 Citado por Hillman, James, *Un terrible amor por la guerra*, ob. cit., p. 12

7 *Ibíd.*, p. 12.

8 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*, Icaria Editorial - Ediciones UNESCO, Barcelona, 1998, p. 26.

9 Michael Walzer, *Guerras justas e injustas: un razonamiento moral con ejemplos históricos*, Ediciones Paidós Ibérica, Barcelona, 2001, p. 62.

10 Mary Kaldor, *Las Nuevas Guerras. La violencia organizada en la era global*, Tusquets Editores, Barcelona, 2001, p. 43.

11 Norberto Bobbio, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Gedisa Editorial, Barcelona, 1992, p. 42.

12 Michael Walzer, *Guerra, política y moral*, Ediciones Paidós Ibérica, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2001, p. 42.

testimonio de la imperfección de la convención bélica y nuestra indignación da fe de su realidad y su dureza”.¹³

La guerra, desde un punto de vista normativo, ha sido vista por el derecho a través de cuatro importantes tradiciones: el *ius ad bellum* o el derecho a la guerra, el *ius in bellum* o el derecho de la guerra,¹⁴ el *ius post bellum* o el derecho después de la guerra y el *ius contra bellum* o el derecho a la no guerra.

El “*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”.¹⁵ Sobre esta diferencia ha dicho el profesor Waltzer 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”.¹⁶ “El *jus ad bellum* formula preguntas a los líderes políticos; el *jus in bello* considera la responsabilidad de los soldados. Por lo tanto una guerra justificable puede librarse injustamente; una guerra injusta puede librarse justamente”.¹⁷

El *ius post bellum*, el derecho después de la guerra, hace referencia a temas como los de la teoría y práctica de la pacificación

13 Michael Walzer, *Guerras justas e injustas...*, ob. cit., p. 84.

14 “...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 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*, No. 143, Ginebra, 1997, p. 597.

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

16 Michael Walzer, *Guerras justas e injustas...*, ob. cit., p. 61.

17 Alex J. Bellamy, *Guerras justas*, De Cicerón a Irak, Fondo de Cultura Económica, México, 2009, p. 201.

(el desarme, la desmovilización y la reintegración)¹⁸ la ocupación militar, la reconciliación política¹⁹ y la 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.²⁰ El *ius contra bellum*, hace referencia a la tesis que abogan por la no guerra, el pacifismo²¹ y la sanción de los crímenes contra la paz que hoy se conocen como el crimen de agresión.

El presente capítulo, que se denomina “conceptos básicos”, desarrolla algunas nociones generales que son esenciales para comprender los propósitos del derecho internacional humanitario. Son una docena de apartados los que integran este capítulo.

18 En la teoría de resolución de conflictos se conoce como DDR.

19 Michael Walzer, *Reflexiones sobre la guerra*, Paidós, Barcelona, 2004, pp. 18 y 19.

20 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 (Anexo del Informe final del Relator Especial acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos, derechos civiles y políticos, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1 presentado a la Comisión de Derechos Humanos en 1998), 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 (Proyecto presentado por el Relator Cherif Bassiouni, ante la Comisión de Derechos Humanos, en su informe sobre el derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Doc. E/CN.4/2000/62. 18 de enero de 2000). 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*, No. 851, Selección de artículos 2003, Buenos Aires, 2004, p. 189 a 220.

21 Dos representantes contemporáneos de esta tradición son Norberto Bobbio y Hans Kelsen, véase por ejemplo Norberto Bobbio, *El Tercero ausente*, Cátedra, Madrid, 1997 y Hans Kelsen, *La paz por medio del derecho*, Madrid, 2008.

El primero, del *ius ad bellum* al *ius contra bellum*, introduce algunos aspectos de estas dos tradiciones normativas que no son abordadas en profundidad en este libro pero de las cuales se quiere ofrecer una aproximación sobre las temáticas de que trata tanto el derecho a la guerra como el derecho a la no guerra.

Los otros dos siguientes apartados, tratan sobre el derecho humanitario convencional y el derecho humanitario consuetudinario. Por un lado, algunos preceptos del derecho humanitario han sido recogidos y recopilados en instrumentos internacionales. Por otro 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. Ambos reconocimientos han sido considerados como fuentes del derecho internacional por el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. En el segundo apartado se presentan las principales convenciones de derecho humanitario y en el tercero se hace referencia al derecho consuetudinario como fuente del mismo.

Los apartados cuatro a seis, se detienen sobre el campo de aplicación material del derecho humanitario que no es otro que los conflictos armados. El apartado cuatro desarrolla la noción de conflicto armado, el quinto establece la distinción entre conflictos armados internacionales o no internacionales y el sexto trata sobre la noción de conflicto armado no internacional. Develar de manera precisa qué es y qué no es conflicto armado, cuáles son los elementos centrales de su noción y cómo se caracterizan los conflictos armados internacionales y los no internacionales, es capital para determinar en qué situaciones se aplica el derecho humanitario.

El séptimo apartado, sobre el respeto del derecho humanitario, señala las obligaciones que tienen las partes en un conflicto armado, trátase de estados o de grupos armados no estatales. El octavo apartado, el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, expone cuáles son las diferencias y las semejanzas, las relaciones y las convergencias,

entre estos dos marcos normativos que en situaciones de conflictos armados se superponen y complementan.

El noveno apartado, el más largo del capítulo, explica algunos de los principios más importantes del derecho humanitario. En primer lugar, el principio de distinción, expone con algún detalle en qué consisten los conceptos de combatientes, personas que participan directamente en las hostilidades, personas protegidas, objetivos militares y bienes civiles. En segundo lugar, el principio de limitación, sustenta porqué el derecho humanitario limita ciertas armas y el uso de ciertas tácticas y estrategias. En tercer lugar, el principio de proporcionalidad, señala el porqué se proscriben los daños colaterales excesivos y el porqué se exige que las hostilidades representen ventajas militares definidas. Por último, el principio de protección, humanidad e inmunidad, subraya la importancia que tiene para el derecho humanitario la población civil, los heridos, los enfermos, los náufragos, el personal sanitario y el personal religioso.

Los apartados diez y once, tratan sobre las disposiciones más importantes del derecho humanitario aplicables a conflictos armados no internacionales. El apartado diez, sobre el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949, explica el ámbito de aplicación material y personal de esta norma, el núcleo básico de derechos que protege y otras posibilidades, ampliaciones y aclaraciones sobre su aplicación. El apartado once, sobre el Protocolo II de 1977, expone el trato humano de quienes no participen de manera directa en las hostilidades ofrecido por este instrumento, las regulaciones que contempla sobre la asistencia humanitaria y la protección de la población civil y finaliza con unas consideraciones sobre la aplicabilidad en Colombia del Protocolo II de 1977.

El último apartado, sobre el derecho humanitario en la Constitución Política de Colombia, interpreta la expresión del numeral 2º del artículo 214 constitucional que señala que “[e]n todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario”. Es de esperar que con este capítulo se comprendan algunos de los aspectos más importantes del derecho internacional humanitario.

1. DEL IUS AD BELLUM AL IUS CONTRA BELLUM

Aunque el propósito de este libro es desarrollar algunos conceptos básicos sobre el *ius in bellum* o el derecho internacional humanitario propiamente dicho, así como sobre algunas de las infracciones contra esa normatividad, de manera breve se quiere hacer referencia al *ius ad bellum* o el derecho a la guerra y al *ius contra bellum* o el derecho a la no guerra.

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 y jurídicas.²² 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,²³ otros como juego: es una actividad reglada,²⁴ algunos otros como rito: es una agresión grupal ritualizada, es una ceremonia social compleja,²⁵ 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.²⁶

22 Algunas de las visiones que se presentan a continuación, junto con algunos autores, son desarrolladas por 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.

23 Sun Tzu, *El arte de la guerra*, Editorial Panamericana, Bogotá, 1999.

24 Johan Huizinga, *Homo Ludens*, Alianza Editorial, Madrid, 2000.

25 *The rite of war* de Stan Windass o véase también la cita de Daniel Frei, que se incluya en infra p. 295.

26 Carl Schmitt, *El Nomos de la tierra en el derecho de gentes del jus publicum europaeum*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979.

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” 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.²⁷ 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.²⁸

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.²⁹ La de Alberico Gentili, para quien es la contienda justa entre

27 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.

28 Albert Camus, *El hombre rebelde*, Obras 3, Alianza Editorial, Madrid, 1996. Michael Ignatieff, *El mal menor*, ética política en una era de terror, Taurus, Madrid, 2005. Mary Kaldor, *Las Nuevas Guerras*, ob. cit. Michael Walzer, *Guerras justas e injustas*, ob. cit. Caleb Carr, *Las lecciones del terror*, orígenes históricos del terrorismo internacional, Ediciones B, Barcelona, 2002.

29 Francisco De Vitoria, *Relecciones del estado, de los indios y del derecho de la guerra*, Editorial Porrúa, México, 2000. Según el profesor Antonio Truyol y Serra, su idea más innovadora es la del *totus orbis* de la humanidad concebido como una persona moral que agrupa a todos los Estados sobre la base del derecho natural. En Antonio Gómez Robledo, *Fundadores del derecho internacional, Vitoria, Gentili, Suárez, Grocio*, UNAM, México, 1989, p. 33.

ejércitos públicos.³⁰ La de Hugo Grocio, que entiende que es el estado de los que litigan por la fuerza.³¹

La teoría de la guerra justa³² es una de las tradiciones a las que más se recurre para justificar la legitimidad de la guerra. Tiene un importante desarrollo desde la antigüedad hasta nuestros días.³³ Las llamadas nuevas guerras han encontrado en esta teoría razones para su justificación bajo los argumentos entre otros del derecho a la legítima defensa, la agresión indirecta, las guerras punitivas, la guerra preventiva y la intervención humanitaria.

“... una tarea crucial de las teorías de la guerra justa consiste en la elaboración de una cultura política que permita formar comunidades y ciudadanos dispuestos a observar rigurosamente unos preceptos que restringen al máximo el recurso a la guerra y que buscan preservar los derechos de las personas durante las guerras, aunque esas personas sean enemigas, combatientes y portadoras de motivos que no entendemos ni respetamos”.³⁴

-
- 30 *Commentatio de Jure Belli*, 1588. “La guerra es una lucha justa, armada y pública”, en Antonio Gómez Robledo, *Fundadores del derecho internacional, Victoria, Gentili, Suárez, Grocio*, Ibíd., p. 52. A partir de la p. 41 y ss esta obra hace un buen resumen de la vida y obra de Alberico Gentili.
- 31 *De Jure Belli ac Pacis*, 1625. Sobre la vida y obra de Hugo Grocio véase Antonio Gómez Robledo, *Fundadores del derecho internacional, Victoria, Gentili, Suárez, Grocio*, Ibíd., p. 101 y ss
- 32 Joseph Baqués Quesada, *La teoría de la guerra justa*, una propuesta de sistematización del “ius ad bellum”, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2007.
- 33 La primera parte del libro de Alex J. Bellamy, *Guerras justas*, De Cicerón a Irak, ob. cit., trae un pormenorizado recuento histórico que comprende la antigüedad, la edad media, reforma y renacimiento, de la guerra santa a la ilustración y la modernidad y después. Otro libro no tan actual pero que presenta las tesis más clásicas de esta teoría es el de Yves de la Brière, *El derecho de la guerra justa*, tradición teológica y adaptaciones contemporáneas, Ed. Jus, México DF, 1944.
- 34 Jorge Giraldo Ramírez, *Guerra civil posmoderna*, Siglo del Hombre Editores, Instituto de Filosofía de la Universidad de Antioquia, Fondo Editorial Universidad Eafit, Bogotá, 2009, p. 215.

“La necesidad de separar radicalmente el problema de la justificación del problema de la conducta debe ser la característica dominante de una teoría contemporánea de la guerra justa. Una vez establecido esto, la discusión sobre la moralidad de la guerra se remite a dos problemas: la construcción de un espacio para los no combatientes en las guerras posmodernas y la adecuación de un estatuto para los combatientes y su comportamiento”.³⁵

Con base en esta teoría, algunos autores señalan que el *ius ad bellum* cuenta con cuatro criterios sustanciales. El primero es la intención correcta: los individuos deben hacer la guerra en pro del bien común y no en busca del engrandecimiento personal ni por odio al enemigo. El segundo es que la guerra sólo puede ser iniciada por una causa justa, que suele limitarse a la autodefensa, la defensa de otros, la restauración de la paz, la defensa de los derechos y el castigo de los infractores. El tercero es la proporcionalidad de los fines, es decir, si el daño global que puede causar la guerra es menor que el causado por el mal que se intenta corregir. Finalmente debe aplicarse la prueba sustancial del último recurso: el uso de la fuerza ¿es la única manera o la más proporcionada de reparar el daño sufrido? Como criterio prudencial se señala la expectativa razonable de éxito y como criterios procesales la autoridad legítima y la declaración adecuada.³⁶

Norberto Bobbio, distingue “por lo menos cuatro modos de considerar la relación entre guerra y derecho”: 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

35 Ibid., p. 218.

36 Véase Alex J. Bellamy, *Guerras justas*, ob. cit., p. 191 y ss.

fuerza del derecho: es un fenómeno revolucionario (autores socialistas y comunistas).³⁷

Además de esta riqueza de teorías sobre el *ius ad bellum*, que no serán profundizadas ya que no es el objetivo del presente libro, también vale la pena destacar que desde un punto de vista normativo, desde hace varias décadas, el derecho a la guerra está prohibido. El Pacto Briand-Kellog de 1928 y la Carta de las Naciones Unidas de 1945 prohíben el uso de la fuerza.³⁸ De esta manera el *ius contra bellum* encuentra un fundamento legal.

“Un paso decisivo en el desarrollo del principio del uso de la fuerza fue el Pacto general de renuncia a la guerra 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)...”.³⁹ De igual manera el

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

37 Norberto Bobbio, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Gedisa, Barcelona, 1992, p. 85 y ss.

38 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 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. 603-620.

39 Manuel Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Editorial Tecnos, Madrid, 1999, p. 823.

comprende no sólo el uso de la fuerza, sino también la “amenaza” de uso de la fuerza.⁴⁰

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 arrebató 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 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, 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.⁴¹

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 anexa a la resolución 2625 (XXV).⁴²

40 Ibid.

41 Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 6, “El derecho a la vida”, párr. 2.

42 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.

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 extra-jurídicas. El derecho se sitúa aun más arriba de lo uno y de lo otro.⁴³

... 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 acompañada 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.⁴⁴

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.

El Consejo de Seguridad históricamente ha autorizado el uso de la fuerza en varias ocasiones, ya sea con base en el Capítulo VI, VII u VIII de la Carta de las Naciones Unidas. Sin embargo, no son comprensibles ni convincentes las razones por las cuales este

43 Robert Kolb, ob. cit., p. 592.

44 Luigi Ferrajoli, "Epílogo", en Linda Bimbi, *No en mi nombre. Guerra y derecho*, Editorial Trotta, Madrid, 2003, p. 228.

organismo ha otorgado dicha autorización en unos casos y en otros no, y porqué fundamenta sus resoluciones en un capítulo y no en otro. Estos debates se han caracterizado por su polarización: por un lado argumentos legales, y por otro, argumentos morales. Aunque no es el propósito del presente libro analizar el papel histórico del Consejo de Seguridad en esta materia, el rol y la estructura de este organismo,⁴⁵ sumado a la demora en la definición del crimen de agresión⁴⁶ en el Estatuto de la Corte Penal Internacional⁴⁷ y su incierta entrada en vigor,⁴⁸ así como la aplicación tan ambivalente que se viene haciendo del derecho penal internacional, ha llevado que algunos señalen el fracaso del *ius contra bellum*.⁴⁹

45 Véase Juan de Dios Gutiérrez Bailón, *Sistema jurídico de las Naciones Unidas*, Editorial Porrúa, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, 2007, sobre todo a partir de la p. 122 y ss.

46 El crimen de agresión castiga en cierta medida el derecho a la guerra y de manera más precisa a la persona que esté en condiciones de controlar o dirigir la acción política o militar de un Estado y que planifique, prepare, inicie o lleve a cabo una guerra de agresión. La Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1974, transcrita el numeral 2º del artículo 8 bis del Estatuto de la Corte Penal Internacional, señala los actos que se caracterizan como agresión.

47 El crimen de agresión fue definido por la Conferencia de revisión del Estatuto de la Corte Penal Internacional de 2010.

48 Según los numerales 2º y 3º del Artículo 15 bis del Estatuto de la Corte Penal Internacional sobre el ejercicio de la competencia respecto del crimen de agresión: “2. La Corte únicamente podrá ejercer su competencia respecto de crímenes de agresión cometidos un año después de la ratificación o aceptación de las enmiendas por treinta Estados Partes. 3. La Corte ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con el presente artículo, a condición de que se adopte una decisión después del 1º de enero de 2017 por la misma mayoría de Estados Partes que se requiere para la aprobación de una enmienda al Estatuto”.

49 Danilo Zolo, *La justicia de los vencedores*, De Nuremberg a Bagdad, Editorial Trotta, Madrid, 2007. El autor subraya la discriminación normativa de la justicia penal internacional al perseguir el genocidio, los crímenes de guerra y de lesa humanidad pero no el crimen de agresión, así como su sistema

“ ... la guerra hace que matar *parezca* algo normal a soldados y civiles por igual, pero la *experiencia* real de matar puede disipar cualquier noción romántica acerca de su legitimidad”.⁵⁰

2. EL DERECHO HUMANITARIO CONVENCIONAL

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, entre otras, de Henry Dunant, uno de los fundadores 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.

dualista en la que sólo las guerras perdidas son consideradas crímenes internacionales, mientras que las guerras ganadas, aunque se trate de guerras de agresión que comportan una clara violación del derecho internacional, no están sometidas a las reglas y los vencedores no sufren ninguna sanción política o jurídica. Lo anterior porque la justicia penal internacional sigue la voluntad y sirve a los intereses de las grandes potencias, que son tales sobre todo gracias a su enorme superioridad militar.

50 Joanna Bourke, *Sed de sangre*, historia íntima del combate cuerpo a cuerpo en las guerras del Siglo XX, Crítica, Barcelona, 2008, p. 350.

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 proscribe 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 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 al combatiente que cae 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 hinchaban 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 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; los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y la Convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado.

La aprobación del Protocolo I de 1977 desdibuja esta tradición. Aunque este instrumento debería incluirse en la rama del derecho de Ginebra por complementar sus instrumentos más importantes, el Protocolo I de 1977 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 estatuto 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 es pertinente hablar de un derecho de La Haya y de un 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”.⁵¹

51 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*, No. 139, Ginebra, 1997, p. 37.

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”.⁵²

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.⁵³

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.⁵⁴

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

52 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*, No. 160, 2001, p. 267.

53 *Ibíd.*, p. 265.

54 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.

con alcances particulares en algunas latitudes como son, por ejemplo, los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales.

♦ **LA CONVENCIÓN DE GINEBRA 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 elite de guerreros aristocráticos– al hombre común, al nuevo héroe de esta época.⁵⁵

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 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, propuesta 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).

55 Michael Ignatieff, *El honor del guerrero*, ob. cit., p. 111.

♦ **LA CONVENCION DE GINEBRA SOBRE LA PROTECCION DE HERIDOS Y ENFERMOS EN EL MAR (NAUFRAGOS)**

Esta Convención, inspirada en la Convención de 1864 y aprobada de manera simultánea durante su revisión en 1899, pretende proteger a las víctimas de los conflictos marítimos. Posteriormente fue revisada y actualizada por la Convención de Ginebra de 1907.

♦ **LA DECLARACION DE LA HAYA QUE PROHIBE EL EMPLEO DE BALAS QUE SE HINCHAN O APLASTAN FACILMENTE 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**

Los principales Convenios de La Haya del 18 de octubre de 1907 tratan sobre el arreglo pacífico de los conflictos internacionales (Convenio I);⁵⁶ 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 potencias 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); la colocación de 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); las determinadas restricciones al ejercicio del derecho de captura en la guerra marítima (Convenio XI); el establecimiento de un Tribunal Internacional de persecución (Convenio XII); los derechos y deberes de las potencias neutrales en caso de

56 Fue aprobado en Colombia mediante la Ley 251 de 1995.

guerra marítima (Convenio XIII).⁵⁷ 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.⁵⁸

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.⁵⁹

♦ **EL PROTOCOLO DE GINEBRA 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 biológica. La prohibición de las armas biológicas en este tratado

57 Bouchet-Saulnier, *Diccionario práctico de derecho humanitario*, Ediciones Península, Barcelona, 2001, p. 167.

58 “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.

59 Véase Mauricio Hernández Mondragón, “Entre la Clausewitación y la regularización de la guerra ¿Por qué Colombia nunca ratificó las convenciones de La Haya de 1907?” en Rafael Prieto Sanjuán (Editor), *Conducción de Hostilidades y derecho internacional humanitario*, Pontificia Universidad Javeriana, Diké Biblioteca Jurídica, Bogotá, 2007, p. 565 donde se aborda esta pregunta que no tiene respuesta explicable ya que la delegación de Colombia tuvo una participación bastante activa en la Segunda Conferencia Internacional de la Paz de La Haya en 1907.

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.⁶⁰

“Incluso puede hablarse con propiedad que prohíbe el primer uso, porque deja el camino abierto a las represalias”.⁶¹ 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.⁶²

El Congreso colombiano aprobó este Protocolo en virtud de la Ley 10 de 1980, pero este instrumento nunca fue ratificado. Hasta el 15 de noviembre de 2012, 137 Estados son parte de este Proto-

60 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.

61 José Luis Domenech Omedas, Vicente Otero Siva y José Luis Rodríguez Villasante, “Armas de destrucción masiva”, Universitat Oberta de Catalunya, XP07/930042/00001, mimeo, sin fecha, p. 15.

62 En http://geosalud.com/guerra%20biol%F3gica/guerra_quimica.htm

colo. El artículo 81 de la Constitución Política en su primer inciso prohíbe la posesión y el uso de armas biológicas.

♦ **LA CONVENCION DE GINEBRA SOBRE LA PROTECCION 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 en 1929 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".⁶³

♦ **LOS CUATRO CONVENIOS DE GINEBRA**

Los cuatro Convenios de Ginebra 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".⁶⁴

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

63 Yasmin Naqvi, "Estatuto de prisionero de guerra: 'casos de duda'", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, No. 163, Ginebra, 2002, p. 235.

64 Catherine Rey-Schyr, "Los Convenios de Ginebra de 1949: un progreso decisivo", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, No. 151, Ginebra, 1999, p. 74.

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;⁶⁵ el tercero relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (Convenio III), que actualiza el aprobado en 1929;⁶⁶ 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, de la cual más adelante se hace un análisis pormenorizado.

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).⁶⁷

65 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 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.

66 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.

67 Bouchet-Saulnier, *Diccionario práctico de derecho humanitario*, ob. cit., p. 187.

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. Hasta el 15 de noviembre de 2012, 194 Estados son parte de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949.

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”,⁶⁸ estos instrumentos fueron complementados de manera particular con los dos Protocolos de 1977.

♦ **LA CONVENCIÓN DE LA HAYA 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 1º 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;

68 Jean Pictet, “La formación del derecho internacional humanitario”, ob. cit., p. 86.

- 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”.⁶⁹

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.⁷⁰

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. Dicha Convención fue aprobada con un reglamento para su aplica-

69 “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 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*, No. 163, septiembre de 2002, p. 261.

70 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.

ción 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 al empleo de un emblema que la propia Convención crea. 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 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 15 de noviembre de 2012, 126 Estados son parte de esta Convención y 102 del Protocolo adicional de 1954.

♦ **LA CONVENCION SOBRE LA PROHIBICION DEL DESARROLLO, LA PRODUCCION Y EL ALMACENAMIENTO DE ARMAS BACTERIOLÓGICAS (BIOLÓGICAS), TÓXICAS Y SOBRE SU DESTRUCCION**

Esta Convención, adoptada el 10 de abril de 1972 en la ciudad de Londres, es el "...primer tratado internacional que proscribire una categoría completa de armas".⁷¹ 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

71 José Roberto Pérez Salom, "Derecho internacional, armas biológicas y verificación", ob. cit., p. 200.

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 de los juristas, la Convención sobre las armas biológicas puede considerarse como *juris cogens*”.⁷²

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.⁷³ 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”.⁷⁴

La *guerra biológica* o bacteriológica consiste en el uso militar de organismos vivos o sus productos tóxicos con el propósito de causar

72 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.

73 Patrice Binder y Oliver Lepick, *Qué son las armas bacteriológicas*, Integral, Barcelona, 2003, p. 118.

74 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*, ob. cit., p. 132.

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.⁷⁵

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 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.⁷⁶

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 15 de noviembre de 2012, 165 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.

75 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.

76 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.

♦ **LA CONVENCION SOBRE LA PROHIBICION DE UTILIZAR TECNICAS DE MODIFICACION AMBIENTAL CON FINES MILITARES U OTROS FINES HOSTILES**

Se ocupa de lo que se ha denominado “la guerra meteorológica”⁷⁷ 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”.⁷⁸ “[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”.⁷⁹

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

77 Manuel Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, ob. cit., p. 856.

78 Roy Gutman y David Rieff, *Crímenes de guerra, lo que debemos saber*, ob. cit., p. 239.

79 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 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>

anaranjada que se le pintó en los barriles de almacenamiento para su identificación.⁸⁰

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”.⁸¹

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 técnicas 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

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

81 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.

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.⁸²

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.⁸³ El Convenio no incorporó un sistema de verificación realmente efectivo, de modo que las Partes únicamente pueden recurrir a las consultas y la cooperación, al Comité Consultivo de Expertos del Convenio y, en caso de violación, al Consejo de Seguridad.⁸⁴ Colombia no es parte de este instrumento del cual tan solo, hasta el 15 de noviembre de 2012, 76 Estados son Parte.

82 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.

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

84 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.

♦ **LOS PROTOCOLOS DE 1977 ADICIONALES 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 Ginebra. 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”.⁸⁵

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 conflictos internos. De ahí que se cuente con un Protocolo I con 102 artículos y un Protocolo II con escasamente 28 artículos.⁸⁶

85 Jean Pictet, “La formación del derecho internacional humanitario”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, No. 162, Ginebra, 2002, p. 88.

86 “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*, No. 143, Ginebra, 1997, p. 522.

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 2º común de los Convenios de Ginebra de 1949, 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 de su artículo 1º. 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. Mas adelante se analizará con algún detalle su contenido y su ámbito de aplicación.

El Protocolo I de 1977, aprobado por el Estado colombiano en virtud de la Ley 11 de 1992, la Corte Constitucional lo declaró exequible mediante sentencia C-574 de 1992, fue ratificado el 1 de septiembre de 1993 y su entrada en vigor para Colombia fue el 1 de marzo de 1994. Hasta el 15 de noviembre de 2012, 172 Estados son parte de este Protocolo.

El Protocolo II de 1977 fue aprobado en virtud de la Ley 171 de 1994, la Corte Constitucional lo declaró exequible mediante sentencia C-225 de 1995, Colombia se adhirió el 14 de agosto de 1995

y su entrada en vigor fue el 15 de febrero de 1996. Hasta el 15 de noviembre de 2012, 166 Estados son parte de este Protocolo.

♦ **LA CONVENCION SOBRE LA PROHIBICION Y RESTRICCION 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 se aprobó en 1980 con tres protocolos que rigen el uso de armas específicas y, según el artículo 8.2.a, se podrán adicionar más protocolos cuando los Estados Partes lo consideren necesario: en 1995 y 2003 se aprobaron otros dos protocolos a la Convención. Su objetivo principal 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.⁸⁷

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 últimos años han llegado a existir en el mercado hasta 700 modelos de minas”,⁸⁸ y restringe el empleo de estas “armas como

87 “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.

88 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.

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.⁸⁹

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 establecimiento 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.⁹⁰

89 Gonzalo Jar Consuelo, “Las minas antipersonal”, en José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, *Derecho Internacional Humanitario*, ob. cit., p. 217.

90 *Ibíd.*, p. 218.

El Protocolo III sobre las armas incendiarias. Como su nombre lo indica, este instrumento 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, 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,⁹¹ 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.⁹²

El Protocolo IV sobre armas láser cegadoras, aprobado el 13 de octubre de 1995, es el único instrumento de derecho humanitario preventivo, "... pues la prohibición se negoció antes de que las armas fueran efectivamente utilizadas en la batalla".⁹³ 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 el riesgo de ocasionar ceguera permanente en las personas con la utilización de sistemas láser.

91 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.

92 *Ibíd.*, parr. 345.

93 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*, No. 150, Ginebra, 1999, p. 211.

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.⁹⁴

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. ... A diferencia de los incidentes causados por minas antipersonal, los [ocasionados por] ... 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.⁹⁵

Esta Convención y sus cuatro primeros protocolos, incluyendo la revisión del Protocolo II en 1996, fue aprobada por el Estado colombiano mediante la Ley 469 de 1998, declarada executable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-156 de 1999, ratificada el 6 de marzo de 2000 y entró en vigor para Colombia el 6 de septiembre de 2000. Hasta el 15 de noviembre de 2012, 115 Estados son parte de la Convención de 1980; 111 del Protocolo I; 94 del Protocolo II; 107 del Protocolo III; 100 del Protocolo IV; 81 del Protocolo V y 98 de la revisión del Protocolo II de 1996. La enmienda del 2001 que extien-

94 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.

95 Gérard Peytrignet, "Últimos desarrollos en materia de normas de derecho internacional humanitario", *ob. cit.*, p. 250.

de su aplicación a los conflictos armados no internacionales hasta el 15 de noviembre de 2012 ha sido aprobada por 75 Estados y fue aprobada por el Estado colombiano mediante la Ley 1072 de 2006, declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-534 de 2008 y entró en vigor para Colombia el 20 de mayo de 2009. Aún Colombia no es parte del Protocolo V.

♦ **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: 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; 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; no emplear agentes de represión de disturbios como método de guerra. El arma química es definida como

un químico que incluye agentes neurotóxicos, agentes vesicantes, agentes hemotóxicos o agentes asfixiantes, que produce incapacidad, heridas graves o la muerte. Un químico tóxico puede propagarse con un arma diseñada para ello o con medios más rudimentarios, como por ejemplo perforar los recipientes plásticos que contienen el agente o colocar un recipiente lleno de sustancias químicas al lado de una carga explosiva⁹⁶

96 Dominique Loye y Robin Coupland, “¿Quién y cómo prestara asistencia a las víctimas del empleo de armas nucleares, radiológicas, biológicas o químicas”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, junio de 2007 No. 866 de la versión original, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, selección de artículos 2007, sin ciudad ni fecha, p. 191. Las nuevas armas químicas “[h]acen referencia a una variedad de sustancias químicas nuevas, muchas de ellas relacionadas con productos farmacéuticos, cuyo empleo como armas se está analizando. Pueden llamarse “calmantes” o “neutralizantes”. Se dice que se las concibe con fines de mantenimiento del orden porque se cree que su empleo causará pocas muertes. *Ibíd.*, p. 192.

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, insta 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. La prohibición del empleo de estas armas es una norma consuetudinaria que no tiene duda, más no se puede predicar lo mismo del desarrollo, producción, adquisición o transferencia de las mismas, prohibiciones que sólo obligan a los Estados que han ratificado la convención.⁹⁷

Esta Convención, aprobada por el Estado colombiano en virtud de la Ley 525 de 1999, fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-991 de 2000, fue ratificada el 5 de abril de 2000, y entró en vigor para Colombia el 5 de mayo del mismo año. Hasta el 15 de noviembre de 2012, 188 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

97 Véase José Luis Domenech Omedas, Vicente Otero Siva y José Luis Rodríguez Villasante, “Armas de destrucción masiva”, ob. cit., pp. 22 y 23.

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...”.⁹⁸

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 Convenios de Ginebra”.⁹⁹ Aunque estas directrices no tienen fuerza vinculante, y los principios y normas enunciados en ellas no son exhaustivos,¹⁰⁰ 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

98 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.

99 D. Sarga, “United Nations Peacekeeping Operations: Applicability of International Humanitarian Law and responsibility for Operations related Dam age”, citado en *ibíd.*, p. 346.

100 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*, No. 152, 1999, p. 263.

para el desarme ...”.¹⁰¹ “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”.¹⁰² “[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 proscribe una categoría completa de armas ha sido motivado fundamentalmente por precauciones humanitarias”.¹⁰³

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.¹⁰⁴

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 hostilidades. Es uno de los mayores infractores del derecho

101 Frits Kalshoven y Liesbeth Zegveld, *Restricciones en la conducción de la guerra*, ob. cit., p. 196.

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

103 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*, No. 150, Ginebra 1999, p. 210.

104 Vicenç Fisas, *Cultura de paz y gestión de conflictos*, ob. cit., pp. 306-307.

internacional humanitario.¹⁰⁵ “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”.¹⁰⁶

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.¹⁰⁷

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.¹⁰⁸

Las minas también afectan el equilibrio ecológico, al alterar los suelos, destruir la vegetación y la vida animal, e introducir sustancias

105 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.

106 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.

107 Corte Constitucional, sentencia C-991 de 2000, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

108 *Ibíd.*

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 estructura del suelo y un aumento de la vulnerabilidad de los suelos a la erosión del agua y el viento.¹⁰⁹

“El desminado es un proceso sumamente lento. Hay que hacerlo a mano, y sólo pueden desminarse de 20 a 50 m² al día”.¹¹⁰ “Al ritmo actual de desminado, harán falta once siglos para deshacerse por completo de las minas”.¹¹¹ “Muchas empresas fabricantes de minas se dedican también al desminado. El cinismo es total. El desminado les proporciona más beneficios que el propio minado”.¹¹²

Este instrumento fue aprobado por el Estado colombiano en virtud de la Ley 554 de 2000, la Corte Constitucional lo declaró executable mediante sentencia C-991 de 2000, fue ratificado 6 de septiembre de 2000, y entró en vigor para Colombia el 1 de marzo de 2001. Hasta el 15 de noviembre de 2012, 160 Estados son parte de esta Convención. “Colombia es el único país de las Américas en el que se siguen plantando minas antipersonal”.¹¹³

♦ EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Este instrumento internacional, aprobado en Roma el 17 de julio de 1998, se estableció entre otras para investigar y juzgar 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*

109 Vicenç Fisas, *Cultura de paz y gestión de conflictos*, ob. cit., p. 310.

110 *Ibíd.*, p. 309.

111 Bouchet-Saulnier, *Diccionario práctico de derecho humanitario*, ob. cit. p. 439.

112 Vicenç Fisas, *Cultura de paz y gestión de conflictos*, ob. cit., p. 309.

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

que establece la responsabilidad penal del individuo por violaciones graves del derecho internacional humanitario aplicable a los conflictos armados no internacionales”.¹¹⁴

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.¹¹⁵

El Estatuto de la Corte Penal Internacional fue aprobado por el Estado colombiano en virtud de la Ley 472 de 2002, declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-578 de 2002 y entró en vigor para Colombia el 1º de noviembre de 2002. Hasta el 15 de noviembre de 2012, 121 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 unas características generales de la Corte.

La ley 1268 de 2008 aprobó las Reglas de procedimiento y prueba y los Elementos de los crímenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional. La Corte Constitucional en su sentencia C-801/09 con ponencia de Gabriel Eduardo Mendoza Martelo declaró la

114 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.

115 Frits Kalshoven y Liesbeth Zegveld, *Restricciones en la conducción de la guerra*, ob. cit., p. 218.

constitucionalidad de la ley, señala que aunque estos instrumentos “no modifican el derecho interno que aplican las autoridades jurisdiccionales colombianas”, sirven para interpretar de manera adecuada el Estatuto. Dijo la Corte Constitucional:

Tal y como sucede con el Estatuto de Roma al que complementan, las Reglas de Procedimiento y Prueba y los Elementos de los Crímenes, sólo están llamadas a producir efectos dentro del propio ámbito de competencia de la Corte Penal Internacional y, por tanto, no tiene incidencia en el derecho interno de los Estados. Sus contenidos, operan exclusivamente en el marco de aplicación del Estatuto de Roma y no obligan a las autoridades del país a observarlas en los casos que se procesen y juzguen en su territorio. Así se reitera, que las disposiciones del Estatuto de Roma y los instrumentos que hacen parte del mismo, no remplazan ni modifican las leyes nacionales de tal manera que a quien delinca en el territorio nacional se le aplicará el ordenamiento jurídico interno y las autoridades judiciales competentes al efecto son las que integran la administración de justicia colombiana.

◆ **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”.¹¹⁶

116 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*, No. 151, septiembre de 1999, p. 104.

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 perfeccionado 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.¹¹⁷

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, declarada executable mediante la sentencia C-812 de 2007 y entró en vigor para Colombia el 24 de noviembre de 2010. Hasta el 15 de noviembre de 2012, 63 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 míni-

117 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.

ma 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. De igual manera, prohíbe a los grupos armados no estatales 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.

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 15 de noviembre de 2012, 150 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. “Los principales criterios que presidieron la elección de ese grafismo fueron, esencialmente, su simplicidad, la posibilidad de reconocerlo a distancia (especialmente desde el aire), así como la ausencia de toda connotación religiosa, étnica, racial, regional o política”.¹¹⁸ Al 15 de noviembre de 2012, 61 Estados son partes de este instrumento que entró en vigor internacional el 14 de enero de 2007, y del cual Colombia no es Estado parte.

118 Jean-Francois Quéguiner, “Comentario del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la aprobación de un signo distintivo adicional (Protocolo III)”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, marzo de 2007 No. 865 de la versión original, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, selección de artículos 2007, sin ciudad ni fecha, p.408. Este artículo hace una presentación detallada del contenido del Protocolo III.

♦ **LA CONVENCIÓN SOBRE LA PROHIBICIÓN DEL USO, ALMACENAMIENTO, PRODUCCIÓN Y TRANSFERENCIA DE MUNICIONES EN RACIMO**

Esta Convención adoptada el 30 de mayo de 2008 proscribire de manera absoluta las municiones en racimo. Por “munición en racimo” se entiende una munición convencional que ha sido diseñada para dispersar o liberar submuniciones explosivas, cada una de ellas de un peso inferior a 20 kilogramos. Estas son consideradas un arma de ataque que dispersa de manera indiscriminada una cierta cantidad de submuniciones sobre un área amplia. Por esta característica es uno de los medios de combate que más muertos y heridos causa en un solo instante. Las municiones en racimo son un medio de combate cuyos efectos no es posible limitar¹¹⁹ y por esa razón se prohíbe con este tratado tanto su uso, como su producción almacenamiento y transferencia.

Aun cuando se las use para atacar objetivos militares, las bombas de racimo presentan dos grupos de problemas que arrojan dudas sobre el cumplimiento de los criterios de discriminación y proporcionalidad: primero, como submuniciones no tienen un objetivo prefijado individualmente, es muy probable que la bomba propiamente dicha cause muertes entre los no combatientes; segundo, las submuniciones que no explotan se convierten, de hecho, en minas antipersonales.¹²⁰

Hasta el 15 de noviembre de 2012, 77 Estados son partes de esta Convención y aunque el Estado colombiano haya afirmado que ha destruido las municiones en racimo en su poder,¹²¹ hasta la fecha no ha la aprobado.

119 “... según Human Rights Watch, la elección de bombas de racimo para atacar objetivos que están relativamente cerca de zonas residenciales constituye una falla en cuanto tomar ‘todas las precauciones posibles’”. Citado por Alex J. Bellamy, *Guerras Justas*, De Cicerón a Irak, ob. cit., p. 294.

120 Herby y Nuiten citado por Alex J. Bellamy, *Ibíd.*, p. 292.

121 El 7 de mayo y el 24 de noviembre de 2009 se realiza la destrucción de municiones en racimo en la base militar de la Fuerza Área Colombiana

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.¹²²

Vale la pena señalar que al interior de Naciones Unidas, se está negociado actualmente un tratado sobre comercio de armas y que existe un Grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta encargado de estudiar la posibilidad de elaborar un marco normativo internacional para la regulación, el seguimiento y la supervisión de las actividades de las empresas militares y de seguridad privadas. Además, de manera convencional se debería prohibir el óxido de uranio empobrecido en municiones¹²³

en Marandúa, Vichada. En el primer acto asistió el actual Presidente de la República y en el segundo el actual vicepresidente de la República. Véanse las notas personales de Camilo Serna, investigador del Monitor de Minas y Municiones en Racimo en Colombia, Marandúa, 7 de mayo y 24 de noviembre de 2009, en Camilo Serna “Informe sobre el desarrollo de la Convención sobre municiones en racimo aplicada al Estado colombiano”, Universidad Santo Tomás, tesis de maestría de derechos humanos, Bogotá, 2011, p.86.

122 François Bugnion, “El derecho de Ginebra y el derecho de La Haya”, ob. cit., p. 267.

123 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. Dominique Loye, “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

y misiles,¹²⁴ las armas de mortalidad concentrada (explosivos de metal de inserción densa, DIME por sus siglas en inglés) y la utilización de materiales fisibles en armamentos. También se deben acotar los avances científicos, tecnológicos e informáticos ya que muchos de estos desarrollos están dirigidos a promover la carrera armamentista mediante el diseño de nuevas armas y nuevas formas de ataques.

Además se debe prohibir el uso de las armas no letales inhabilitantes¹²⁵ como las armas ópticas que producen ceguera temporal o desorientación, las armas sónicas que aturden, causan vértigos, espasmos, confusión mental y náuseas; las armas con microondas que actúan sobre el agua del cuerpo humano (75%) calentándolo y provocando dolor o quemaduras, los fusiles electromagnéticos que causan ataques semejantes a la epilepsia y las pistolas de energía termal que elevan la temperatura hasta 50 grados más de lo normal.

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. 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. “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.

- 124 Hubo denuncias que en el reciente conflicto armado en Libia se utilizaron misiles con óxido de uranio empobrecido. Véase <http://www.cubadebate.cu/noticias/2011/03/29/libia-impacto-de-los-misiles-crucero-de-uranio-empobrecido/>
- 125 Véase José Luis Rodríguez Villasante y Prieto, “Armas no letales inhabilitantes y derecho internacional humanitario”, en Rafael Prieto Sanjuán (Editor), *Conducción de Hostilidades y derecho internacional humanitario*, Pontificia Universidad Javeriana, ob. cit., p. 359 y ss.

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 mecanismos de supervisión que aseguren que dichas prohibiciones no se eluden y extender estas prohibiciones a los conflictos armados internos”.¹²⁶

Aunque los compromisos internacionales asumidos por los Estados pueden ser muy heterogéneos,¹²⁷ y se considere que su respeto 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.¹²⁸

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”.¹²⁹

126 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.

127 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, No. 4, Escuela Diplomática y Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Madrid, 2000, p. 256.

128 Wasserstrom, “The responsibility of the individual”, citado en Michael Walzer, *Guerras justas e injustas*, ob. cit., p. 414.

129 Michael Ignatieff, *El honor del guerrero*, ob. cit., p. 115.

3. EL DERECHO HUMANITARIO CONSUECUDINARIO

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.¹³⁰ La tercera, es que permite identificar ciertos usos y costumbres de la 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,¹³¹ 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. "...[E]l corpus del derecho internacional humanitario, tal como figura en los grandes convenios que

130 "...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*, No. 857, en www.cicr.org/spa, p. 9.

131 Sobre este tema de la evaluación de la práctica estatal, véase *ibíd.*, pp. 4 y 5.

lo codifican, es la parte esencial del derecho internacional general y consuetudinario”.¹³² “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”.¹³³

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 [al 15 de noviembre de 2012, 172 Estados Partes], no se cuestiona que la mayoría de sus normas relativas a la conducción de las hostilidades reflejan también el derecho internacional consuetudinario”.¹³⁴

En su sentencia en el caso Furundzija, 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 por casi todos los Estados del mundo. Ciertamente 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). ...¹³⁵

132 Luigi Condorelli, “La Corte Internacional de Justicia bajo el peso de las armas nucleares”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, No. 139, Ginebra, 1997, p. 13.

133 Roy Gutman y David Rieff, *Crímenes de guerra, lo que debemos saber*, ob. cit., p. 163.

134 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.

135 TPYI, the Prosecutor vs. Furundzija, Judgment in trial chamber II, 10 december 1998, párr. 138.

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.¹³⁶

Ha señalado la Corte Constitucional:

Como primera medida, debe tenerse en cuenta que las normas de origen consuetudinario ocupan un lugar de primera importancia en el ámbito del Derecho Internacional Humanitario. Recuerda la Sala que las normas consuetudinarias de Derecho Internacional Humanitario son vinculantes para Colombia en la misma medida en que lo son los tratados y los principios que conforman este ordenamiento jurídico. En términos generales, la Corte Constitucional ha reconocido en su jurisprudencia el valor vinculante de la costumbre internacional para el Estado colombiano en tanto fuente primaria de obligaciones internacionales¹³⁷ y su prevalencia normativa en el orden interno a

136 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.

137 En la sentencia C-1189 de 2000 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) se indicó: “*la Corte debe precisar que las obligaciones internacionales del Estado colombiano, tienen su fuente tanto en los tratados públicos que ha ratificado, como en la costumbre internacional y en los principios generales de derecho aceptados por las naciones civilizadas [Es de notar que la enumeración del artículo 38 en cuestión no es exhaustiva, y que junto con las fuentes que allí se consagran, existen otras, como los actos unilaterales de los Estados y las Organizaciones Internacionales, bajo ciertas circunstancias]. Estas fuentes han sido reconocidas*

la par de los tratados internacionales,¹³⁸ así como la incorporación de las normas consuetudinarias que reconocen derechos humanos al bloque de constitucionalidad.¹³⁹ Específicamente en relación con el

tradicionalmente por la comunidad internacional, y como tales fueron incluidas en el catálogo del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, tratado que vincula a Colombia por formar parte integral de la Carta de las Naciones Unidas, que fue ratificada mediante ley 13 de 1.945, y cuyo artículo 93 dispone: “Todos los Miembros de las Naciones Unidas son ipso facto partes en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia”. Dicha enumeración también es obligatoria para el Estado colombiano en la medida en que éste aceptó expresamente someterse a la jurisdicción de la Corte Internacional, mediante instrumento depositado el 30 de octubre de 1.937 [Si bien la declaración colombiana está referida a la jurisdicción de la Corte Permanente de Justicia Internacional, por virtud del artículo 36-6 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, dicha declaración vale para someter al Estado colombiano a la jurisdicción de este último tribunal], sin haber opuesto hasta ahora reservas a la aplicación de las fuentes que se enumeran en su Estatuto.” (Esta nota forma parte de la sentencia C-291-07 pp. 61 y 62 de la Corte constitucional).

138 Dijo la Corte en la sentencia C-1189 de 2000: “(...) de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, la costumbre internacional, junto con los tratados y los principios generales de derecho aceptados por las naciones civilizadas, es una de las fuentes “principales” de las obligaciones internacionales, por oposición a las fuentes “subsidiarias” o “auxiliares” -esto es, las decisiones judiciales, y los escritos de los doctrinantes de mayor importancia. Como los tres tipos de normas principales gozan, bajo estos preceptos, de idéntica jerarquía, forzoso es afirmar que a todas ellas se les debe aplicar la doctrina expuesta en la sentencia C-400/98, según la cual las disposiciones internacionales priman sobre el derecho interno, salvo que se opongan a la Constitución Nacional. En otras palabras, las costumbres internacionales y los principios generales de derecho aceptados por las naciones civilizadas gozan de prevalencia normativa en nuestro ordenamiento, en la misma medida de los tratados, siempre y cuando su contenido se ajuste a los dictados de la Carta, y sin perjuicio de que haya ciertas normas consuetudinarias que, por consagrar derechos inherentes al ser humano, se integran al bloque de constitucionalidad.” (Esta nota forma parte de la sentencia C-291-07 pp. 61 y 62 de la Corte constitucional).

139 En la misma sentencia C-1189 de 2000, se explicó que “las normas consuetudinarias que vinculan a Colombia pueden ser de dos tipos: a) aquellas

Derecho Internacional Humanitario, la Corte ha reconocido que las normas consuetudinarias que lo integran, se vean o no codificadas en disposiciones convencionales, forman parte del *corpus* jurídico que se integra al bloque de constitucionalidad por mandato de los artículos 93, 94 y 44 Superiores.^{140, 141}

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

que, por consagrar derechos inherentes a la persona humana, ingresan al ordenamiento jurídico por virtud de los artículos 93 y 94 de la Constitución, conformando junto con ésta el llamado bloque de constitucionalidad, tal y como se reconoció en las sentencias C-574/92 y C-179/94; y b) aquellas que, si bien no se refieren a derechos inherentes a la persona, prescriben normas de conducta igualmente obligatorias para los Estados. Esta segunda categoría no forma parte del bloque de constitucionalidad, pero es vinculante para el Estado colombiano.” (Esta nota forma parte de la sentencia C-291-07 pp. 61 y 62 de la Corte constitucional).

140 Como se señaló en la sentencia C-574/92 (M.P. Ciro Angarita Barón), “su fuerza vinculante proviene de la universal aceptación y reconocimiento que la comunidad internacional de Estados 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 (...). De ahí que su respeto sea independiente de la ratificación o adhesión que hayan prestado o dejado de prestar los Estados a los instrumentos internacionales que recogen dichos principios”. [...] Estos efectos se predicen, pues, tanto de las normas convencionales como de las normas consuetudinarias del Derecho Internacional Humanitario. (Esta nota forma parte de la sentencia C-291-07 pp. 61 y 62 de la Corte constitucional).

141 Corte Constitucional, sentencia C-291-07 pp. 61 y 62.

comunidad internacional de Estados 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.¹⁴²

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.¹⁴³

142 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.

143 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. 7-8.

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

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.¹⁴⁴

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

144 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 10. de la Carta Política Colombiana, como un principio constitucional”. Corte Constitucional, sentencia C-156 de 1999, M. P. Martha Victoria Sánchez Méndez.

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 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.¹⁴⁵

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.¹⁴⁶

145 Corte Constitucional, sentencia C-156 de 1999, M. P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

146 Alexandra Letts y Pablo Rueda Sáiz, “La incorporación del derecho internacional humanitario al ordenamiento jurídico colombiano en la jurisprudencia constitucional”, *Derecho constitucional perspectivas críticas*, No. 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.

Efectivamente, la costumbre internacional o el derecho consuetudinario es bien diferente al *ius cogens* que no es otra cosa que las normas imperativas de derecho internacional.¹⁴⁷ No es preciso pues otorgarle el carácter de costumbre, y mucho menos de *ius cogens* a todas las normas que integran el derecho humanitario.¹⁴⁸

147 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.

148 “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.

Los tribunales penales internacionales, y la Corte Internacional de Justicia, han reservado esa calificación sólo para las normas más fundamentales. La Corte Constitucional en una sentencia posterior corrigió su postura:

No todas las normas que conforman el extenso ámbito del Derecho Internacional Humanitario tienen la naturaleza de *ius cogens*. Si bien existe un importante nivel de controversia doctrinal sobre el rango de normas de *ius cogens* que tienen las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario, y en anteriores oportunidades la Corte Constitucional ha adoptado pronunciamientos que se han interpretado como una atribución de este rango normativo al Derecho Internacional Humanitario sin distinciones (ver, por ejemplo, las sentencias C-574/92 y C-225/95), la Sala Plena precisa que son los principios esenciales del Derecho Internacional Humanitario los que tienen el rango cierto de normas de *ius cogens*, dado que la comunidad internacional como un todo les ha reconocido carácter perentorio e imperativo, en la misma medida en que se lo ha reconocido a disposiciones cardinales tales como la prohibición del genocidio, la prohibición de la esclavitud, la prohibición de la tortura o la prohibición del apartheid. Entre los principios esenciales del Derecho Internacional Humanitario con rango de *ius cogens*, en su aplicación a los conflictos armados internos, tres resultan directamente relevantes para la decisión presente: (i) el principio de distinción, (ii) el principio de precaución, y (iii) el principio humanitario y de respeto por las garantías y salvaguardas fundamentales de las personas civiles y fuera de combate.¹⁴⁹

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 verdad es que esta proposición es muy discutible, sobre todo debido a que la Sentencia en la cual se acogió originalmente esta idea no está bien fundamentada en esta parte”. Juan José Quintana, “La conducción de las hostilidades en los conflictos armados no internacionales y la ‘Declaración de Taormina’”, en Rafael Prieto Sanjuán (Editor), *Conducción de hostilidades y derecho internacional humanitario*, ob. cit., p. 259.

149 Corte Constitucional, sentencia C-291-07 p. 67.

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 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).¹⁵⁰

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.¹⁵¹

150 Luigi Condorelli, “La Corte Internacional de Justicia bajo el peso de las armas nucleares”, ob. cit., p. 15.

151 Vincent Chetail, “La contribución de la Corte Internacional de Justicia al derecho internacional humanitario”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, No. 850, Selección de artículos 2003, Buenos Aires, 2004, p. 95.

En el fallo del 27 de junio de 1986, relativo a las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua, enfatiza que el respeto al derecho humanitario no nace tanto de la obligatoriedad que le imprime el artículo primero común a los Convenios,¹⁵² sino de los principios generales de derecho humanitario respecto de los cuales los Convenios no son más que la expresión concreta.¹⁵³

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 Clausula Martens.¹⁵⁴

La importancia de la interpretación de la Corte es tal que, afirmar que los principios del derecho humanitario hacen parte del derecho consuetudinario, permite establecer a la costumbre como una fuente del derecho de importante jerarquía y sostener la obli-

152 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*, No. 106, Ginebra, 1991, p. 629.

153 International Court of Justice, Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua, Judgment of June 27, 1986, p. 104.

154 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.

gatoriedad de su cumplimiento para los miembros de la comunidad internacional civilizada, aunque los Estados no sean signatarios de los diferentes instrumentos.¹⁵⁵

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 prin-

155 Rosemary Abi-Saab, “El derecho Humanitario según la Corte de La Haya”, *Boletín de la Comisión Andina de Juristas*, No. 17, Lima, febrero de 1988, pp. 47 a 54.

cipios de humanidad y los dictados de la conciencia pública como criterios separados y jurídicamente vinculantes.¹⁵⁶

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 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.¹⁵⁷

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.¹⁵⁸

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 pode-

156 Vincent Chetail, “La contribución de la Corte Internacional de Justicia al derecho internacional humanitario”, ob. cit., pp. 102 y 103.

157 Hernando Valencia Villa, *Diccionario Derechos Humanos*, Editorial Espasa Calpe, Madrid, 2003, p. 290.

158 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*, No. 162, Ginebra, 2002, p. 102.

rosos 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 da lugar a un importante debate sobre esta significativa, y frecuentemente olvidada, cláusula del derecho de los conflictos armados.¹⁵⁹

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 ...”.¹⁶⁰

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.¹⁶¹

159 Rupert Ticehurst, “La Cláusula Martens y el derecho de los conflictos armados”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, No. 140, Ginebra, 1997, p. 141.

160 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.

161 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.

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 denominado 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.¹⁶²

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.¹⁶³

162 Corte Constitucional, sentencia C-156 de 1999, M. P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

163 Corte Constitucional, sentencia C-328 de 2000, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, fundamento 10.

La vigencia actual de la Cláusula Martens ha sido confirmada por el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia¹⁶⁴, el cual la ha elevado a criterio de interpretación en casos de duda en la aplicación de las normas del Derecho Internacional Humanitario.¹⁶⁵

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, protección y humanidad.¹⁶⁶

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

164 En términos del Tribunal, “puede recurrirse a la celebrada Cláusula Martens que, en la opinión autorizada de la Corte Internacional de Justicia, ha pasado a ser hoy en día parte del derecho internacional consuetudinario. Es cierto que esta cláusula no puede interpretarse en el sentido de que los ‘principios de humanidad’ y los ‘dictados de la conciencia pública’ hayan sido elevados al rango de fuentes independientes de derecho internacional, puesto que esta conclusión es negada por la práctica internacional. Sin embargo, esta Cláusula obliga, como mínimo, a hacer referencia a tales principios y dictados cuando quiera que una regla de derecho internacional humanitario no sea lo suficientemente rigurosa o precisa: en tales instancias, el alcance y contenido de la regla deben ser definidos con referencia a tales principios y dictados” Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Zoran Kupreskic y otros, sentencia del 14 de enero de 2000.

165 Corte Constitucional, sentencia C-291 – 07 p. 104.

166 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. 153 y ss.

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.¹⁶⁷

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.¹⁶⁸ Sobre este instrumento dijo la Corte

167 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.

168 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 frecuentemente 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”. Sobre esta Declaración véase Véase Juan José Quintana, “La conducción de las hostilidades en los conflictos armados no internacionales y la ‘Declaración de Taormina’”, en Rafael Prieto Sanjuán (Editor), *Conducción de Hostilidades y derecho internacional humanitario*, Pontificia Universidad Javeriana, Diké Biblioteca Jurídica, Bogotá, 2007, p. 245 y ss.

Constitucional cuando 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”.¹⁶⁹ 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 trampas, 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.¹⁷⁰

“La Declaración de Taormina tiene un mérito intrínseco como instrumento pionero en relación con la sistematización de las normas internacionales básicas aplicables a la conducción de las hostilidades en conflictos no internacionales”.¹⁷¹

169 Véase el texto de tal declaración en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, No. 101, septiembre-octubre de 1990, pp. 434-438. (Esta nota pertenece a la sentencia C-225 de 1995 de la Corte Constitucional, M. P. Alejandro Martínez, párr. 23).

170 Corte Constitucional, sentencia C-225 de 1995, M. P. Alejandro Martínez, párr. 23.

171 “Juan José Quintana, “La conducción de las hostilidades en los conflictos armados no internacionales y la ‘Declaración de Taormina’”, en Rafael Prieto Sanjuán (Editor), *Conducción de Hostilidades y derecho internacional humanitario*, ob. cit., p. 279.

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 Ginebra 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.¹⁷² 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 de cinco mil páginas en el que identificó normas existentes de derecho consuetudinario aplicables en conflictos armados.¹⁷³ 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

172 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.

173 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.

los Estados.¹⁷⁴ 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:

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. Hambruna 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 (Regla 117); 37. Personas privadas de la libertad (Reglas 118-128); 38.

174 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.

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).¹⁷⁵

Esta publicación se ha vuelto un referente internacional en la materia y es citada en varias decisiones internacionales y nacionales.¹⁷⁶ Sobre el particular, se ha dicho para el contexto colombiano:

el extenso catálogo de normas consuetudinarias del derecho internacional humanitario, sistematizado merced a la labor desarrollada por el CICR, gozan de valor constitucional, es decir, 1) vinculan positiva y negativamente al legislador; 2) incorporan derechos (a la población civil y a los civiles), al igual que obligaciones y prohibiciones (a los combatientes) en el curso de las hostilidades; 3) sirven como criterio para interpretar las leyes, en especial las referidas a las represiones penales y disciplinarias; y 4) orientan la aplicación de políticas públicas, como por ejemplo, las atinentes a la atención de la población desplazada.¹⁷⁷

“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”.¹⁷⁸

175 En español está traducido el primer volumen: Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, CICR, sin ciudad, 2007.

176 Para el caso colombiano, la sentencia C-291/07 de la Corte Constitucional, la citada con mucha regularidad para fundamentar sus razonamientos.

177 Alejandro Ramelli, Arteaga, *Jurisprudencia penal internacional aplicable en Colombia*, GIZ, Universidad de los Andes, Embajada de la República Federal de Alemania, Bogotá, 2011, p. 96.

178 Michael Walzer, *Guerras justas e injustas...*, ob. cit., p. 85.

4. LA NOCIÓN DE CONFLICTO ARMADO

El derecho humanitario se aplica en conflictos armados. Aunque la palabra “guerra” es de uso corriente,¹⁷⁹ el derecho humanitario utiliza la expresión “conflicto armado”, por no tener una carga emotiva histórica y políticamente tan fuerte como la primera.¹⁸⁰

No todo conflicto es armado y no toda forma de oposición violenta puede considerarse conflicto armado. Por una parte, muchos conflictos excluyen la violencia, como puede observarse en la siguiente definición: “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”.¹⁸¹ Por otra parte, los actos aislados y esporádicos de violencia, definidos por el derecho humanitario como tensiones internas y disturbios interiores, no son conflictos armados, como se indicará más adelante.

179 “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.

180 “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.

181 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.

La doctrina ofrece diversas nociones de conflicto armado¹⁸² e incluso esa diversidad se puede apreciar en las definiciones con que trabajan los centros académicos que monitorean conflictos armados en el mundo. 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 muertos resultantes de los enfrentamientos es de mil personas como mínimo”.¹⁸³ Para el Departamento de paz e investigación de conflictos de la Universidad de Uppsala “[e]s una impugnada incompatibilidad que se refiere a gobierno y/o territorio donde el uso de la fuerza armada entre dos partes, de las cuales al menos una es el gobierno de un Estado, los resultados son al menos 25 muertes en un año calendario”.¹⁸⁴ 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

182 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”. Corporación Medios para la Paz, *Para desarmar la palabra. Diccionario de términos del conflicto y de la paz*, Bogotá, 1999, p. 62.

183 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.

184 Esta definición puede consultarse en su página web www.ucdp.uu.se

actor más débil.¹⁸⁵ 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,

Se entiende por conflicto armado todo enfrentamiento protagonizado por grupos armados regulares o irregulares con objetivos percibidos como incompatibles en el que el uso continuado y organizado de la violencia: a) provoca un mínimo de 100 víctimas mortales en un año y/o un grave impacto en el territorio (destrucción de infraestructuras o de la naturaleza) y la seguridad humana (ej. población herida o desplazada, violencia sexual, inseguridad alimentaria, impacto en la salud mental y en el tejido social o disrupción de los servicios básicos); b) pretende la consecución de objetivos diferenciados de los de la delincuencia común y normalmente vinculados a: demandas de autodeterminación y autogobierno, o aspiraciones identitarias; la oposición al sistema político, económico, social o ideológico de un Estado o a la política interna o internacional de un gobierno, lo que en ambos casos motiva la lucha para acceder o erosionar al poder; o al control de los recursos o del territorio.¹⁸⁶

Aunque estas definiciones difieren en la duración o en el número de víctimas,¹⁸⁷ coinciden en señalar que las hostilidades¹⁸⁸ que se

185 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*, ob. cit., p. 138.

186 Universidad Autónoma de Barcelona, Escuela de Cultura de Paz, Barómetro 28, conflictos armados, enero – marzo de 2012, p. 10. en <http://escolapau.uab.cat/img/programas/alerta/barometro/barometro28.pdf>

187 “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”. 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*, ob. cit., p. 138.

188 “Se entiende por hostilidades el conjunto de actos defensivos u ofensivos y de las operaciones militares ejercidas por un beligerante en el contexto de

libren entre Estados o entre diferentes grupos armados al interior de un Estado constituyen un conflicto armado.

La definición jurisprudencial más reconocida, corresponde a la realizada en la primera sentencia proferida por 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.¹⁸⁹

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 criminales¹⁹⁰ no constituyen conflic-

un conflicto armado” o se refieren “al recurso (colectivo) por las partes en conflicto a medios y métodos de causar daño al enemigo”. Nils Melzer, *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario*, CICR, Ginebra, 2010, p. 44 cita de pie de página No. 88 y p. 43.

189 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 Prieto Sanjuán, *Tadic: internacionalización de conflictos internos y responsabilidad individual*, Pontificia Universidad Javeriana, Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá, 2005, p. 126.

190 “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

to 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.¹⁹¹

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.

191 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:

[e]l término “conflicto armado” sugiere en sí mismo la existencia de hostilidades entre fuerzas armadas organizadas en mayor o menor

-
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*, No. 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. “Se considera tensión aquella situación en la que la persecución de determinados objetivos o la no satisfacción de ciertas demandas planteadas por diversos actores conlleva altos niveles de movilización política, social o militar y/o un uso de la violencia con una intensidad que no alcanza la de un conflicto armado, que puede incluir enfrentamientos, represión, golpes de Estado, atentados u otros ataques, y cuya escalada podría degenerar en un conflicto armado en determinadas circunstancias. Las tensiones están normalmente vinculadas a: a) demandas de autodeterminación y autogobierno, o aspiraciones identitarias; b) la oposición al sistema político, económico, social o ideológico de un Estado, o a la política interna o internacional de un Gobierno, lo que en ambos casos motiva la lucha para acceder o erosionar al poder; o c) al control de los recursos o del territorio”. Universidad Autónoma de Barcelona, Escuela de Cultura de Paz, Barómetro 28, conflictos armados, enero-marzo de 2012, p. 52. en <http://escolapau.uab.cat/img/programas/alerta/barometro/barometro28.pdf>

“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.

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.¹⁹²

El TPIY [Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia] siguió el mismo razonamiento en el caso de Tadic 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”.¹⁹³

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

192 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.

193 TPIY, judgement, the prosecutor v. Dusko Tadic, IT.94-1-T párr. 562 (pie de página omitido): 112 ILR 1 at 179, citado en *Ibíd.*

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”.¹⁹⁴

El Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia sostuvo, en el caso Delalic, que en conflictos armados no internacionales, “... 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”.¹⁹⁵ Sobre el particular la Corte Constitucional ha señalado:

Al apreciar la intensidad de un determinado conflicto, las Cortes internacionales han aplicado, por ejemplo, factores tales como la seriedad de los ataques y si ha habido un incremento en las confrontaciones armadas,¹⁹⁶ la extensión de las hostilidades a lo largo de un

194 TPIR, judgment, the prosecutor v. Sejan Paul Akayesu, ICTR-96-4-T, párrs. 602-3, citado en *Ibíd.*, pp. 384-385.

195 TPIY, judgement, the prosecutor vs. Zejnir 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 Prieto Sanjuán, “Tadic: internacionalización de conflictos internos y responsabilidad individual”, *ob. cit.*, p. 301. Estos dos criterios sobre la intensidad del conflicto, y el nivel de organización de las partes también son citados por la Corte Constitucional, en su sentencia C – 291 de 2007, Magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa, p. 46.

196 Ver, entre otros, los casos Fiscal v. Dusko Tadic, No. IT-94-1-AR72, decisión de la Sala de Apelaciones sobre su propia jurisdicción, 2 de octubre de 1995; Fiscal

territorio y de un período de tiempo,¹⁹⁷ el aumento en las fuerzas armadas estatales y en su movilización, así como la movilidad y distribución de armas de las distintas partes enfrentadas.¹⁹⁸ En cuanto a la organización de los grupos enfrentados, las cortes internacionales la han apreciado de conformidad con criterios tales como la existencia de cuarteles, zonas designadas de operación, y la capacidad de procurar, transportar y distribuir armas.^{199, 200}

La 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

vs. Fatmir Limaj y otros, sentencia del 30 de noviembre de 2005; Fiscal vs. Zejnil Delalic y otros (caso Celebici), sentencia del 16 de noviembre de 1998. (Esta nota pertenece a la sentencia C – 291 de 2007 de la Corte Constitucional, Magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa).

- 197 Ver, entre otros, los casos Fiscal v. Dusko Tadic, No. IT-94-1-AR72, decisión de la Sala de Apelaciones sobre su propia jurisdicción, 2 de octubre de 1995; Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros, sentencia del 30 de noviembre de 2005. (Esta nota pertenece a la sentencia C – 291 de 2007 de la Corte Constitucional, Magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa).
- 198 Ver, entre otros, los casos Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros, sentencia del 30 de noviembre de 2005; Fiscal vs. Zejnil Delalic y otros (caso Celebici), sentencia del 16 de noviembre de 1998. (Esta nota pertenece a la sentencia C – 291 de 2007 de la Corte Constitucional, Magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa).
- 199 Ver, entre otros, el caso Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros, sentencia del 30 de noviembre de 2005. (Esta nota pertenece a la sentencia C – 291 de 2007 de la Corte Constitucional, Magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa).
- 200 Corte Constitucional, sentencia C – 291 de 2007, Magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa, p. 46. Otro listado de algunos criterios para determinar la organización de las partes y la prolongación del conflicto armado puede verse en Sylvain Vite, “Tipología de los conflictos armados en el derecho internacional humanitario: conceptos jurídicos y situaciones reales”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, marzo de 2009 No. 873 de la versión original, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, selección de artículos 2009, sin ciudad ni fecha, p. 47.

adicional.²⁰¹ 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.²⁰²

Los dos elementos que determinan un conflicto armado, intensidad del conflicto y nivel de organización de las partes, se utilizan ‘solamente con el objeto, por lo menos, de distinguir un conflicto armado del bandidaje, insurrecciones desorganizadas y de corta duración, o actividades terroristas, que no se encuentran sujetas al derecho internacional humanitario.’²⁰³

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 conflicto armado prolongado entre las

201 La primera frase 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, ...”.

202 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 impulsó hace varios años la redacción de unas normas fundamentales de humanidad. El esfuerzo más interesante en ese sentido fue 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*, No. 156, Ginebra, 2000, p. 262.

203 Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso Limaj et al., (Sala de Primera Instancia), 30 de noviembre de 2005, párr. 89.

autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos”.

No es impreciso sostener que los tratados de derecho humanitario no definen qué se entiende por conflicto armado. Algunos tratados de derecho humanitario exigen que el conflicto armado tenga ciertas características para efectos de que ese instrumento en cuestión se pueda aplicar. Por esta razón, resultan bastantes diversos los elementos que debe tener un conflicto armado para que se puedan aplicar ciertas normas humanitarias, como se verá a continuación.

5. LA DISTINCIÓN ENTRE CONFLICTOS ARMADOS INTERNACIONALES O NO INTERNACIONALES

Históricamente se han diferenciado las guerras civiles de las guerras interestatales, siendo la distinción esencial que las primeras tienen como escenario de realización el interior de una sociedad política formalmente unitaria.²⁰⁴ Por esta razón, el derecho humanitario diferencia entre conflictos armados internacionales y no internacionales. De manera elemental los primeros se dan entre dos o más Estados mientras los segundos ocurren al interior de un Estado.

Los conflictos armados internacionales son los que surgen entre dos o más Estados, háyase o no declarado la guerra, aunque uno de ellos 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

204 Vilma Liliana Franco Restrepo, *Guerras civiles*, introducción al problema de su justificación, Editorial Universidad de Antioquia, Medellín, 2008, p. 37. El Capítulo 1 hace un juicioso recuento histórico de los diferentes conceptos de guerra civil. “La guerra civil se define como un combate armado dentro de los límites de una entidad soberana reconocida, entre partes sujetas a una autoridad común al comienzo de las hostilidades”. Stathis N. Kalyvas, *La lógica de la violencia en la guerra civil*, Akal, Madrid, 2010, p. 19 y 35.

extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho a la libre determinación ...” (artículo 1.4 del Protocolo I de 1977).

Los conflictos armados no internacionales son los que surgen en el territorio de un Estado y en el que grupos armados organizados no estatales luchan entre sí o contra fuerzas armadas estatales, con un nivel de violencia que sobre pasa los actos aislados o esporádicos de violencia. El artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo II de 1977, como se verá más adelante, establecen los parámetros que deben presentar tales conflictos armados.

Sin embargo, existen controversias en torno a la calificación de ciertos conflictos armados, como son los casos del control de un territorio sin presencia militar en el terreno, la intervención de terceros Estados en un conflicto armado no internacional, la intervención de fuerzas multinacionales en un conflicto armado no internacional, los conflictos armados no internacionales “exportados”,²⁰⁵ los conflictos armados no internacionales “transfronterizos y la lucha internacional contra el terrorismo.”²⁰⁶ Por ejemplo sobre estas controversias, el Comité Internacional de la Cruz Roja, estima que se considera que un conflicto armado interno se ha internacionalizado cuando participan en él las fuerzas armadas de uno o más Estados extranjeros o que para calificar un conflicto armado como internacional no se requiere un nivel mínimo de intensidad, de organización militar o de control sobre el territorio.²⁰⁷

205 Es el caso de que las partes en un conflicto armado no internacional clásico continúan las hostilidades en el territorio de uno o más Estados con el consentimiento expreso o tácito del gobierno o los gobiernos implicados.

206 Véase Sylvain Vite, “Tipología de los conflictos armados en el derecho internacional humanitario: conceptos jurídicos y situaciones reales”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, ob. cit, p. 54 a 65.

207 Comité Internacional de la Cruz Roja, “Cuál es la definición de ‘conflicto armado’ según el derecho internacional humanitario?”, documento de opinión, Ginebra, marzo de 2008.

¿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, tradicionalmente 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 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’”.²⁰⁸ Por un lado, no se puede desconocer que la mayoría de los actuales conflictos armados son de índole no internacional. Por el otro, temas

208 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*, No. 850, Selección de artículos 2003, Buenos Aires, 2004, p. 115.

tan relevantes como la utilización de ciertos medios y métodos de combate carecen de regulación en las normas aplicables a los conflictos armados no internacionales. Por estas razones, independientemente 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”,²⁰⁹ 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). El Protocolo III adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 que crea un

209 Dietrich Schindler, “Importancia de los Convenios de Ginebra para el mundo contemporáneo”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, No. 152, Ginebra, 1999, p. 189.

emblema adicional a la Cruz Roja y a la Media Luna Roja (2005) y la Convención sobre la prohibición del uso, almacenamiento, producción y transferencia de municiones de racimo (2008).

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 disposiciones del derecho de los conflictos armados internacionales a los conflictos armados internos.²¹⁰

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".²¹¹

... 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.'²¹² Lo que es inhumano y por lo tanto proscrito en guerras internaciona-

210 *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.

211 Frits Kalshoven y Liesbeth Zegveld, *Restricciones en la conducción de la guerra*, *ob. cit.*, p. 220.

212 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*, No. 152, 1999, p. 206.

les no puede ser nada diferente a inhumano e inadmisibles en guerras civiles.²¹³

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.²¹⁴

¿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?²¹⁵

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

213 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.

214 David Suárez Leoz, “Los conflictos armados internos”, en José Rodríguez-Villasante y José Luis Prieto, ob. cit., p. 471.

215 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.

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 trasplante completo y mecánico de las reglas de los conflictos internos”; es más, solo la esencia general de estas normas y no una detallada regulación en éstas contenida ha llegado a ser aplicable en los conflictos internos.²¹⁶

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 [el Protocolo II de 1977]– 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 ésa es la única forma de verdaderamente proteger a las eventuales víctimas de tales conflagraciones.²¹⁷

En tercer lugar, uno de los resultados más importantes de la investigación del Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, realizada por el Comité Internacional de la Cruz Roja y publicada en el 2005, es que la mayoría de las normas consuetudinarias

216 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.*, No. 30, 2000.

217 Corte Constitucional, sentencia C-225 de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero, p. 23.

se aplican indistintamente si el conflicto armado es internacional o no internacional.²¹⁸ La investigación identificó 161 normas, 159 aplicables a conflictos armados internacionales y 149 aplicables a conflictos armados no internacionales. De las 161 normas, 143 se aplican para todo tipo de conflicto armado, es decir, el 89% de las normas consuetudinarias identificadas no distingue la naturaleza de los conflictos armados. Casi todo el derecho consuetudinario no diferencia el tipo de conflictos armados.

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 últimos años. Este tratado 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”.²¹⁹

Tampoco se han abordado con suficiente profundidad “las preocupaciones que sustentan la falta de voluntad política para

218 Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob., cit.

“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”. Comité Internacional de la Cruz Roja, XXVIII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, ob. cit., p. 17.

219 María Teresa Comellas Aguirrezábal, ob. cit., p. 354.

que se adopte un ordenamiento jurídico único de los conflictos armados aplicable en todas las situaciones”.²²⁰

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.²²¹

6. LA NOCIÓN DE CONFLICTO ARMADO NO INTERNACIONAL

Algunas normas de derecho internacional humanitario, sobre todo las 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 1º del Protocolo II de 1977 y el artículo 8.2.f del Estatuto de la Corte Penal Internacional. El concepto más amplio de conflicto armado es ofrecido por el del artículo 3 común y el más restringido es el del artículo 1º 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: ...”.

220 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*, No. 850, Selección de artículos 2003, Buenos Aires, 2004, p. 147.

221 *Ibíd.*, p. 148.

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 sea 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.

Como se puede observar, la caracterización que ofrece el artículo 8.2.f del Estatuto de la Corte Penal Internacional es menos amplia que el artículo 3 común pero más vasta 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,²²² y más vasta 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.²²³ Sin embargo, algunos sugieren que así el elemento del control territorial no aparezca expresamente en el Estatuto de Roma, éste es un requisito indispensable.²²⁴ Y que en esa medida,

222 Frits Kalshoven y Liesbeth Zegveld, *Restricciones en la conducción de la guerra*, ob. cit., p. 224.

223 “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. Encuentro Iberoamericano sobre justicia penal internacional*, Casa de América, Madrid, 2001, p. 123.

Algunos señalan que esta incorporación de la duración del conflicto armado “tenía por objeto evitar la incorporación al Estatuto del carácter restrictivo del Protocolo adicional II”. Sylvain Vite, “Tipología de los conflictos armados en el derecho internacional humanitario: conceptos jurídicos y situaciones reales”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, ob. cit., p. 52.

224 Héctor Olásolo Alonso, “Ámbito de actuación del derecho penal como instrumento de respuesta al fenómeno del terrorismo internacional y el papel de la Corte Penal Internacional y de las jurisdicciones nacionales en su persecución”, en *Ensayos sobre la Corte Penal Internacional*, Pontificia, Universidad Javeriana, Bogotá, 2009, p. 549 y ss. El autor señala que así lo indica la sentencia de primera instancia de la Corte Penal Internacional del 29 de enero de 2007 en el caso Lubanga. Sin embargo, la sentencia no es

la noción del Estatuto de Roma está a medio camino entre las categorías mencionadas en el artículo 3 común y en el Protocolo II de 1977.²²⁵ Algunos han dicho que “[s]u objetivo consiste sin duda en flexibilizar y ampliar la estricta noción de conflicto armado no internacional establecida en el Protocolo adicional II de 1977”.²²⁶

Si se presenta una situación objetiva que reúna los elementos de cualquiera de las normas anteriores, se estaría ante un conflicto armado no internacional, donde se deberían aplicar los estándares ya sea del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949, del Protocolo II de 1977 o la Corte Penal Internacional podría ser eventualmente competente para conocer de crímenes de guerra cometidos en un conflicto armado no internacional, conforme al artículo 8.2.f de Roma. La aplicabilidad del derecho humanitario no está sujeta a la voluntad de los gobiernos, depende de hechos comprobables según criterios objetivos.²²⁷ “... lamentablemente, los Gobiernos suelen negar con frecuencia la existencia misma del conflicto ... el verdadero problema de la calificación no es jurídico ni humanitario sino político”.²²⁸

explícita sobre este requisito pero si sobre la capacidad de los grupos armados organizados de concebir y llevar a cabo operaciones militares durante un período prolongado. Véase el párr. 234 de la sentencia.

- 225 Sylvain Vite, “Tipología de los conflictos armados en el derecho internacional humanitario: conceptos jurídicos y situaciones reales”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, ob. cit., p. 53.
- 226 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.
- 227 Sylvain Vite, “Tipología de los conflictos armados en el derecho internacional humanitario: conceptos jurídicos y situaciones reales”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, ob. cit., p. 42.
- 228 María Teresa Comellas Aguirrezábal, *La incidencia de la práctica del Consejo de Seguridad en el derecho internacional humanitario*, Thomson, Pamplona, 2007, pp. 67 y 68.

Una cosa es el reconocimiento de una situación como un conflicto armado y otra es la calificación que se le quiera otorgar a un conflicto armado. El reconocimiento de un conflicto armado es una situación objetiva que determina la aplicación de unas normas humanitarias y por tanto no es un acto político.²²⁹ La calificación de un conflicto armado es un acto subjetivo que tiene connotaciones políticas que nada tiene que ver con la aplicación del derecho internacional humanitario.²³⁰ Esta situación no es extraña: “...es

229 Todo lo contrario es lo que ha venido sostenido la Corte Suprema de Justicia en algunas de sus decisiones: 2 ... el reconocimiento de la existencia de un conflicto armado es un acto político de complicadas consecuencias ...” Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 21 de septiembre de 2009, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez, p. 182. “... Se debe precisar que en nuestro país se ha reconocido políticamente la existencia de un conflicto armado interno de proporciones considerables (...) razón por la cual el Estado colombiano se ha dado la tarea de actualizarse en el tema del derecho internacional humanitario, no sólo para procurar una mayor protección para la población civil, sino para propiciar condiciones que permitan diseñar caminos de reconciliación nacional con miras a alcanzar uno de los objetivos propuestos por la Constitución para el logro de la paz” (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 15 de febrero de 2006, M.P. Edgar Lombana).

230 La calificación de la situación colombiana ha generado en el pasado debates entre los académicos: Para unos es una guerra civil (Eduardo Posada Carbó, *¿Guerra civil? El lenguaje del conflicto en Colombia*, Alfaomega Colombiana S.A., Bogotá, 2001). Para otros no lo es (“...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*, No. 46, mayo-agosto de 2002, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, pp. 153, 163 y 157). Otros la califican como guerra irregular (“... 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

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]

terrorista”. Eduardo Pizarro Leongómez, “Colombia: ¿guerra civil, guerra contra la sociedad, guerra antiterrorista o guerra ambigua?”, en *Análisis Político*, No. 46, mayo-agosto de 2002, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, p. 178). Las fuerzas militares colombianas la calificaron en una ocasión como una insurgencia (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*, República de Colombia, Comando General de las Fuerzas Militares, tercera edición, Bogotá, 1988, p. 279). Incluso otros más hablan de una guerra contra la sociedad (“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). El señor Álvaro Uribe Vélez, siendo Presidente de la República (2002 – 2010) negó durante varios años la existencia de un conflicto armado y afirmó que lo que existía era una situación de terrorismo. Sobre ese particular señaló el jefe de operaciones para América Latina y el Caribe del CICR en Ginebra: “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 (Comité Internacional de la Cruz Roja, Colombia Informe 2004, p. 6”).

prefieren calificar equivocadamente la situación como ‘terrorismo y contraterrorismo’”.²³¹

... 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, con base en 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”.²³²

Se debe resaltar, como lo señala esta jurisprudencia, que son factores objetivos y no subjetivos, los que determinan el reconocimiento de la existencia de conflicto armado. 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”.²³³ También ha señalado la Corte Constitucional: “Es claro, en fin, que para efectos de la aplicación del Derecho Internacional Humanitario, la existencia de un conflicto armado se determina jurídicamente con base en factores objetivos, independien-

231 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.

232 TPIR, judgment, the prosecutor v. Sejan Paul Akayesu, ICTR-96-4-T, párrs. 602-3.

233 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.

temente de la denominación o calificación que le den los Estados, Gobiernos o grupos armados en él implicados”.^{234, 235}. En últimas, para reconocer una situación como conflicto armado bastan que existan las situaciones previstas en los instrumentos jurídicos pertinentes.²³⁶

Colombia presenta una situación de conflicto armado desde hace varios años. En este país, grupos guerrilleros han realizado o realizan diferentes acciones armadas contra miembros de la fuerza pública colombiana, Ejército y Policía, así como contra miembros de grupos de paramilitares o autodefensa, situaciones en las cuales se han cometido y se cometen algunas infracciones graves contra tales partícipes en las hostilidades como contra miembros de la población civil. Del mismo modo, miembros de grupos de autodefensa o paramilitares desarrollaron o desarrollan operaciones militares contra integrantes de los grupos guerrilleros y en algunas ocasiones contra el Ejército y la Policía, hechos en los cuales también se han perpetrado o se perpetran algunas infracciones graves al derecho humanitario. También el Ejército y la Policía han realizado o realizan hostilidades contra miembros de los grupos guerrilleros y de autodefensas o paramilitares, donde en algunos casos

234 “Un estudio por el CICR sometido como documento de referencia a la Comisión Preparatoria para el establecimiento de los Elementos de los Crímenes para la CPI notó que: ‘La determinación de si existe un conflicto armado no internacional no depende del juicio subjetivo de las partes a ese conflicto; debe ser determinado con base en criterios objetivos (...)’”. Traducción informal. Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros, sentencia del 30 de noviembre de 2005. (Esta nota pertenece a la sentencia C – 291 de 2007 de la Corte Constitucional, Magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

235 Corte Constitucional, sentencia C – 291 de 2007, Magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa, p. 48.

236 Sylvain Vite, “Tipología de los conflictos armados en el derecho internacional humanitario: conceptos jurídicos y situaciones reales”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, ob. cit., p. 42.

también se han ocasionado y se ocasionan algunas infracciones graves al derecho humanitario.

Además, los grupos paramilitares o de autodefensas, así como los grupos guerrilleros, cumplen con los requisitos de organización y mando, realización de operaciones militares sostenidas y planificadas e incluso de control territorial, exigidos por los instrumentos y la jurisprudencia internacional. Sin discusión alguna, la fuerza pública también cumple con estos requisitos. La intensidad y prolongación del conflicto armado colombiano no es ni siquiera objeto de debate.

Como si fuera poco, las definiciones que trae la legislación nacional sobre grupo armado al margen de la ley coinciden con estos criterios del derecho internacional humanitario. El inciso segundo del artículo 1º de la ley 975 de 2005 señala que “[s]e entiende por grupo armado organizado al margen de la ley, el grupo de guerrilla o de autodefensas, o una parte significativa e integral de los mismos como bloques, frentes u otras modalidades de esas mismas organizaciones, de las que trate la ley 782 de 2002”. Y el artículo 3 del parágrafo 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 este artículo de la ley 782 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”. La Ley 782 de 2002 ha sido prorrogada por las leyes 1106 de 2006 y 1421 de 2010.

Por estas razones, si es indiscutible la existencia de un conflicto armado en Colombia, se debe respetar y hacer respetar el derecho internacional humanitario, en todo tiempo y en todo lugar. Esto significa que se debe aplicar las normas y principios del

derecho internacional humanitario, no solo en el estrecho margen de las hostilidades o de las operaciones militares en sí, sino que “también se aplican fuera del limitado contexto geográfico del teatro actual de operaciones de combate”.²³⁷ “[H]asta que un arreglo pacífico sea alcanzado, el derecho internacional humanitario continúa 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”.²³⁸ “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”.²³⁹

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

237 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 nexo 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 Dormänn, ob. cit., p. 387.

238 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. Zejnir Delalic and Others, IT-96-21-T, párr.194, citado en *ibíd.*, p. 387.

239 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 Internacional penal para Ruanda a la configuración jurídica de los crímenes internacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 408.

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.²⁴⁰

7. 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.

La obligación de respetar el derecho humanitario tiene fundamento convencional, consuetudinario y constitucional. El artículo 1º común de los Convenios de Ginebra de 1949 establece que “Las Altas Partes Contratantes se comprometen a respetar y hacer respetar el presente Convenio en todas las circunstancias”. Según el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, 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

240 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Tercer Informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia*, Washington, D.C, 1999, Capítulo IV, párr. 83.

y agrupaciones que actúen de hecho siguiendo sus instrucciones o bajo su dirección o control”.²⁴¹ 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 1º común hace parte del derecho consuetudinario²⁴² y genera una doble obligación para los Estados: 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. Ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Asimismo, al proceder a determinar la responsabilidad internacional del Estado en el presente caso, la Corte no puede obviar la existencia de deberes generales y especiales de protección de la población civil a cargo del Estado, derivados del Derecho Internacional Humanitario, en particular del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra

241 Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob., cit., pp. 559 a 562.

242 “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*, No. 153, 2000, p. 46.

de 12 de agosto de 1949 y las normas del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados de carácter no internacional (Protocolo II). El respeto debido a las personas protegidas implica obligaciones de carácter pasivo (no matar, no violar la integridad física, etc), mientras que la protección debida implica obligaciones positivas de impedir que terceros perpetren violaciones contra dichas personas.²⁴³

Es con base en el artículo 1º común de los Convenios de Ginebra de 1949, 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 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.²⁴⁴ Sobre el particular ha dicho la Corte Constitucional:

la obligación general de respetar y hacer respetar el derecho internacional humanitario se manifiesta en varios deberes específicos. Entre

243 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la “masacre de Mapiripán” vs. Colombia, Sentencia de 15 septiembre de 2005, párr. 114.

244 Según el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, 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 Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob., cit., pp. 563 a 579.

ellos se cuentan: (1) el deber de impartir las órdenes e instrucciones necesarias a los miembros de las fuerzas armadas para garantizar que éstos respeten y cumplan el Derecho Internacional Humanitario, así como de impartir los cursos de formación y asignar los asesores jurídicos que sean requeridos en cada caso; y (2) el deber de investigar, juzgar, sancionar y reparar los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y el genocidio cometidos en el curso de conflictos armados internos, deber que compete en principio a los Estados por mandato del derecho internacional consuetudinario, pues son éstos a través de sus autoridades legítimamente establecidas quienes deben hacer efectiva la responsabilidad penal individual por las infracciones serias del Derecho Internacional Humanitario –sin perjuicio del principio de jurisdicción universal respecto de la comisión de este tipo de crímenes, que hoy en día goza de aceptación general-; y (3) el deber de adoptar al nivel de derecho interno los actos de tipo legislativo, administrativo o judicial necesarios para adaptar el ordenamiento jurídico doméstico a las pautas establecidas, en lo aplicable, por el derecho humanitario.²⁴⁵

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

245 Corte Constitucional, sentencia C-291-07 p. 57.

los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (CP, art. 93).²⁴⁶

Como es obvio, la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad implica que el Estado colombiano 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.²⁴⁷

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 un conflicto armado. Esta novedad es uno de los aportes más importantes del derecho humanitario al derecho internacional público. Al respeto, 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

246 Corte Constitucional, sentencia C-225 de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

247 *Ibíd.*

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 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*.²⁴⁸

Las normas de derecho humanitario no son recíprocas.²⁴⁹ 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.²⁵⁰ “No se trata, por lo tanto, de un intercambio equitativo de prestaciones, sino de obligaciones irre-

248 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.

249 Según el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, 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 Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, Op., Cit., pp. 563 y 564.

250 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.

vocables de carácter superior”.²⁵¹ La Corte Constitucional, sobre el particular ha sostenido que “la obligación de respetar y de hacer respetar el derecho internacional humanitario no es de carácter sinalagmático o recíproco, es decir, su satisfacción por los Estados no depende del cumplimiento que le otorguen, a su vez, las otras partes enfrentadas en el conflicto”.²⁵²

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 observancia y, por consiguiente, tiene el derecho legítimo a exigir el respeto de dichas obligaciones”.²⁵³

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

251 Gérard Peytrignet, “Sistemas internacionales de protección de la persona humana: el derecho internacional humanitario (DIH)”, en *Ibíd.*, p. 12.

252 Corte Constitucional, sentencia C-291/07, p. 57.

253 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.

normas que consagran aquellos principios mínimos de humanidad que no pueden ser derogados ni siquiera en las peores situaciones de conflicto armado.²⁵⁴

Por esta razón, las represalias también están prohibidas por el derecho humanitario.²⁵⁵ “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 actitud semejante del adversario y destinados a hacerla cesar”.²⁵⁶ “‘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’”.²⁵⁷ Es un error creer que si una parte en conflicto cumple con el derecho humanitario, la otra también lo hará.²⁵⁸

Con respecto a los conflictos armados no internacionales, el Tribunal [Penal Internacional para la antigua Yugoslavia] argumentó: “Aunque el Protocolo II [de 1977] 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

254 Corte Constitucional, sentencia C-225 de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

255 Según el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, 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 Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, Op., Cit., pp. 594 a 598.

256 Julio Jorge Urbina, *Protección de las víctimas de los conflictos armados...*, ob. cit., p. 81.

257 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.

258 Michael Ignatieff, *Guerra virtual, más allá de Kosovo*, Ediciones Paidós, Barcelona, 2003, p. 167.

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 [de 1977]”.²⁵⁹

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.²⁶⁰ 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.²⁶¹

259 *Ibíd.*, 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.

260 Araceli Magas Martín, *Conflictos armados internos y derecho internacional humanitario*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1990, p. 136.

261 *Ibíd.*, p. 171.

La norma 144 del Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, aplicable para conflictos armados internacionales y no internacionales, señala lo siguiente: “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”.²⁶² “La práctica de los Estados demuestra un recurso abrumador a las protestas diplomáticas y medidas colectivas a través de las cuales los Estados ejercen su influencia, en la medida de lo posible, para procurar que se respete el derecho internacional humanitario o poner coto a las violaciones de ese derecho”.²⁶³ Incluso respetar las normas humanitarias en muchas ocasiones libera la culpa de los combatientes:

Por lo general, los sentimientos de culpa resultado del combate no son severos, al menos mientras los soldados hayan observado las reglas de la guerra. El soldado acepta las leyes de la guerra y el hecho de que el grupo las apruebe contribuye a prevenir los sentimientos de culpa. El sentimiento de culpa resulta más perturbador en aquellos casos en los que el soldado no ha seguido las reglas del juego. Aunque en muchos de estos casos el cuadro es superficialmente de depresión severa, amnesia o neurosis mixta, la dificultad subyacente es un sentimiento de culpa atormentado.²⁶⁴

262 Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob., cit., pp. 575 a 579.

263 *Ibíd.*, p. 578. “Aparte de las resoluciones de organismos internacionales, las medidas colectivas de los Estados para tratar de “hacer respetar” el derecho se han concretado, entre otras cosas, a través de la celebración de conferencias internacionales relacionadas con situaciones concretas, la investigación de posibles violaciones, la creación de tribunales especiales y de la Corte Penal Internacional, la imposición de sanciones a nivel internacional y el envío de tropas de mantenimiento o imposición de la paz”. *Ibíd.*, pp. 578 y 579.

264 Robert L. Garrard, citado por Bourke, Joanna, *Sed de sangre*, historia íntima del combate cuerpo a cuerpo en las guerras del Siglo XX, ob. cit., pp. 220 y 221.

Escribía el profesor Lauterpacht hace más de cincuenta 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.

8. 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.²⁶⁵ Sin embargo, presentan importantes diferencias aunque cada vez existe una mayor complementariedad y convergencia entre ambos.²⁶⁶

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

265 Sobre esta relación véase Joaquín Cáceres Brun, “El derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos”, en Jose Luis Rodríguez-Villasante Prieto, ob. cit. pp. 645 a 658.

266 Sobre esta interrelación véase por ejemplo Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, 11º período de sesiones, Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General, Resultados de la consulta de expertos sobre la cuestión de la protección de los derechos humanos de la población civil en los conflictos armados, Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Tema 2 de la agenda, A/HRC/11/31 4 de junio de 2009.

humanitarias está en cabeza de las partes en conflicto.²⁶⁷ 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, es decir, las que denomina personas protegidas.²⁶⁸ Estas tres características son las diferencias más fundamentales entre estos marcos normativos.²⁶⁹

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

267 Según el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, 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 Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob., cit., pp. 599 a 606.

268 Por esta razón se puede sostener que el individuo según el derecho internacional humanitario tiene una personalidad jurídica internacional limitada. Véase Kai Ambos, *Conceptos básicos del derecho internacional humanitario y el nuevo crimen de agresión*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012, p. 75 nota de pie de página 197.

269 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.

conflicto, menor aplicación, hasta alcanzar el núcleo inderogable de derechos.²⁷⁰

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.²⁷¹

Sobre este particular, son ilustrativos los siguientes extractos de una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

112. Respecto de la complementariedad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos con el Derecho Internacional Humanitario, la Corte estima necesario destacar que toda persona, durante un con-

270 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.

271 Corte Constitucional, sentencia C-156 de 1999, M. P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

flicto armado interno o internacional, se encuentra protegida tanto por las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como por ejemplo la Convención Americana, como por las normas específicas del Derecho Internacional Humanitario, por lo cual se produce una convergencia de normas internacionales que amparan a las personas que se encuentran en dicha situación. En este sentido, la Corte destaca que la especificidad de las normas de protección de los seres humanos sujetos a una situación de conflicto armado consagradas en el Derecho Internacional Humanitario, no impide la convergencia y aplicación de las normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos consagradas en la Convención Americana y en otros tratados internacionales.

113. La mencionada convergencia de las normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de las normas del Derecho Internacional Humanitario ha sido reconocida por este Tribunal en otros casos, en los cuales declaró que los Estados demandados habían cometido violaciones a la Convención Americana por sus actuaciones en el marco de un conflicto armado de índole no internacional.²⁷² Asimismo, la Corte ha protegido a miembros de comunidades a través de la adopción de medidas provisionales, “a la luz de lo dispuesto en la Convención Americana y en el Derecho Internacional Humanitario”, dado que se encontraban en una situación de extrema gravedad y urgencia en el marco de un conflicto armado.²⁷³ De esta manera, el

272 Cfr. *Caso Molina Theissen. Reparaciones*, supra nota 14, párrs. 15 y 41; *Caso Molina Theissen*. Sentencia de 4 de mayo de 2004. Serie C No. 106, párr. 40 y puntos resolutivos tercero y cuarto; *Caso Bámaca Velásquez. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91, párr. 85; y *Caso Bámaca Velásquez*, supra nota 15, párrs. 143, 174, 207, 213 y 214. (Esta nota pertenece a: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador, Sentencia de 23 de noviembre de 2004, (Excepciones Preliminares), párr. 113).

273 Cfr. *Caso Pueblo Indígena de Kankuamo. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 5 de julio de 2004, considerando undécimo; *Caso de las Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 6 de marzo de 2003, considerando undécimo; y *Caso*

Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene plena vigencia durante un conflicto armado interno o internacional.

115. En este mismo sentido, el Derecho Internacional Humanitario consagra en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, la complementariedad de sus normas con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, al establecer, *inter alia*, la obligación que tiene un Estado en situación de conflicto armado de carácter no internacional, de brindar un trato humano y sin distinción alguna de índole desfavorable a las personas que no participan directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas, o que hayan quedado fuera de combate por cualquier razón. En particular, el Derecho Internacional Humanitario prohíbe, en cualquier tiempo y lugar, los atentados contra la vida, la integridad y la dignidad de las personas nombradas anteriormente.²⁷⁴

116. Asimismo, el Protocolo 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), reconoce en su preámbulo la complementariedad o convergencia entre las normas del Derecho Internacional Humanitario con las del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, al señalar que “[...] los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos ofrecen a la persona humana una protección fundamental”. Además, el artículo 75 del Protocolo I a dichos Convenios, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, al referirse a las garantías fundamentales de todas las personas que estén en poder de una Parte en conflicto y que no disfruten de un trato más favorable en

de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de junio de 2002, considerando undécimo. (Esta nota pertenece a: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador, Sentencia de 23 de noviembre de 2004, (Excepciones Preliminares), párr. 113),

274 Cfr. *Caso Bámaca Velásquez*, *supra* nota 15, párr. 207. (Esta nota pertenece a: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador, Sentencia de 23 de noviembre de 2004, (Excepciones Preliminares), párr. 115).

virtud de los referidos Convenios o de dicho Protocolo, y el artículo 4 del Protocolo II, al referirse a las garantías fundamentales de todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, las que hayan dejado de participar en ellas, estén o no privados de libertad, señalan que tales personas deben gozar de dichas garantías, consagrando de esta forma la complementariedad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario.²⁷⁵

En otra decisión, la Corte Constitucional señala:

El componente del principio humanitario consistente en la obligatoriedad de respetar las garantías fundamentales y salvaguardas humanitarias básicas durante los conflictos armados, constituye uno de los principales nodos de interacción del Derecho Internacional y Constitucional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario. ... Más aún, es claro que en los casos de conflictos armados internos, las disposiciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario se aplican de manera concurrente e interactúan de distintas formas en su aplicación a situaciones concretas.²⁷⁶

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 complemen-

275 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador, Sentencia de 23 de noviembre de 2004, (Excepciones Preliminares), párrs 112, 113, 115 y 116.

276 Corte Constitucional, sentencia C-291/07, p. 110 y 111.

tan al derecho internacional de los derechos humanos, puesto que en lo que no se vincule directamente a las hostilidades, los derechos humanos siguen aplicándose de manera convergente.²⁷⁷ 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

277 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.

vida se aplica también en las hostilidades. No obstante, la prueba de lo que es una privación arbitraria de la vida debe ser determinada 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.²⁷⁸

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.²⁷⁹

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 en su Título II contiene prácticamente todos los derechos irreductibles del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.²⁸⁰ Como consecuencia:

278 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.

279 Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 29, “Los estados de emergencia”, párr. 9.

280 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*

... 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.²⁸¹

Este mismo Comité, en su Observación General No. 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 N° 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.²⁸²

En particular, el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, a través de sus prohibiciones protege cinco de los derechos básicos que son también protegidos por los instrumentos internacionales de derechos humanos: la vida, la integridad personal, la libertad personal, la dignidad personal y las garantías judiciales. Por esta

carácter internacional (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.

281 Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 29, “Los estados de emergencia”, párr. 11.

282 Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 31, la “La naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el Pacto”, párr. 11.

razón se afirma que estos derechos constituyen los derechos humanos mínimos que deben respetarse 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.²⁸³

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha acudido al derecho internacional humanitario, como *lex specialis*, para interpretar de manera adecuada la Convención Americana. La Corte ha utilizado los tratados de derecho internacional humanitario para dar contenido y alcance a los artículos de la Convención Americana. En la sentencia atrás citada de las *Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador*, ha dicho esta Corporación:

119. En su jurisprudencia la Corte ha establecido claramente que tiene la facultad de interpretar las normas de la Convención Americana a luz de otros tratados internacionales, para lo cual en reiteradas oportunidades ha utilizado normas de otros tratados de derechos humanos ratificadas por el Estado demandado, para dar contenido y alcance a la normativa de la Convención. En este sentido, este Tribunal en su jurisprudencia constante²⁸⁴ ha resuelto que “al dar interpretación

283 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Bámaca Velásquez*, sentencia del 25 de noviembre de 2000, párr. 209.

284 Cfr. Caso *Tibi*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 144; Caso “*Instituto de Reeduación del Menor*”, supra nota 10, párr. 148; Caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri*, supra nota 10, párrs. 165 y 166; Caso *Bámaca Velásquez*, supra nota 15, párrs. 126, 157 y 209; Caso *Cantoral Benavides*. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párrs. 98, 100 y 101; Caso de los “*Niños de la Calle*” (*Villagrán Morales y otros*). Sentencia

a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (inciso segundo del artículo 31 de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (inciso tercero del artículo 31)". En dicha jurisprudencia, la Corte ha indicado que esta orientación tiene particular importancia para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que ha avanzado sustancialmente mediante la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección. Estos parámetros permiten a la Corte utilizar las normas del Derecho Internacional Humanitario, ratificadas por el Estado demandado, para dar contenido y alcance a las normas de la Convención Americana.²⁸⁵

Una manera concreta en que la Corte Interamericana de derechos Humanos ha interpretado la Convención Americana sobre

de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párrs. 192, 193 y 194; Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros). Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37, párr. 133; Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párrs. 54 y 120; Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrs. 20-22; El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párrs. 32, 34, 36 y 42; Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14, párr. 21; Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A No. 10, párr. 44; y "Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1, párrs. 19 y 21. (Nota presente en: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador, Sentencia de 23 de noviembre de 2004, (Excepciones Preliminares), párr. 119.).

285 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador, Sentencia de 23 de noviembre de 2004, (Excepciones Preliminares), párr. 119.

Derechos Humanos utilizando los tratados de derecho internacional humanitario, puede verse en el caso Mapiripan Vs Colombia:

114. Asimismo, al proceder a determinar la responsabilidad internacional del Estado en el presente caso, la Corte no puede obviar la existencia de deberes generales y especiales de protección de la población civil a cargo del Estado, derivados del Derecho Internacional Humanitario, en particular del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y las normas del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados de carácter no internacional (Protocolo II). El respeto debido a las personas protegidas implica obligaciones de carácter pasivo (no matar, no violar la integridad física, etc), mientras que la protección debida implica obligaciones positivas de impedir que terceros perpetren violaciones contra dichas personas. La observancia de dichas obligaciones resulta de relevancia en el presente caso, en la medida en que la masacre fue cometida en una situación de evidente desprotección de civiles en un conflicto armado de carácter no internacional. ...

115. Las obligaciones derivadas de dicha normativa internacional deben ser tomadas en cuenta, según lo dispuesto en el artículo 29.b) de la Convención, pues quienes se hallan protegidos por el régimen de dicho instrumento no pierden por ello los derechos o facultades que ya tengan conforme a la legislación del Estado bajo cuya jurisdicción se encuentran, sino se complementan o integran para precisar su alcance o determinar su contenido. Si bien es claro que la atribución de responsabilidad internacional bajo las normas de Derecho Internacional Humanitario no puede ser declarada, como tal, por este Tribunal,²⁸⁶ dichas normas son útiles para la interpretación

286 Cfr. *Caso Hermanas Serrano Cruz. Excepciones Preliminares*, supra nota 181, párr. 108, y *Caso Las Palmeras. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 4 de febrero de 2000. Serie C no. 67, párr. 33. (Nota presente en: Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la masacre de Mapiripán Vs Colombia, sentencia del 15 de septiembre de 2005, párr. 115).

de la Convención,²⁸⁷ al establecer la responsabilidad estatal y otros aspectos de las violaciones alegadas en el presente caso. Esas normas estaban vigentes para Colombia al momento de los hechos, como normativa internacional de la que el Estado es parte²⁸⁸ y como derecho interno,²⁸⁹ y han sido declaradas por la Corte Constitucional de Colombia como normas de *jus cogens*, que forman parte del “bloque de constitucionalidad” colombiano y que son obligatorias para los Estados y para todos los actores armados, estatales o no estatales, que participen en un conflicto armado.^{290, 291}

-
- 287 *Cfr. Caso Hermanas Serrano Cruz. Excepciones Preliminares, supra* nota 181, párr. 119; *Caso Las Palmeras. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 4 de febrero de 2000. Serie C No. 67, párrs. 32 a 34, y *Caso Bámaca Velásquez*. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párrs. 208 a 209. (Nota presente en: Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la masacre de Mapiripán Vs Colombia, sentencia del 15 de septiembre de 2005, párr. 115).
- 288 El Protocolo II fue ratificado por Colombia el 14 de agosto de 1995 y entró en vigor el 14 de febrero de 1996. (Nota presente en: Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la masacre de Mapiripán Vs Colombia, sentencia del 15 de septiembre de 2005, párr. 115).
- 289 Ley 171 del 16 de diciembre de 1994, por medio de la cual se aprueba el “Protocolo 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 internacional (Protocolo II)”. (Nota presente en: Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la masacre de Mapiripán Vs Colombia, sentencia del 15 de septiembre de 2005, párr. 115).
- 290 *Cfr.* sentencia C-225/95 de 18 de mayo de 1995, emitida por la Corte Constitucional. (Nota presente en: Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la masacre de Mapiripán Vs Colombia, sentencia del 15 de septiembre de 2005, párr. 115).
- 291 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la masacre de Mapiripán Vs Colombia, sentencia del 15 de septiembre de 2005, párrs. 114 y 115. Un buen resumen de la jurisprudencia del sistema interamericano en materia de derecho humanitario es la de Alejandro Aponte Cardona, “El sistema interamericano de derechos humanos y el derecho internacional humanitario: una relación problemática”, en Kai Ambos, Ezequiel Malarino (editores), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Konrad Adenauer Stiftung, Editorial Temis, Bogotá, 2011, p. 125

También la Comisión Interamericana ha acudido al derecho internacional humanitario para interpretar la Convención Americana, en uno de los últimos pronunciamientos sobre el particular, en la petición interestatal de Ecuador Vs Colombia:

125. En el presente caso, el Estado peticionario alega la presunta ejecución extrajudicial de un ciudadano ecuatoriano por agentes del Estado Colombiano, en el contexto de un operativo militar en territorio de Ecuador. Por lo tanto, las normas del DIH pueden ser relevantes, dependiendo de las circunstancias establecidas, para definir si la alegada privación de la vida de Franklin Guillermo Aisalla Molina fue “arbitraria” o no de acuerdo con el artículo 4.1 de la Convención.

117. Al igual que otros instrumentos universales y regionales de derechos humanos, la Convención Americana y los Convenios de Ginebra de 1949 comparten un núcleo común de derechos no suspendibles y el objetivo común de proteger la integridad física y la dignidad inherente al ser humano.²⁹²

118. Es así como tanto el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra como el artículo 4 de la Convención Americana protegen el derecho a la vida y en consecuencia, prohíben las ejecuciones extrajudiciales en cualquier circunstancia. Por lo tanto, las denuncias que aleguen privaciones arbitrarias del derecho a la vida, atribuibles a agentes del Estado, están claramente dentro de la competencia de la Comisión Interamericana, pero de resultar establecida la existencia

y ss. El autor sostiene por ejemplo que la invocación del derecho internacional humanitario en la sentencia de Mapiripán Vs Colombia ha diluido las diferencias entre interpretación y aplicación, al señalar como es obligatorio el dih tanto para actores estatales como no estatales, *Ibíd.*, p. 162.

292 CIDH Informe No. 55-97, caso 11.137 *Juan Carlos Abella* (Argentina), 18 de noviembre de 1997, párr. 158. Ver también, Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Comunicación 227/99- D.R. Congo c. Burundi, Ruanda y Uganda, 33ava sesión ordinaria de la Comisión Africana, mayo 2003, párrs. 64 y 65. (Nota presente en: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 112/10, Petición Interestatal PI-02, Admisibilidad, Franklin Guillermo Aisalla Molina, Ecuador c. Colombia, OEA/Ser.L/V/II.140, Doc.10, 21 de octubre de 2010, párr. 117).

de un conflicto armado, resulta indispensable acudir al DIH como fuente de interpretación autorizada que permita aplicar la Convención Americana con una debida consideración de las características particulares de esta situación.

122. De esta manera, aunque la *lex specialis* respecto a hechos que tienen lugar en el contexto de un conflicto armado es el DIH, ello no significa que el derecho internacional de los derechos humanos no se aplique. Al contrario, lo que significa es que al aplicar el derecho de los derechos humanos, en este caso la Convención Americana, se recurre al DIH para efectos de interpretación como normativa específica que rige en un conflicto armado.^{293, 294}

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,²⁹⁵ como en el fallo del 19 de diciembre de

293 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 112/10, Petición Interestatal PI-02, Admisibilidad, Franklin Guillermo Aisalla Molina, Ecuador c. Colombia, OEA/Ser.L/V/II.140, Doc.10, 21 de octubre de 2010, párrs. 125, 117, 118 y 122. (Nota presente en: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 112/10, Petición Interestatal PI-02, Admisibilidad, Franklin Guillermo Aisalla Molina, Ecuador c. Colombia, OEA/Ser.L/V/II.140, Doc.10, 21 de octubre de 2010, párr. 122).

294 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 112/10, Petición Interestatal PI-02, Admisibilidad, Franklin Guillermo Aisalla Molina, Ecuador c. Colombia, OEA/Ser.L/V/II.140, Doc.10, 21 de octubre de 2010, párrs. 125, 117, 118 y 122. La noción de remisiones que el Convenio Europeo contiene en algunos artículos, ha sido utilizada por la Corte Europea para señalar que tiene competencia de aplicar disposiciones del derecho humanitario. Alejandro Aponte Cardona, “El sistema interamericano de derechos humanos y el derecho internacional humanitario: una relación problemática”, en Kai Ambos, Ezequiel Malarino (editores), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, ob. cit., pp. 130 a 133.

295 “Más en general, la Corte considera que la protección que ofrecen los convenios y convenciones de derechos humanos no cesa en caso de conflicto armado, salvo en caso de que se apliquen disposiciones de suspensión

2005 en el asunto relativo a las actividades armadas en el territorio del Congo (la República Democrática del Congo c. Uganda).²⁹⁶ 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*”.²⁹⁷

A su vez, el profesor Cançado Trindade, 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 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

como las que figuran en el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En cuanto a la relación entre el derecho internacional humanitario y el derecho de los derechos humanos, pueden presentarse tres situaciones: algunos derechos pueden estar contemplados exclusivamente en el derecho internacional humanitario, otros pueden estar contemplados exclusivamente en el derecho de los derechos humanos, y otros pueden estar contemplados en ambas ramas del derecho internacional. Para responder a la cuestión que se le ha planteado, la Corte tendrá que tomar en consideración ambas ramas del derecho internacional, es decir, el derecho de los derechos humanos y, como *lex specialis*, el derecho internacional humanitario”. CIJ, Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas de la construcción del muro en territorio palestino ocupado, 9 de Julio de 2004, párr. 106. Disponible en: http://www.icj-cij.org/homepage/sp/advisory/advisory_2004-07-09.pdf citado por Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 112/10, Petición Interestatal PI-02, Admisibilidad, Franklin Guillermo Aisalla Molina, Ecuador c. Colombia, ob. cit., párr. 124.

296 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.

297 *Ibíd.*, párr. 28.

en las relaciones entre el Estado y las personas bajo su jurisdicción (como ocurre en el campo propio de los derechos humanos).²⁹⁸

El profesor Daniel O'Donnell manifiesta 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.²⁹⁹

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".³⁰⁰ Sobre este particular, el profesor O'Donnell ha señalado:

298 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.

299 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*, No. 147, Ginebra, 1998, p. 545.

300 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.

"... Las convergencias entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Refugiados, - que, como vengo sosteniendo hace muchos años, se manifiestan en los planos tanto normativo como hermenéutico y operativo, - han maximizado la protección de los seres humanos en toda y cualquier circunstancia, aún más tratándose de normas pertenecientes al dominio

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.³⁰¹

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.³⁰²

del *jus cogens*”. Voto Disidente del Juez A.A. Cancado Trindade, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador, Sentencia de 23 de noviembre de 2004, (*Excepciones Preliminares*), párr. 41.

301 Daniel O'Donnell, ob. cit., p. 524.

302 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.

9. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO HUMANITARIO

Las normas humanitarias, tanto convencionales como consuetudinarias, desarrollan esencialmente una serie de pautas de conductas básicas que 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.³⁰³ 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, los de proporcionalidad o precaución propios del derecho de La Haya, o los principios de inviolabilidad y no discriminación³⁰⁴ que se comparten con el derecho internacional de los derechos humanos.³⁰⁵

Al respecto debe aclararse que los principios de DIH no se limitan a aquellos de distinción, proporcionalidad y precaución. En efecto,

303 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.

304 Según el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, es norma consuetudinaria 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 Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob., cit., pp. 352 a 355.

305 Jean Pictet, *Desarrollo y principios del Derecho Internacional Humanitario*, ob. cit., p. 75 y ss.

existen otros igualmente importantes, tales como: 1) principio de humanidad; 2) principio de igualdad entre los beligerantes; 3) principio de necesidad militar; 4) principio de no discriminación; 5) principio de neutralidad; 6) principio de prioridad humanitaria; 7) principio de limitación de la acción hostil; y 8) la denominada “cláusula Martens”.³⁰⁶

Otros señalan que son los principios de utilidad, lealtad y humanidad que deben ser tenidos en cuenta en la conducción de las hostilidades puesto que “no posee cada beligerante un derecho ilimitado de dañar al enemigo, así sea para imponer la restauración de la justicia o el castigo de la injusticia”:³⁰⁷

El derecho humanitario busca un equilibrio constante entre los principios de la necesidad militar y de la humanidad, es decir, permite la realización de operaciones militares que representen una ventaja militar definida siempre y cuando no afecten la humanidad de quienes no participan directamente en las hostilidades y de ciertos bienes que no ofrecen ningún beneficio militar. El principio de humanidad que complementa y está implícito en el principio de necesidad militar, según el cual “está prohibido causar sufrimientos, heridas o destrucción que no sean necesarios para el logro de fines militares legítimos”.³⁰⁸ Según el manual de leyes en los conflictos armados del Ministerio de Defensa del Reino Unido, el principio de necesidad militar permite “solo el grado y el tipo de fuerza que no están prohibidos de otro modo por el derecho de los conflictos armados, que sean necesarios para lograr el objetivo legítimo del conflicto a saber: la sumisión total o parcial

306 Alejandro Ramelli, Arteaga, *Jurisprudencia penal internacional aplicable en Colombia*, GIZ, ob. cit., p. 165, nota de pie de página 153.

307 Yves de la Brière, *El derecho de la guerra justa*, ob. cit., pp. 130 y 129.

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

del enemigo en el más breve plazo con un costo mínimo de vidas humanas y recursos”.³⁰⁹

... la locución, en su sentido lato, es la toma de medidas necesarias para conseguir las metas de la guerra. Constituye la justificación de todo recurso a la violencia, dentro de los límites establecidos por el principio general de proporcionalidad. En su sentido estricto, indica una necesidad estipulada en normas de derecho internacional, que induce a actuar, tanto en el marco de las mismas normas como por excepciones a éstas, respetando los límites y condiciones que dichas normas establecen para consentir la excepción. En resumen, la necesidad militar, en su sentido estricto, solo puede invocarse si en el derecho positivo se admite explícitamente que, por excepción hecha en nombre de esta necesidad, se suspenda una prohibición o una limitación determinada en el recurso de la violencia de guerra.³¹⁰

La conclusión extraída por el Tribunal de Nùremberg, en el asunto “Estados Unidos vs. List”, resulta ilustrativa al respecto:

“La necesidad militar permite al beligerante, dentro del respeto por el derecho de la guerra, ejercer todas las acciones necesarias para obtener la sumisión del enemigo en el menor tiempo posible, vidas humanas y dinero ... Aquello permite la eliminación de los enemigos armados y de otras personas durante los conflictos armados, cuya eliminación resulte inevitable: ella autoriza la captura de enemigos armados y de otras personas que presenten un peligro particular, pero no permite asesinar habitantes inocentes a efectos de satisfacer una sed de venganza. Para ser legítima, la destrucción de los bienes debe ser imperativamente exigida por las necesidades de la guerra. La destrucción arbitraria va en contra del derecho internacional. Debe existir un vínculo suficiente entre la destrucción de los bienes y la victoria sobre las fuerzas enemigas”.³¹¹

309 *Ibíd.*, p. 79.

310 Pietro Vierri, *Diccionario de derecho Internacional de los conflictos armados*, CICR, Buenos Aires, 2008, p. 69 y 70.

311 Proceso de los crímenes de guerra ante los tribunales militares de Nùremberg, vol. 11, 1950, pp. 1253-1254, citado por Alejandro Ramelli, Arteaga,

Según otra formulación

- a) Ciertos procedimientos crueles deberán ser prohibidos porque están desprovistos de utilidad directa para el resultado militar. Constituyen crueldades superfluas e injustificables.
- b) Ciertos procedimientos pérfidos deberán ser prohibidos porque su deslealtad tendería a suprimir haciendo imposible, el mínimo de buena fe que debe existir entre los beligerantes, en el curso mismo de las hostilidades, y que importa esencialmente al interés común de la familia humana entera, especialmente para hacer posible, eventualmente una interrupción razonable y aun la cesación deseada de las mismas hostilidades. Quedarán excluidos a título de buena fe, siempre indispensable.
- c) Ciertos procedimientos odiosos e inmorales deberán estar siempre prohibidos, aun cuando se les atribuya un acrecentamiento de la eficacia guerrera, cuando ofendan evidentemente ciertas exigencias esenciales de la humanidad civilizada: tales son las mutilaciones, o con mayor razón, las ignominias morales contra los combatientes o los prisioneros o cualquier otra persona del partido adverso. ...³¹²

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 y de protección, humanidad e inmunidad. Como se verá, los principios se traslapan e incorporan otros más, que también serán abordados, como por ejemplo el principio de precaución.³¹³ El cumplimiento de un principio con-

Jurisprudencia penal internacional aplicable en Colombia, ob. cit., p. 174, Nota de pie de página No. 155.

312 Yves de la Brière, *El derecho de la guerra justa*, ob. cit., pp. 130 y 131.

313 Los principios de distinción, precaución y protección forman la base del derecho humanitario. Tribunal Penal internacional para la antigua Yugoslavia, Radicado IT-98-29/1-T. Asunto "Fiscal vs. Dragomic Milosevic". Sentencia proferida el 12 de diciembre de 2007 por la Sala de Primera Instancia del TPIY. párr 941.

lleva el cumplimiento de otros y en muchas ocasiones el desconocimiento de uno determina la violación de otros principios.

a) Distinción

Uno de los principios básicos del derecho humanitario es el de distinción. En la conducción de las operaciones militares se debe hacer 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.³¹⁴ 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. Aunque “[e]l acto característico de los hombres en la guerra no es morir sino

314 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 Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, 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 Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob., cit., pp. 3 a 8 y 29 a 33.

matar”,³¹⁵ dicha licitud significa que “[n]o debe uno matar a menos que esté dispuesto a morir”.³¹⁶

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 personas –los enemigos en condición de combate– o de evitar todo riesgo serio para nuestra propia supervivencia.³¹⁷

1) LOS COMBATIENTES, LAS PERSONAS QUE PARTICIPAN DIRECTAMENTE EN LAS HOSTILIDADES Y LAS PERSONAS PROTEGIDAS

El principio de distinción en relación con las personas tiene una formulación diferente tratándose de conflictos armados internacionales o conflictos armados no internacionales.³¹⁸ Mientras en los primeros

315 Joanna Bourke, *Sed de sangre*, historia íntima del combate cuerpo a cuerpo en las guerras del Siglo XX, ob. cit., p. 9.

316 Michael Walzer, *Guerra, política y moral*, ob. cit., p. 89.

317 Angelo Papacchini, *Derecho a la vida*, Universidad del Valle, Cali, 2001, p. 317.

318 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”.

se utiliza la expresión de combatientes en los segundos se habla de personas que participan directamente en las hostilidades.

La razón esencial de esta diferenciación radica en la negativa de reconocer el estatuto de combatiente en cabeza de los miembros de los grupos armados no estatales que participan en un conflicto armado no internacional.³¹⁹ 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 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

319 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.

de libertad y en el enjuiciamiento y sanción de infracciones cometidas con ocasión del conflicto armado.³²⁰

♦ LOS COMBATIENTES

¿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 1977,³²¹ que tienen su origen en el artículo 1 del Reglamento de

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

321 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. (...)

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.

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 1949.³²² Con base en estas disposiciones, se puede establecer lo siguiente:

322 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;

Son combatientes los miembros de las fuerzas armadas de una parte en conflicto y los miembros de organismos paramilitares o servicios armados incorporados a las fuerzas armadas, con excepción del personal sanitario o religioso.³²³ 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

-
- 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”.

323 Según el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, 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 Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob., cit., pp. 13 a 19.

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 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.³²⁴

“Leídos juntos, los artículos 43 y 50 del Protocolo Adicional I y el artículo 4(A) del Convenio de Ginebra III, establecen que los miembros de las fuerzas armadas (distintos del personal médico y los capellanes), y los miembros de las milicias o cuerpos voluntarios que forman parte de dichas fuerzas armadas, son ‘combatientes’ y no pueden reclamar estatus civil”.³²⁵

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”.³²⁶ También se considera a los miembros de la policía como combatientes, si participan en las hostilidades y cumplen los criterios

324 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.

325 Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso Kordic y Cerkez, (Sala de Apelaciones), 17 de diciembre de 2004, párr. 50.

326 José Luis Doménech Omedas, ob. cit. p. 152.

de fuerzas armadas.³²⁷ 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.³²⁸

En la medida en que el derecho de los conflictos armados regula todo tipo de guerras, trátense de regulares o irregulares, quienes participan en estas últimas son conocidos bajo la denominación de guerrilleros.³²⁹ 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

327 Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob., cit., pp. 18 y 19.

328 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Tercer Informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia*, ob. cit., párr. 66.

329 Véase Michel Veuthey, *Guérilla et droit humanitaire*, Comité International de la Croix-Rouge, Ginebra, 1983.

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.

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.³³⁰ 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.³³¹

330 “Los miembros de los grupos de resistencia organizada tampoco pueden reclamarlo [el estatus de civil], en el razonamiento de que sean comandados por una persona responsable por sus subordinados, de que tengan un signo fijo distintivo reconocible a distancia, de que porten armas abiertamente, y de que conduzcan sus operaciones de acuerdo a las leyes y costumbres de la guerra”. Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso Kordic y Cerkez, (Sala de Apelaciones), 17 de diciembre de 2004, párr. 50.

331 “Para promover la protección de los civiles, los combatientes están obligados a diferenciarse en todo momento de la población civil; la práctica generalmente aceptada es que lo hacen portando uniformes o por lo menos algún signo distintivo, y portando sus armas abiertamente”. Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso Galic, (Sala de Primera Instancia), 5 de diciembre de 2003, párr. 50.

“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. Los ejemplos clásicos son los mercenarios y los espías. Los mercenarios no tienen derecho al estatuto de

La visibilidad de la guerra es una retórica corporal del honor: el combatiente es alguien que se reconoce de lejos.³³² 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.³³³

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 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.³³⁴

combatiente o de prisionero de guerra (artículo 47.1 del Protocolo I de 1977) y “el miembro de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto que caiga en poder de una parte adversa mientras realice actividades de espionaje no tendrá derecho al estatuto de prisionero de guerra y podrá ser y tratado como espía” (artículo 26.1 del Protocolo I de 1977).

332 Véase Michel Foucault, *Vigilar y castigar, nacimiento de la prisión*, Siglo XXI Editores, México, 1983, p. 139.

333 Véase, Hernán Montealegre, ob. cit., pp. 310 a 313.

334 CICR, *Comentario del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, ob. cit., párr. 1712.

Los deberes de los combatientes son el de distinguirse de la población civil³³⁵ y el de observar las normas del derecho de la guerra.³³⁶ Son sus derechos participar directa y legítimamente en las hostilidades y gozar de la protección de las normas del derecho de la guerra.

♦ **LAS PERSONAS PROTEGIDAS**

Los no combatientes son personas protegidas por el derecho humanitario. No son combatientes los individuos civiles que constituyan la población civil.³³⁷ No son combatientes los miembros de las fuer-

335 Según el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, 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 Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob., cit., pp. 437 a 442.

336 “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, Nurember, 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*, No. 163, septiembre 2002, p. 196

337 Según el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, 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”.

zas armadas que forman parte del personal sanitario y religioso y están dedicados exclusivamente a ese cometido. 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 peligrosa³³⁸ y los corresponsales de guerra.³³⁹ No son combatientes los miembros de las fuerzas o 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 análoga.

Los no combatientes son 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 inter-

Véase Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob., cit., pp. 20 a 22.

- 338 Según el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, 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 *Ibíd.*, pp. 129 a 132.
- 339 Según el numeral 1º 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 1º del artículo 50”. Son corresponsales de guerra los periodistas que acompañan a las fuerzas armadas de un Estado sin pertenecer a ellas. 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 Internacional de la Cruz Roja*, num. 853, 2004, Selección de artículos 2004, Buenos Aires, 2005.

nacional 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 en este parágrafo para denominar algunos de estos sujetos que tienen la calidad de personas protegidas.

1. Los integrantes de la población civil.

La población civil, según el derecho humanitario, comprende a todas las personas civiles (art. 50.2 del Protocolo I de 1977). Persona civil es cualquiera que no es combatiente ni prisionero de guerra.³⁴⁰ “[E]l término ‘civil’ se define negativamente como todo aquél que no es miembro de las fuerzas armadas o de un grupo militar organizado que pertenece a alguna de las partes en conflicto.³⁴¹ Es una cuestión de prueba en cada caso particular el determi-

340 “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).

341 La definición negativa de persona civil es cualquier persona que no sea miembro de las fuerzas armadas de una parte en conflicto ni participe en un levantamiento en masa. Nils Melzer, *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario*, ob. cit., pp. 20 y 21.

nar si una persona tiene el estatus de civil”.³⁴² “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” (art. 50.3 del Protocolo I de 1977). “La presencia de combatientes individuales dentro de la población no cambia su carácter civil”.³⁴³ Según la Corte Constitucional “una persona civil, (...) es quien llena las dos condiciones de no ser miembro de las Fuerzas Armadas o de los grupos armados irregulares enfrentados, y no tomar parte activa en las hostilidades”.³⁴⁴

En caso de duda respecto a si una persona es civil, dicha persona será considerada como tal (art. 50.1 del Protocolo I de 1977). Las personas deben ser considerados como civiles hasta que haya mayor información disponible, y por lo tanto, no deben ser objetivo de ataques.³⁴⁵

2. Las personas que no participan en hostilidades y los civiles en poder de la parte adversa.

La expresión de “las personas que no participen en las hostilidades”, será explicada más adelante con detalle. El artículo 3 común protege a las “personas que no participen directamente en las hostilidades”. Llama la atención que el artículo del código penal no utilice la palabra “directamente” porque como se verá, para

342 Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso Galic, (Sala de Primera Instancia), 5 de diciembre de 2003, párr. 47.

343 *Ibíd.*, párr. 50.

344 Corte Constitucional, Sentencia C – 291 de 2007, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda, p. 79.

345 Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso Galic, (Sala de Primera Instancia), 5 de diciembre de 2003, párr. 50. “[E]l imperativo en ‘en caso de duda’ se limita a la conducta esperada de un miembro de las fuerzas militares. Sin embargo, cuando la responsabilidad penal de este último se encuentran en cuestión, la carga de la prueba respecto a si una persona es civil recae en la Fiscalía”. Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso Kordic y Cerkez (Sala de Apelaciones), 17 de diciembre de 2004, párr. 48.

el derecho internacional humanitario las personas que participen indirectamente en las hostilidades si están protegidas y pareciera pues que esa posibilidad estuviese excluida por el código penal. Se puede dar el caso que civiles participen indirectamente en las hostilidades, personas que si estarían protegidas por el derecho internacional humanitario.

La expresión “los civiles en poder de la parte adversa” del numeral 2º 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.

3. Los heridos, enfermos o náufragos puestos fuera de combate.

El artículo 8º 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.

Al tenor del artículo 41 numeral 2º 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 absente de todo acto hostil y no trate de evadirse.

4. El personal sanitario o religioso.

El artículo 8º del Protocolo I de 1977 señala que:

- 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).

5. Los periodistas en misión o corresponsales de guerra acreditados.
En relación con los periodistas,

[d]e 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.³⁴⁶

6. Los combatientes que hayan depuesto las armas por captura, rendición u otra causa análoga.

La palabra combatientes de este numeral 6º fue declarada exequible por la Corte Constitucional en su sentencia C – 291 de 2007, señalando que el término que utiliza la norma debe interpretarse en su acepción genérica, es decir, como “las personas que, por formar parte de las fuerzas armadas y los grupos armados irregulares, o tomar parte en las hostilidades, no gozan de las protecciones contra los ataques signados a los civiles”.³⁴⁷ Agregó la Corte que los que hayan depuesto las armas son personas protegidas porque

346 Roy Gutman y David Rieff, *Crímenes de guerra, lo que debemos saber*, ob. cit., p. 352.

347 Corte Constitucional, Sentencia C – 291 de 2007, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda, pp. 127 y 78.

“bajo ninguna interpretación se puede reducir el ámbito de protección provisto por el derecho internacional humanitario a quienes, en el contexto de un conflicto armado de carácter no internacional, no toman parte activa en las hostilidades”.³⁴⁸

7. Quienes antes del comienzo de las hostilidades fueren considerados como apátridas o refugiados.

Son apátridas quienes carecen o pierden la patria, es decir, la nacionalidad y la ciudadanía.³⁴⁹ “El término designa a una persona que ningún Estado considera como su ciudadano, de conformidad con su propia legislación”.³⁵⁰ El término refugiado está definido por el artículo 1º 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:

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.

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.

Como otras personas protegidas, se encuentran el personal de de las Naciones Unidas y el personal asociado protegido por la Convención sobre la seguridad del personal de las Naciones Uni-

348 *Ibíd.*, p. 128.

349 Hernando Valencia Villa, *Diccionario de Derechos Humanos*, Editorial Espasa Calpe, Madrid, 2003, p. 16

350 Vierri, Pietro, *Diccionario de derecho Internacional de los conflictos armados*, ob. cit., p. 6

das y el personal asociado de 1994 y los miembros de la Comisión Internacional de Encuesta establecida por el artículo 90 del Protocolo I de 1977.³⁵¹

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.³⁵²

♦ **LA PARTICIPACIÓN DIRECTA EN LAS HOSTILIDADES**

El artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949, disposición que se explicará en detalle más adelante y que es considerada la más importante del derecho humanitario, protege a las personas que no participen directamente en las hostilidades. A contrario sensu, las personas no protegidas por el artículo 3 común son las que participan directamente en las hostilidades. Determinar quién participa de manera directa y no, y qué es participación directa, resulta fundamental para aplicar de manera adecuada y efectiva el principio de distinción.

¿Quién participa de manera directa en las hostilidades? En un conflicto armado internacional, los llamados a participar directamente en las hostilidades son los denominados combatientes, expresión que fue explicada en páginas anteriores. En un conflicto armado no internacional, los llamados a participar directamente en las hostilidades son los miembros de los grupos armados orga-

351 Véase Fernando Pignatelli y Meca, *La sanción de los crímenes de guerra en el derecho español*, consideraciones sobre el capítulo III del título XXIV del libro II del Código Penal, Ministerio de Defensa, Madrid, 2003, pp. 272 y ss.

352 Según el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, 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 Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob., cit., pp. 349 a 351.

nizados [fuerzas armadas no estatales] que asumen una función continúa para el grupo comprendiendo la participación directa en las hostilidades y/o los miembros de las fuerzas armadas estatales.³⁵³ Son lícitos los ataques que se puedan dirigir contra ellos, los que incluso pueden ocasionarles la muerte, precisamente por su participación activa, directa, inmediata en las hostilidades³⁵⁴

353 “En un conflicto armado no internacional, los grupos armados organizados constituyen las fuerzas armadas de una parte no estatal y están integrados por personas cuya función continua es participar directamente en las hostilidades” Nils Melzer, *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario*, ob. cit., p. 36.

“... todas las fuerzas armadas que tengan un grado suficiente de organización militar y que pertenezcan a una parte en conflicto deben ser consideradas como pertenecientes a las fuerzas armadas de esa parte”. *Ibíd.*, p. 22. “... las compañías militares privadas podrían a llegar a ser partes no estatales independientes en un conflicto armado no internacional ...”. *Ibíd.*, p. 40.

354 “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 No. TPIR-96-4-T, decisión del 2 de septiembre de 1988, p. 62, en CICR, “Participación directa en las hostilidades con arreglo al derecho internacional humanitario”, Ginebra, septiembre de 2003, p. 2.

y mientras no participen directamente en operaciones militares están protegidos por el principio de distinción.³⁵⁵

Los miembros de las fuerzas armadas estatales se expresan “mediante su integración formal en unidades permanentes distinguibles por sus uniformes, insignias y equipamiento”.³⁵⁶ “... el criterio decisivo para que exista la calidad de un miembro de un grupo armado organizado es que una persona asuma una función continua para el grupo y que esa comprenda la participación directa en las hostilidades ...”, es lo que la guía [para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario] llama la función continua en el combate [.]”.³⁵⁷

La función continúa de combate “exige una integración duradera en un grupo armado organizado que actúe como las fuerzas armadas de una parte no estatal en un conflicto armado”.³⁵⁸ “Se puede considerar que las personas reclutadas, formadas y equipadas por un grupo armado organizado para participar de forma continua y directa en las hostilidades en su nombre asumen una

355 “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.

356 Nils Melzer, *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario*, ob. cit., p. 31.

357 *Ibíd.*, p. 33.

358 *Ibíd.*, p. 34.

función continua de combate incluso antes de que cometan un acto hostil”,³⁵⁹ que “se puede expresar de manera clara mediante el uso de uniformes, signos distintivos o algunas armas”.³⁶⁰

¿Qué se entiende por participación directa en las hostilidades? Es la causalidad que existe entre un acto y un daño ocasionado.³⁶¹ Para que un acto específico pueda ser considerado como participación directa en las hostilidades, éste debe reunir los siguientes elementos (acumulativos):

1. Umbral del daño: Debe existir un acto que afecte de manera adversa las operaciones o la capacidad militar de una de las partes en conflicto o que, de manera alternativa, cause muerte, lesiones o destrucción a personas u objetos protegidos de ataques directos.
2. Causación Directa: Debe existir un nexo causal directo entre el acto y el daño, el cual puede resultar directamente del acto o de una operación militar coordinada en la que este acto se constituye en parte integral.
3. Nexos de Beligerancia: El acto debe ser planeado de manera específica para causar el umbral de daño como soporte de una de las partes, en detrimento de la otra.³⁶²

El concepto de participación directa en las hostilidades incluye además de la fase de ejecución inmediata, tanto las medidas preparativas para la ejecución de un acto, como el despliegue y el regreso del lugar de ejecución.³⁶³ Algunos ejemplos concretos de participación directa en las hostilidades son la conducción de automóviles cargados con municiones en el marco de una operación

359 *Ibíd.*, p. 34.

360 *Ibíd.*, p. 35.

361 “... Debe entenderse por causalidad directa que el daño en cuestión debe ser ocasionado por una sola secuencia causal”. *Ibíd.*, p. 53.

362 *Ibíd.*, p. 46.

363 *Ibíd.*, p. 65.

y hacia una línea de defensa específica; la identificación y marca de blancos, el análisis y transmisión de inteligencia táctica para atacar a las fuerzas; la instrucción y asistencia dada a las tropas siempre y cuando se constituyan en parte integral de una operación concreta y coordinada para causar un daño específico y; el reclutamiento y entrenamiento de una persona para la ejecución de un acto hostil específico.³⁶⁴

También se puede dar la situación de que civiles participen directamente en las hostilidades, lo que conllevaría a que pierdan su protección. El artículo 13.3 del Protocolo II de 1977 establece que las personas civiles gozan de protección “salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación”.³⁶⁵

Desde un punto de vista estratégico, la creciente participación de civiles en la conducción de conflictos armados internacionales y no internacionales se vincula por lo menos con dos tendencias. 1. la disminución de las guerras entre Estados, la revolución en los asuntos militares y el creciente papel de los civiles en las guerras de alta tec-

364 Ibid. Véase la parte V, p. 46 y ss elementos constitutivos de la participación directa en las hostilidades.

365 La norma consuetudinaria 6, aplicable a conflictos armados internacionales y no internacionales reitera lo mismo: “Las personas civiles gozan de protección contra los ataques, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación”. Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob., cit., pp. 22 a 27.

“La protección de los civiles y de los bienes con carácter civil, prevista en el derecho internacional moderno, puede cesar completamente, ser reducida o suspendida, en tres circunstancias excepcionales: 1) cuando los civiles abusen de sus derechos; 2) cuando el blanco de un ataque militar comporte objetivos militares, pero los beligerantes no puedan evitar los daños colaterales que afecten civiles; y 3) cuando, según algunas fuentes, los civiles puedan ser objeto de represalias legítimas”. Radicado: IT-95-16-T. Asunto “Fiscalía vs. Zoran Kupre, Mirjan Kupre, Vlatko Kupre, Drago Josipovic, Dragan Papi, Vladimir Anti, alias Vlado”. Sentencia proferida el 14 de enero de 2008 por la Sala de Primera Instancia del 14 de enero de 2008, párr. 522.

nología; y 2. la importancia cada vez mayor de los conflictos armados internos, la ubicuidad de la acción de los civiles en esos conflictos y la falta de una distinción clara entre civiles y combatientes.³⁶⁶

El Tercer informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la situación de derechos humanos en Colombia hace suyos los importantes análisis que desde hace unos años venía realizando el profesor Robert Goldman,³⁶⁷ 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 en que se desarrolló dicha actividad.

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

366 Andreas Wenger y Simon J. A. Mason, "Participación directa de civiles en conflictos armados: tendencias e implicaciones", en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, diciembre de 2008, No. 872 de la versión original, p. 341.

367 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.

cuando el civil pierde su inmunidad y se convierte en un [sujeto] 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 ...³⁶⁸

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.³⁶⁹

... 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).³⁷⁰

De conformidad con el DIH convencional y con el DIH consuetudinario, las personas civiles que participen directamente en las hostilidades, así como las personas que asumen una función continua de combate para un grupo armado organizado que pertenezca a una parte en conflicto, pierden el derecho a protección contra los ataques directos. En cuanto al ámbito temporal de la pérdida de la protección, se ha de ser una clara distinción entre civiles y actores armados organizados. Mientras que las personas civiles pierden la protección durante cada acto específico que pueda ser considerado una participación directa en las hostilidades, los miembros de los grupos armados organiza-

368 CICR, *Comentario (Protocolo I)*, tomo II, párr. 1944.

369 CIDH, *Tercer Informe*, Capítulo IV, ob. cit., párr. 55.

370 Comité Internacional de la Cruz Roja, *Comentario Protocolo II y del artículo 3 de estos Convenios*, ob. cit., párr. 4789.

dos que pertenecen a una parte en conflicto cesan de ser civiles y, por consiguiente, pierden la protección contra los ataques directos mientras dure su calidad de miembros, es decir, mientras asuman una función continua de combate.³⁷¹

Sobre la participación indirecta en las hostilidades, ha dicho la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

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.³⁷²

371 Nils Melzer, *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario*, ob. cit., p. 73.

372 CIDH, *Tercer Informe*, Capítulo IV, ob. cit., párr. 56. Una opinión contraria es la siguiente: “Podría decirse que el apoyo de inteligencia y de logística crítico para la misión que los civiles brindan a los insurgentes se acerca a lo que algunos podrían considerar la participación directa en las hostilidades”. Andreas Wenger y Simon J. A. Mason, “Participación directa de civiles en conflictos armados: tendencias e implicaciones”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, ob. cit., p. 350.

Sobre el particular, dice la Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario

[L]as personas que acompañan o apoyan continuamente a un grupo armado organizado, pero cuya función no conlleve una participación directa en las hostilidades, no son miembros de ese grupo en el sentido del DIH. En cambio, siguen siendo civiles que asumen funciones de apoyo, similares a las de los contratistas privados y los empleados civiles que acompañen a las fuerzas armadas estatales ... Lo mismo se aplica a las personas cuya función se limita a comprar, contrabandear, manufacturar y mantener armas y otros equipamientos fuera del ámbito de operaciones militares específicas o a recoger información de inteligencia que no tenga un carácter táctico.³⁷³

“[E]n caso de duda, ha de efectuarse una cuidadosa evaluación, en las condiciones y con las limitaciones de cada situación particular, para determinar si hay suficientes indicaciones que autoricen un ataque. No se puede atacar automáticamente a cualquiera que pueda resultar sospechoso”.³⁷⁴

Tan pronto como se advierta que la persona contra la que se dirige un ataque tiene derecho a protección como persona civil, los responsables del ataque deben abstenerse de lanzarlo, o suspenderlo o anularlo si ya lo han comenzado. Esta determinación debe hacerse de buena fe y teniendo en cuenta toda la información de la que razonablemente pueda disponerse en la situación concreta. Como se afirma en el DIH convencional “[s]e entiende por ‘precauciones viables’ aquellas que son factibles o posibles en la práctica habida cuenta de todas

373 Nils Melzer, *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario*, ob. cit., pp. 34 y 35. “Para calificar un acto específico de participación directa en vez de indirecta en las hostilidades, debe haber una relación causal bastante próxima entre el acto y el consiguiente daño ...”. *Ibíd.*, p. 52.

374 Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob., cit., p. 27.

las circunstancias del caso, incluidas consideraciones humanitarias y militares.³⁷⁵

La distinción es clara más no deja de ser compleja, y bajo el pretexto de quitarle el agua al pez, las partes en el conflicto armado colombiano cometen violaciones de derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario contra civiles que participan indirectamente en las hostilidades. Si se analiza en detalle esta diferenciación, muchas víctimas 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. “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”.³⁷⁶

Lo dramático al identificar esta distinción es que un sector importante de la población civil participa indirectamente en las hostilidades. Colombianos o colombianas simpatizan con las Fuerzas Militares, los paramilitares o las guerrillas. La prolongación del conflicto armado se debe en buena parte a que los diferentes actores armados involucran cada vez más a civiles en sus operaciones militares, sobre todo de este modo indirecto. “La zona gris entre ser hostil y no hostil, y la forma en que se la mide y define, tiene grandes implicancias y continuará siendo una cuestión sumamente política”.³⁷⁷ “La guerra que vive Colombia parece acercarse

375 Nils Melzer, *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario*, ob. cit., 2010, p. 75.

376 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.

377 Andreas Wenger y Simon J. A. Mason, “Participación directa de civiles en conflictos armados: tendencias e implicaciones”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, ob. cit., p. 356.

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 civiles”.³⁷⁸ 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”.³⁷⁹ 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.³⁸⁰

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 tenga un lindero más real, es propiciar que los civiles no participen ni siquiera de manera indirecta en cualquier operación

378 William Ramírez Tobón, “¿Guerra civil en Colombia?”, ob. cit., p. 160.

379 Mary Kaldor, *Las nuevas guerras*, ob. cit., p. 20.

380 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.

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 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.³⁸¹

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, tratándose 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.

Otro caso que puede demostrar el uso perverso del principio de distinción, es el ejemplo de los desplazados forzados:

Si la protección de las víctimas no se hace depender del principio de distinción, como ocurre en el campo de los derechos humanos, liberamos a los desplazados de la obligación implícita de demostrar su inocencia, su condición de población civil, su desvinculación del conflicto, su completa abstracción respecto del conflicto.

381 Corte Constitucional, sentencia C-251 de 2002, M. P. Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés Vargas Hernández, fundamento 22.

Condicionar la protección y la ayuda a los desplazados al principio de distinción puede constituir en una herramienta política para exigir la desvinculación de la población civil del conflicto, es decir, la utilización del DIH como mecanismo de esterilización política de grandes masas de población que se quedarían al margen del conflicto o, tal vez, al margen del dominio del enemigo.³⁸²

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.³⁸³

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.³⁸⁴

La militarización de la vida civil viene reforzando la idea de que quien no está con la fuerza pública está contra ella.³⁸⁵ La población civil en Colombia tiene serias dificultades para declararse verdaderamente neutral. En un informe sobre Colombia, el Representante del Secretario General de las Naciones Unidas sobre los

382 Roberto Carlos Vidal López, *Derecho global y desplazamiento interno*, creación, uso y desaparición del desplazamiento forzado por la violencia en el derecho contemporáneo, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2007, p. 163.

383 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.

384 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

385 Comisión Colombiana de Juristas, *Colombia: en contravía de las recomendaciones internacionales sobre derechos humanos*, ob. cit., p. 50.

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”.³⁸⁶

¿Qué prohibiciones establece el derecho humanitario para quienes no participan directamente en las hostilidades? Conforme al artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 y al Protocolo II de 1977, 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).
- ◆ 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).

386 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/HCR/4/38/Add.3, 24 de enero de 2007, párr. 17.

- ♦ Hacerla padecer hambre (art. 14 del Protocolo II).
- ♦ Los desplazamientos forzados (art. 17 del Protocolo II).

Según el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, 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.³⁸⁷

387 Véase Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob., cit., pp. 355 a 436.

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. Ha dicho la Corte Constitucional

El principio de distinción es de naturaleza compleja, y se compone de varias sub-reglas que, individualmente consideradas, comparten con el principio básico la naturaleza simultánea de normas convencionales y normas consuetudinarias de derecho internacional humanitario aplicables a conflictos armados internos, además de ser en varios casos normas de *ius cogens* en sí mismas. ... Estas reglas son principalmente las siguientes: (1) la prohibición de dirigir ataques contra la población civil, (2) la prohibición de desarrollar acciones orientadas aterrorizar a la población civil, (3) las reglas relativas a la distinción entre bienes civiles y objetivos militares, (4) la prohibición de ataques indiscriminados y de armas de efectos indiscriminados, (5) la prohibición de atacar las condiciones básicas de supervivencia de la población civil, y (6) la prohibición de atacar a las personas puestas fuera de combate. Por su parte, son consuetudinarias las definiciones de los conceptos básicos que componen cada una de estas reglas, ... Estas reglas se encuentran interrelacionadas, se refuerzan mutuamente y contribuyen en su conjunto a la protección de la población civil y no combatiente víctima de las confrontaciones armadas no internacionales.³⁸⁸

Aunque las infracciones contra las personas protegidas son reiteradas en el conflicto armado colombiano, existe un doble consuelo mientras los partícipes directos en las hostilidades 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”.

388 Corte Constitucional, sentencia C-291 de 2007, pp. 85 y 86.

2) LOS OBJETIVOS MILITARES Y LOS BIENES CIVILES

La otra fórmula del principio de distinción está referida a una diferenciación de cosas entre objetivos militares y bienes civiles. Los primeros son los únicos objetos de ataque y los segundos no deben ser atacados³⁸⁹ 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

389 Según el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, 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 Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob., cit., pp. 29 a 33.

o una escuela, se utiliza para contribuir eficazmente a la acción militar, se presumirá que no se utiliza con tal fin.³⁹⁰

De lo anterior se deduce una primera conclusión: mientras que para los bienes civiles se ofrece 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.³⁹¹

Sobre estos tres elementos se puede señalar lo siguiente:³⁹² 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:

390 Según el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, 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 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 Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob., cit., pp. 34 a 41.

391 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*, No. 42, Ginebra, noviembre-diciembre de 1980, p. 307.

392 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.

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 otorga la regla de proporcionalidad tal como se aplica a víctimas civiles colaterales.³⁹³

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”.³⁹⁴

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 destruc-

393 CIDH, *Tercer Informe*, Capítulo IV, ob. cit., párr. 70.

394 Comité Internacional de la Cruz Roja, XXVIII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, ob. cit., p. 14.

ción 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.³⁹⁵

La ventaja militar puede ser directa e indirecta, mediata e inmediata, definida e indefinida. La directa puede ser mediata e inmediata, al igual que la indirecta.³⁹⁶ Entre los parámetros para su evaluación se encuentran la importancia del objetivo para el enemigo, la importancia del objetivo para el atacante, la capacidad de amortiguamiento, la demora en la materialización de los efectos, las reservas existentes de la misma naturaleza, la vulnerabilidad que presenta el objetivo, la dispersión de los elementos del objetivo, la distancia al objetivo desde el punto inicial y la facilidad para su identificación.³⁹⁷

La práctica de los Estados considera las zonas civiles, los pueblos, las ciudades, las aldeas, las zonas residenciales, las viviendas, los edificios, las casas y las escuelas, los medios civiles de transporte, los hospitales, los establecimientos médicos y las unidades sanitarias, los monumentos históricos, los lugares de culto y los bienes culturales, así como el medio ambiente natural como bienes civiles prima

395 CIDH, *Tercer Informe*, Capítulo IV, ob. cit., párr. 72-73.

396 Véase Javier Guisández Gómez, “El principio de proporcionalidad y los daños colaterales, un enfoque pragmático”, en Rafael Prieto Sanjuán (Editor), *Conducción de Hostilidades y derecho internacional humanitario*, ob. cit., pp. 223 a 226.

397 *Ibíd.*, pp. 227 a 237.

“ ... [E]l personal militar encargado de seleccionar los objetivos y preparar los ataques que es de quien depende en última instancia la aplicación del derecho internacional humanitario”. Héctor Olásolo Alonso, *Ataques contra personas o bienes civiles y ataques desproporcionados*, Especial referencia al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y a la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, Cruz Roja Española, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 209.

facie, siempre y cuando, en el último análisis, no se hayan convertido en objetivos militares.³⁹⁸

Por esta razón, se deben evitar que en el interior de zonas densamente pobladas se sitúen objetivos militares.³⁹⁹ En Colombia, la ubicación de sedes policiales en las zonas centrales de las cabeceras municipales, ha suscitado debates sobre este particular. En la sentencia T – 165 de 2006 con ponencia del magistrado Jaime Araújo Rentarúa, la Corte Constitucional señaló

que la procedencia de la tutela para ordenar el cambio de sedes de las dependencias de la Fuerza Pública está supeditada a la existencia de una amenaza grave e inminente para la vida o la integridad del accionante, y a que éste se encuentre en una particular situación de vulnerabilidad con relación a la generalidad de las personas que impida exigirle razonablemente el mismo grado de cumplimiento de los deberes constitucionales, especialmente, los de solidaridad y de apoyo a las autoridades legítimamente constituidas.⁴⁰⁰

En una decisión en que la Corte Constitucional, adoptó medidas cautelares urgentes para la protección de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas *Jiw* o *Guayabero* y *Nükak* de los departamentos de Meta y Guaviare, en el marco del estado de cosas inconstitucional declarado en la sentencia T-025 de 2004 y de las órdenes emitidas en el auto 004 de 2009, analizando la invasión del resguardo Jiw de Barrancón – Guaviare, ordenó

398 Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob., cit., pp. 338 y 339.

399 La norma 23 del Derecho Internacional Humanitario consuetudinario, aplicable a conflictos armados internacionales como no internacionales, establece que “en la medida de lo factible, las partes en conflicto evitarán situar objetivos militares en el interior o cerca de zonas densamente pobladas”. *Ibíd.*, pp. 81 a 83.

400 En este sentido, véase la sentencia T-1206 de 2001 de la Corte Constitucional (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

al Ministerio de Defensa Nacional la devolución del área del territorio colectivo que actualmente ocupa la *Escuela de Fuerzas Especiales e Infantería de Marina*, en un periodo no mayor a seis (6) meses, en atención a lo dispuesto por el Convenio 169 de la OIT, y a los principios de precaución, distinción y necesidad militar, y demás normas de DIH que hacen parte del ordenamiento nacional (artículo 93.1 de la Carta), de las normas legales vigentes y la jurisprudencia de esta Corporación sobre la materia, ...⁴⁰¹

De manera similar a la situación de las personas, un bien mantiene su carácter civil mientras se conserva “pacífico”, perdiéndolo al ser 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.⁴⁰²

401 Corte Constitucional, Auto 173/12, 23 de julio de 2012, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

402 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 Jose 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.
 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

El principio de precaución, que será desarrollado más adelante cuando se haga referencia al principio de proporcionalidad,⁴⁰³ establece pautas esenciales tendientes a la distinción entre objetivos militares y bienes civiles.

... [E]l conjunto de personas y bienes que en un determinado momento pueden incluirse dentro de la definición de objetivo militar es variable y puede, por tanto, extenderse o reducirse dependiendo de las características concretas del conflicto armado de que se trate, tales como su intensidad, su duración, la capacidad tecnológica, y los objetivos político estratégicos de las partes contendientes y la

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 I, 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”.

403 Véase infra p. 228 y ss.

ubicación geográfica de la zona de combate en que se producen las hostilidades.⁴⁰⁴

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 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.⁴⁰⁵

La presunción del carácter civil de un bien en caso de duda, es bien relevante y se recomienda que

deben evaluarse minuciosamente las condiciones y limitaciones que rigen una situación particular para determinar la existencia o no de indicios suficientes que permitan realizar un ataque. No puede inferirse automáticamente que cualquier bien de apariencia dudosa puede ser objeto de un ataque lícito. Esto está, asimismo, en consonancia con el requisito de tomar todas las precauciones posibles en un ata-

404 Héctor Olásolo Alonso, *Ataques contra personas o bienes civiles y ataques desproporcionados*, ob. cit., pág. 173.

405 CICR, *Comentario del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, ob. cit., párrs. 2020 a 2022.

que, en particular la obligación de verificar que los objetos que vayan a ser atacados sean objetivos militares susceptibles de ataque y no bienes de carácter civil.⁴⁰⁶

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 párrafo del artículo 154 del Código Penal señala:

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.

406 Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob., cit., p. 41. Sobre el particular, el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia ha dicho: “La Sala de Apelaciones hace notar que el imperativo ‘en caso de duda’ se limita a la conducta esperada de un miembro de las fuerzas militares. Sin embargo, cuando la responsabilidad penal de estas últimas está en cuestión, la carga de la prueba respecto a si un bien es civil recae en la Fiscalía”. Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso Kordic y Cerkez, (Sala de Apelaciones), 17 de diciembre de 2004, párr. 53.

Un aspecto vinculado con los objetivos militares y la aplicación del principio de distinción, es lo que se denomina “los escudos humanos” que no son otra cosa que el uso de las personas para proteger un objetivo militar, práctica prohibida por el derecho consuetudinario para los conflictos armados no internacionales.⁴⁰⁷ Aunque no se pueda afirmar de manera general y absoluta que la acción de un escudo humano voluntaria se equipara o no a una participación directa en las hostilidades,⁴⁰⁸ la utilización de civiles como escudos humanos se puede dar ya sea cuando los civiles son puestos en el interior o las inmediaciones de los objetivos militares o donde éstos son ubicados en medio de los civiles.⁴⁰⁹ Es irrelevante en la conducción de las hostilidades distinguir si las personas usadas para este fin son forzadas y voluntarias, ya que no es posible establecer esta diferenciación en el terreno, aunque este aspecto tenga connota-

407 Stéphanie Bouchié de Belle, “Encadenados a los cañones o con un blanco en la camiseta: los escudos humanos en el derecho internacional humanitario”, en Comité Internacional de la Cruz Roja, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Ginebra, Diciembre de 2008, No. 872 de la versión original, p. 363. Según el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, 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 Véase Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, ob., cit, pp. 384 a 387.

“El uso de prisioneros de guerra o de civiles detenidos como escudos humanos está [...] prohibido por las disposiciones de los Convenios de Ginebra, y puede tipificarse el trato inhumano o cruel ... el uso de personas detenidas como escudos humanos les causó grave daño mental y constituyó un grave ataque a la dignidad humana”. Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso Blaskic, (Sala de Apelaciones), 29 de julio de 2004, párrs. 653-654, 669.

408 Stéphanie Bouchié de Belle, “Encadenados a los cañones o con un blanco en la camiseta: los escudos humanos en el derecho internacional humanitario”, en Comité Internacional de la Cruz Roja, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, ob. cit., p. 373

409 *Ibíd.*, p. 362.

ciones penales,⁴¹⁰ ya que por ejemplo en el caso colombiano se tipifica esta conducta como delito en el caso de que sea forzada.⁴¹¹

Algunos autores sostienen que puede considerarse que los civiles que actúan como escudos humanos voluntarios participan directamente en las hostilidades, con lo cual quedan privados de inmunidad contra los ataques directos y no tienen efecto alguno en la evaluación que el jefe haga de la proporcionalidad. En cambio, si se acepta que la participación directa en las hostilidades implica plantear una amenaza directa e inmediata a la parte adversa, quedan dudas acerca si se debería considerarse que los escudos humanos voluntarios y meramente pasivos participan directamente en las hostilidades. Por lo tanto, es razonable concluir que los civiles que actúan como escudos humanos voluntarios conservan su inmunidad contra los ataques directos. Además, la presencia de escudos humanos voluntarios de ningún modo alterará la obligación de la parte atacante de aplicar el principio de proporcionalidad cuando ataca su objetivo militar.⁴¹²

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 excepciones en derecho.⁴¹³ Se proscribe la utilización de armas⁴¹⁴ que

410 *Ibíd.*, p. 380.

411 Artículo 148 del código penal, véase *infra* pp. 541 y 542.

412 Jean Francois Quéguiner, “Precauciones previstas por el derecho relativo a la conducción de las hostilidades”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, *ob. cit.*, p. 424.

413 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)*, *ob. cit.*, párr. 1385.

414 Las armas se pueden clasificar en siete grandes categorías: armas blancas, de fuego, incendiarias, de destrucción masiva, bacteriológicas, químicas y

causen males superfluos, sufrimientos innecesarios o que tengan efectos indiscriminados.⁴¹⁵

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.⁴¹⁶

“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’”.⁴¹⁷ Dado que se va a

nucleares. Bouchet-Saulnier, *Diccionario práctico de derecho humanitario*, ob. cit., pp. 66-71.

415 Véase Jose Luis Rodríguez-Villasante Prieto, “Limitaciones al empleo de medios y métodos de combate: armas convencionales excesivamente dañinas o de efectos indiscriminados”, en Jose Luis Rodríguez-Villasante Prieto, *Derecho Internacional Humanitario*, ob. cit., pp. 189-210. Según el derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, 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 Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob., cit., pp. 265 a 279.

416 CICR, *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949...*, ob. cit., párr. 1366.

417 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

hacer 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”.⁴¹⁸ “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”.⁴¹⁹

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 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 sobre pasada 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; ...

1949”, RGDIP, 1978, p. 36, citado en Manuel Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, ob. cit., p. 851.

418 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.

419 CICR, *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949...*, ob. cit., párr. 1419.

De esta manera, un arma que aleja del combate no debe producir efectos adicionales, es decir, agravar la lesión, por ejemplo, con 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. “En su opinión consultiva relativa al asunto de las armas nucleares, la Corte Internacional de Justicia definió sufrimiento innecesario como ‘un sufrimiento superior al daño inevitable para alcanzar objetivos militares legítimos’”.⁴²⁰

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.⁴²¹

“Un factor importante a la hora de establecer si un arma pueda causar males superfluos o sufrimientos innecesarios es que no pueda evitarse una discapacidad grave permanente”.⁴²² Aunque los daños sufridos causan a veces la muerte o una incapacidad

420 Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob., cit., p. 269.

421 Hans Blix, “Medios y métodos de combate”, en *Las dimensiones internacionales del derecho humanitario*, ob. cit., p. 147.

422 Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob., cit., p. 269.

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.⁴²³

[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 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.⁴²⁴

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

423 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”.

424 Bouchet-Saulnier, *Diccionario práctico de derecho humanitario*, ob. cit., p. 65.

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.⁴²⁵

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.

Las armas que se han citado en la práctica como armas que causan sufrimientos innecesarios si se emplean en determinados contextos o en todas las circunstancias son las siguientes: lanzas o espadas con cabeza en forma de anzuelo, bayonetas con hojas dentadas, balas expansivas, balas explosivas, veneno y armas envenenadas, incluidos los proyectiles impregnados con sustancias que inflamen las heridas; las armas biológicas y químicas, las armas que producen lesiones principalmente mediante fragmentos no localizables por rayos X, incluidos los proyectiles llenos de fragmentos de vidrio, determinadas armas trampa, las minas terrestres antipersonal, los torpedos sin mecanismos de autodestrucción, las armas incendiarias, las armas láser que causan ceguera y las armas nucleares. No existe suficiente consenso acerca de todos estos ejemplos para llegar a la conclusión de que, con arreglo al derecho internacional consuetudinario, todas transgreden la norma que prohíbe los sufrimientos innecesarios. Sin embargo, hay consenso en que algunas están prohibidas.⁴²⁶

Los dos criterios centrales para determinar que un arma tiene efectos indiscriminados son si el arma puede dirigirse contra un objetivo militar y si es posible limitar sus efectos.⁴²⁷

425 Roy Gutman y David Rieff, *Crímenes de guerra, lo que debemos saber*, ob. cit., p. 67.

426 Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob., cit., pp. 272 y 273.

427 *Ibíd.*, p. 276.

Las armas que se han citado en la práctica como de efectos indiscriminados en algunas o en todas las circunstancias son: las armas químicas, biológicas y nucleares, las minas terrestres antipersonal, las minas, el veneno, los explosivos lanzados desde globos, los misiles V-1 y V-2, las bombas de racimo, las armas trampa, los misiles Scud, los cohetes Katyusha, las armas incendiarias y las técnicas de modificación ambiental. Ninguno de estos ejemplos reúne suficiente consenso para llegar a la conclusión de que, con arreglo al derecho internacional consuetudinario, todos transgreden la norma que prohíbe el empleo de armas de efectos indiscriminados. Sin embargo, las opiniones coinciden en que algunas de ellas están prohibidas.⁴²⁸

La prohibición específica de ciertas armas pertenece a dos ramas del derecho internacional: el derecho del desarme⁴²⁹ y el derecho internacional humanitario. Mientras este último derecho ha alcanzado un 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.⁴³⁰

428 *Ibíd.*, pp. 278 y 279.

429 “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 Timothy L. H. McCormack, “La influencia de los principios humanitarios en la negociación de tratados sobre limitación de armamentos”, *ob. cit.*, p. 195.

430 *Ibíd.*, pp. 196-197.

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).⁴³¹

“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”.⁴³² 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. A mediados del 2012 se empezó a negociar al interior de Naciones Unidas un tratado internacional sobre el comercio de armas, que se espera que regule el comercio de las denominadas

431 Corte Constitucional, sentencia C-328 de 2000, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz., fundamento 10.

432 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.

armas ligeras.⁴³³ A nivel americano existe la Convención interamericana contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados, adoptada el 13 de noviembre de 1997 y que entró en vigor para Colombia el 5 de marzo de 2003.

Según el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, está prohibido el empleo de las siguientes armas en conflictos armados internacionales y no internacionales: 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).⁴³⁴ “Algunas armas que no están prohibidas como tales por el derecho consuetudinario están, de todos modos, sujetas a restricciones, como son las minas antipersonal y las armas incendiarias”.⁴³⁵

433 “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 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”. 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”. *Ibíd.*, p. 302.

434 Véase Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob., cit., pp. 281 a 284, 287 a 298, 303 a 317, 333 a 337.

435 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 Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, son normas consuetudinarias para conflictos armados internacionales y no internacionales, las siguientes: “Norma 81.

“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”.⁴³⁶ Las dos últimas son denominadas, las armas de los pobres para diferenciarlas de las armas nucleares.⁴³⁷

Las armas nucleares son las producidas por un Estado y que liberan energía destructiva a través de reacciones nucleares (fusión o fisión); la potencia de un arma nuclear puede variar de menos de 1 kT a 10 MT (=10.000 kT).⁴³⁸ Un dispositivo nuclear improvisado

Quando 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 Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob., cit., pp. 319 a 331.

436 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.

437 José Luis Domenech Omedas, Vicente Otero Siva y José Luis Rodríguez Villasante, “Armas de destrucción masiva”, ob. cit., p. 7.

438 Dominique Loyer y Robin Coupland, “¿Quién y cómo prestara asistencia a las víctimas del empleo de armas nucleares, radiológicas, biológicas o químicas”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, ob. cit., p. 187.

es un artefacto desarrollado sobre todo por grupos no estatales, que liberan una energía destructiva a través de reacciones nucleares (fusión o fisión), con una potencia prevista se ubica entre 1kT y 20 KT, pero es un dispositivo rudimentario en comparación con las armas nucleares.⁴³⁹

Un dispositivo radiológico es el que utiliza material radiactivo para herir a personas o para ser diseminado en el medio ambiente. Incluye gases, polvos o líquidos radiactivos. Cuando los explosivos se emplean para dispersar material radiactivo desde una fuente diferente de una explosión nuclear, por lo general se los llama “bomba sucia”. En ese caso, el explosivo causaría heridas a personas y daños a bienes materiales, mientras que el material radiactivo causaría alteraciones, sobre todo por el impacto psicológico. A largo plazo, existe un riesgo, al menos en teoría, de que se manifiesten diversos problemas de salud.⁴⁴⁰

“Se entiende por arma química aquella que aprovecha las propiedades tóxicas que tienen determinados compuestos para lanzarlos y dispersarlos en formas diferentes con la finalidad de ocasionar alteraciones físicas y/o psíquicas e incluso la muerte”.⁴⁴¹

Un “agente biológico” es cualquier organismo vivo o toxina (veneno producido por un organismo vivo) que causa enfermedades o daños a humanos, animales o plantas. Los agentes biológicos pueden ser o no contagiosos (es decir que la infección puede propagarse). Pueden ser esparcidos en forma de gotas, aerosoles o polvos secos. La propagación de un agente biológico también puede realizarse a través de sistemas militares tradicionales, como artillería o aeronaves, o por medios más rudimentarios (por ejemplo,

439 *Ibíd.*, p. 188.

440 *Ibíd.*, p. 188.

441 José Luis Domenech Omedas, Vicente Otero Siva y José Luis Rodríguez Villasante, “Armas de destrucción masiva”, *ob. cit.*, p. 6

mediante su introducción en la red de abastecimiento de agua o en cartas), o por accidente.⁴⁴²

Entre los agentes biológicos se encuentran los virus (viruela, fiebre amarilla, fiebres hemorrágicas, dengue, fiebre hemorrágica por ébola, encefalitis equina, gripe común), las bacterias (ántrax o carbunco, peste bubónica, cólera morbo, salmolenosis, turalemia, muermo), las rickettsias (que son microorganismos parásitos similares a las bacterias pero que necesitan una célula para reproducirse, como son la fiebre q y el tifus exantemático epidémico), las chlamydias (son similares a las rickettsias pero tienen un orden propio y un complicado ciclo reproductor, como son las afecciones genitales muy frecuentes y las neumonías), los hongos (histoplasmosis, coccidiomycosis primaria) y los protozoos (son parásitos puros como la criptosporidiasis y el paludismo).⁴⁴³

Por una parte, como ya se indicó en el apartado del derecho humanitario convencional, la comunidad internacional ha prohibido mediante tratados internacionales el uso, el desarrollo, la producción y el almacenamiento de las armas bacteriológicas (biológicas) y de las armas químicas (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 y sobre su destrucción; y la Convención de 1993 sobre la prohibición del desarrollo, producción, almacenamiento y empleo de armas químicas y sobre su destrucción).⁴⁴⁴

442 Dominique Loyer y Robin Coupland, “¿Quién y cómo prestara asistencia a las víctimas del empleo de armas nucleares, radiológicas, biológicas o químicas”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, ob. cit., p. 189.

443 José Luis Domenech Omedas, Vicente Otero Siva y José Luis Rodríguez Villasante, “Armas de destrucción masiva”, ob. cit., pp. 44 y 45.

444 Véase supra pp. 43 y 44, 49 a 51 y 61 y 62.

Por la otra, el derecho internacional no ha proscrito de manera absoluta las armas nucleares.⁴⁴⁵ Dos de los tratados más importantes en la materia,⁴⁴⁶ pretenden la no proliferación de armas nucleares⁴⁴⁷ y prohíben los ensayos nucleares.⁴⁴⁸ Ni siquiera el Estatuto

445 “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.

446 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); 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).

447 “La gran debilidad del [tratado de no proliferación] como salvaguardia internacional contra la guerra nuclear es que no recoge ninguna acción preventiva contra un Estado no partícipe que haya obtenido armas nucleares, ni tampoco contra cualquier Estado que las pruebe o llegue a usarlas”. Geoffrey Robertson, *Crímenes contra la humanidad*, la lucha por una justicia global, Siglo XXI, Madrid, 2008, p. 213.

448 En Colombia este tratado fue aprobado mediante la Ley 660/01 declarada exequible mediante sentencia C-287/02 de la Corte Constitucional. “... [L]a conclusión de un tratado que prohibiese totalmente la realización de pruebas

de la Corte Penal Internacional se refiere a ellas.⁴⁴⁹ No existe pues una prohibición universal, completa, ni expresa de la amenaza o uso de las armas nucleares.⁴⁵⁰ Esto se debe 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 política.⁴⁵¹ Más que una disuasión es una persuasión por las armas.⁴⁵² Sin embargo, el artículo 81 de la Constitución Política en su primer inciso prohíbe la fabricación, importación, posesión y uso de armas nucleares así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares y desechos tóxicos.

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 Rebolledo, “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 1977 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, ob. cit., párrs. 1838 a 1862.

449 “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 Internacional...”, ob. cit., p. 401.

450 José Luis Domenech Omedas, Vicente Otero Siva y José Luis Rodríguez Villasante, “Armas de destrucción masiva”, ob. cit., p. 72.

451 *Ibíd.*, p. 140.

452 Edward N. Luttwak, *Para bellum, la estrategia de la paz y de la guerra*, Madrid, 2005, pp. 309 y ss. “Lo que impide la guerra nuclear es el carácter definitivo y mensurable de la destrucción cierta, y no su posible magnitud”. *Ibíd.*, p. 97.

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 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.⁴⁵³

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 caso de legítima defensa de un Estado frente a circunstancias extremas que pondrían en peligro su propia supervivencia.⁴⁵⁴

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

453 Manuel Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, ob. cit., pp. 855-856.

454 Bouchet-Saulnier, *Diccionario práctico de derecho humanitario*, ob. cit., p. 7.

y, entre ellas, las armas nucleares” [declaración del juez Herczegh, p. 1 segundo párr.].⁴⁵⁵

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 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.⁴⁵⁶

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.”⁴⁵⁷

En relación con las armas de destrucción masiva, se señala que es bajo el riesgo de emplear armas nucleares, dispositivos nucleares improvisados, agentes biológicos altamente infecciosos y agentes biológicos antihumanos contagiosos con incidencias a escala mundial, agentes bacterianos infecciosos pero cuyos efectos

455 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.

456 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.

457 Hernando Valencia Villa, ob. cit., pp. 23-24.

pueden tratarse y cuya transmisión entre humanos es controlable y la guerra química; que es medio el riesgo de emplear dispositivos radiológicos, agentes no contagiosos, agentes infecciosos y contagiosos contra animales o plantas, y armas químicas nuevas; que es alto el riesgo del empleo limitado o a pequeña escala de armas químicas.⁴⁵⁸

c) Proporcionalidad

El principio de proporcionalidad se aplica cuando se va a realizar un ataque u otra operación contra un objetivo militar, y establece que en esa actividad se debe alcanzar una ventaja militar definida utilizando de manera adecuada los medios y métodos de combate sin afectar a la población civil y a sus bienes, o en caso excepcional, solo se pueden ocasionar unos daños colaterales mínimos contra la población civil y sus bienes. Este principio establece “una relación razonable entre los efectos de destrucción lícitos y los daños colaterales indeseables”.⁴⁵⁹ 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.⁴⁶⁰

458 Dominique Loyer y Robin Coupland, “¿Quién y cómo prestara asistencia a las víctimas del empleo de armas nucleares, radiológicas, biológicas o químicas”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, ob. cit., p. 186.

459 Julio Jorge Urbina, ob. cit., p. 179.

460 Francisco de Vitoria, *Relecciones del Estado, de los indios y del derecho de la guerra*, Editoria Porrúa, México, 2000, p. 92.

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 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.⁴⁶¹ “Son precisamente los medios y los métodos de combate seleccionados y los efectos que estos pueden producir sobre el objetivo, los que le permitirán al comandante militar respectivo prever los daños colaterales que se pueden causar y por lo tanto identificar si está cumpliendo con el principio de proporcionalidad”.⁴⁶²

... [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.⁴⁶³

461 “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.

462 Vicepresidencia de la República, Programa presidencial de Derechos Humanos y DIH, *Formación especializada en investigación, juzgamiento y sanción de violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario*, Aplicación de los principios del dih a los tipos penales consagrados en el título II del código penal y al artículo 48 del código único disciplinario, Bogotá, 2010, p. 222.

463 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.

“La proporcionalidad no es una norma de conducta, sino una norma que exige un equilibrio entre valores antagónicos, como son el interés del beligerante de llevar a cabo una acción militar, por una parte, y el interés de los civiles, que, aunque ajenos a la conducción de hostilidades, pueden ser las víctimas de esa acción”.⁴⁶⁴

El artículo 57.2.a) iii) del Protocolo I de 1977 enuncia la regla de la proporcionalidad⁴⁶⁵ 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”.⁴⁶⁶ La legitimidad de un blanco militar no pro-

464 Enzo Cannizzarro, “Contextualización de la proporcionalidad: jus ad bellum y jus in bello en la guerra del Líbano”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, diciembre de 2006 No. 864 de la versión original, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, selección de artículos 2006, sin ciudad ni fecha, p. 392.

465 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. 2204.

466 Es casi idéntica la enunciación que ofrece la norma 14 del Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, aplicable a conflictos armaos internacionales como no internacionales: “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”. Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob., cit., pp. 53 a 57.

“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

porciona una licencia ilimitada para atacarlo.⁴⁶⁷ La determinación de un daño colateral admisible⁴⁶⁸ 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.⁴⁶⁹

Ha señalado el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia:

La aplicación práctica del principio de distinción requiere que aquellos que planean o lanzan un ataque tomen todas las precauciones factibles para verificar que los blancos atacados no sean ni civiles ni bienes civiles, a efecto de dejar a salvo de ellos a los civiles tanto como sea. Una vez que el carácter militar de un blanco ha sido confirmado, los comandantes deben considerar si se espera que el ataque a ese blanco ‘pueda causar incidentalmente pérdidas de vidas, lesiones

se pone en peligro inminente a ellos mismos o a fuerzas amigas, entonces no tiene necesidad de arriesgarse para verificar el blanco. Sencillamente, no debe realizarse el ataque”. *Ibíd.*, pp. 97-98.

467 CIDH, *Tercer Informe*, Capítulo IV, ob. cit., párrs. 77 a 80.

468 “... 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.

469 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.

a civiles, daño a bienes civiles o una combinación de los mismos, que pudiera ser excesiva en relación a la ventaja militar concreta y directa que se anticipa. Si se esperan bajas semejantes como resultado de dicho ataque, el ataque no debe llevarse a cabo. La obligación básica de dejar a salvo a los civiles y a los bienes civiles en la mayor medida posible debe de guiar a la parte atacante cuando considere la proporcionalidad de un ataque. Al determinar si un ataque era proporcionado es necesario examinar si una persona razonablemente bien informada, en las circunstancias del perpetrador actual, haciendo el uso razonable de la información que le era disponible, podría haber esperado que resultaran excesivas muertes civiles del ataque.⁴⁷⁰

Incluso

en el caso que de manera ilícita una de las parte utilice a la población civil para protegerse, el atacante no se encuentra exonerado de realizar el análisis encaminado a identificar: (i) si los daños colaterales que se pueden causar resultan excesivos frente a la ventaja militar concreta y directa que se puede obtener, (ii) los métodos y medios de guerra adecuados a la situación y (iii) adoptar las medidas de precaución que sean viables en ese momento, para reducir los daños colaterales.⁴⁷¹

“Toda violación de esta norma [de la proporcionalidad] por el enemigo no eximiría al atacante de la responsabilidad de tomar precauciones para proteger a los civiles afectados, pero la actividad ilícita del enemigo puede tomarse en consideración cuando se

470 Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso Galic, (Sala de Primera Instancia), 5 de diciembre de 2003, párr. 58.

471 Vicepresidencia de la República, Programa presidencial de Derechos Humanos y DIH, *Formación especializada en investigación, juzgamiento y sanción de violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario*, Aplicación de los principios del dih a los tipos penales consagrados en el título II del código penal y al artículo 48 del código único disciplinario, ob. cit., p. 223.

evalúa si los daños o bajas incidentales fueron proporcionales a la ventaja militar prevista”.⁴⁷²

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.⁴⁷³

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 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”.⁴⁷⁴

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,

472 Dice el Manual del derecho de los conflictos armados de Gran Bretaña citado por Jean Francois Quéguiner, “Precauciones previstas por el derecho relativo a la conducción de las hostilidades”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, ob. cit., p. 422.

473 Julio Jorge Urbina, ob. cit., p. 182.

474 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.

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.⁴⁷⁵

El principio de proporcionalidad no sólo se predica de los daños que pueden causarse a los civiles⁴⁷⁶ 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”.⁴⁷⁷ Por consiguiente, si hay tres medios para destruir a los combatientes enemigos: matar, herir o capturar, se preferirá la captura a la herida y la herida a la muerte. Sin embargo, vale la pena señalar que las personas civiles que participen directamente en las hostilidades no solo pueden ser atacadas directamente, sino que no han de ser tomadas en cuenta en la evaluación de la proporcionalidad cuando se emprenda un ataque contra los objetivos militares que estén a su alrededor.⁴⁷⁸

Los principios básicos de la proporcionalidad son el estudio de los parámetros relacionados con los daños, la disciplina de la fuerza que va a llevar a cabo el ataque, la capacidad para controlar las

475 Alexandre Balguy-Gallois, “Protección de los periodistas y de los medios de información en situaciones de conflicto armado”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, No. 853, 2004, versión en español en www.cicr.org/spa

476 “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.

477 Jean Pictet, ob. cit., p. 74.

478 Nils Melzer, *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario*, ob. cit., p. 13, nota de pie de página 6.

órdenes emitidas y el grado de rectitud o buena fe que ha mostrado el comandante.⁴⁷⁹

Dentro de los parámetros del ataque se debe evaluar la misión a desempeñar, el objetivo a neutralizar, las fuerzas propias a dirigir, los resultados a alcanzar, el armamento a utilizar y los plazos a conseguir.⁴⁸⁰ En el estudio de la misión a desempeñar las preguntas a responder son ¿cubre la misión encomendada el objetivo que se va a batir? ¿admite la misión la designación de un objetivo alternativo? ¿admite la misión flexibilidad para establecer la hora del ataque?⁴⁸¹ Dentro del examen del objetivo a neutralizar las preguntas a responder son ¿qué valor tiene la información disponible sobre el objetivo? ¿cumple el objetivo los requisitos para ser un objetivo militar? ¿en qué grado cumple los requisitos de objetivo y por qué? ¿existen objetivos alternativos al encomendado en la misión? ¿cuál de los objetivos es más rentable e implica un menor riesgo?⁴⁸² En relación con las fuerzas propias a dirigir las preguntas a responder son ¿cuántas bajas se esperan encajar a lo largo de la acción? ¿hay procedimientos para reducir el número o gravedad de las bajas? ¿cómo y cuándo voy a atender a mis propias bajas?⁴⁸³ Dentro de los resultados a alcanzar se encuentran la destrucción física o material, la degradación funcional u operativa, la inutilización electromagnética o de comunicación y la ocupación o utilización propia del objetivo.⁴⁸⁴ Lo elementos a considerar dentro del armamento a utilizar son el radio de acción eficaz del arma, los posibles efectos secundarios de su uso,

479 Véase Javier Guisández Gómez, “El principio de proporcionalidad y los daños colaterales, un enfoque pragmático”, en Rafael Prieto Sanjuán (Editor), *Conducción de Hostilidades y derecho internacional humanitario*, ob. cit., p. 203.

480 *Ibíd.*, p. 203.

481 *Ibíd.*, p. 204.

482 *Ibíd.*, p. 207.

483 *Ibíd.*, p. 213.

484 *Ibíd.*, p. 215.

los probables errores en puntería, las limitaciones atmosféricas de uso, el grado capaz de destrucción, las dificultades operativas y la influencia del factor humano.⁴⁸⁵

El principio de proporcionalidad, al igual que el de distinción y limitación, se traslapa con otros principios como son el de precaución y el de economía del uso de la fuerza. El numeral 1° del artículo 13 del Protocolo II de 1977 señala que “la población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares”, y sería difícil cumplir esta condición sin tener en cuenta el principio de precaución.⁴⁸⁶ 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 Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, 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 facti-

485 *Ibíd.*, p. 216.

486 Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob., cit., p. 60.

ble 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.

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.⁴⁸⁷

“La precisión con que está[n] redactada[s] esta[s] obligación[es] implica[n] que las instrucciones que se imparten antes de un ataque nunca pueden ser definitivas: un soldado no puede evitar la

487 Ibid., pp. 59 a 86. La sentencia C-291 de 2007 de la Corte Constitucional cita todas estas normas para fundamentar el principio de precaución, pp. 98 a 100.

responsabilidad por actos cometidos en violación de la ley diciendo, simplemente, que estaba cumpliendo órdenes”.⁴⁸⁸

“En todo caso, la obligación de tomar precauciones en el ataque ‘cuando sea factible’ reconoce que la licitud de un ataque será juzgada de conformidad con los estándares relativos, que dependen, en lo esencial, del desarrollo económico y tecnológico de cada parte en conflicto”.⁴⁸⁹

Además, la práctica ha demostrado que algunas de las medidas que pueden tomarse para proteger a la población civil y los bienes de carácter civil bajo el control de una de las partes en el conflicto son: la construcción de refugios, la excavación de trincheras, la divulgación de información y alertas, la retirada de la población civil a lugares seguros, la orientación del tráfico, la vigilancia de los bienes civiles y la movilización de las organizaciones de protección civil.⁴⁹⁰

“La obligación de dar aviso con la debida antelación de cualquier ataque que pueda afectar a la población civil es un requisito antiguo que se halla en las más tempranas codificaciones del derecho que rige la conducción de las hostilidades”.⁴⁹¹ “Las obligaciones relativas al principio de distinción y la conducción de hostilidades son aplicables aunque los civiles permanezcan en la zona de operaciones después de que se ha dado el aviso de los ataques. El hecho de dar aviso de un ataque no exime a las fuerzas militares de su obligación permanente de tomar todas las precauciones que sean factibles para proteger a los civiles que permanecen en

488 Jean Francois Quéguiner, “Precauciones previstas por el derecho relativo a la conducción de las hostilidades”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, ob. cit., p. 411

489 *Ibíd.*, p. 409.

490 Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob., cit., p. 79.

491 Jean Francois Quéguiner, “Precauciones previstas por el derecho relativo a la conducción de las hostilidades”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, ob. cit., p. 413.

la zona y a sus bienes”.⁴⁹² El Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia ha dicho:

“[L]as partes en un conflicto están obligadas a retirar a los civiles hasta el máximo posible de la cercanía de los objetivos militares y evitar ubicar objetivos militares dentro o cerca de áreas densamente pobladas. Sin embargo, el incumplimiento de alguna de las partes de apegarse a esta obligación no libera a la parte atacante de su deber de apegarse a los principios de diferenciación y proporcionalidad al lanzar un ataque”.⁴⁹³

El principio de la economía del uso de la fuerza hace referencia que los medios y métodos de combate seleccionados para realizar una operación militar deben ser estrictamente los indispensables para alcanzar la ventaja militar concreta y directa prevista.

“El principio de economía en el uso de la fuerza exige que todo superior militar utilice el mínimo nivel de fuerza requerida –hombres, armas, municiones o cualquier otro tipo de material militar- para alcanzar el objetivo con tan pocas bajas como sea posible. De esta manera el esfuerzo que debe ser dedicado a cualquier tarea es el estrictamente necesario para llevarla a cabo, lo que requiere una adecuada selección y utilización del armamento, la maximización del rendimiento de las piezas de artillería (y en su caso de los aviones de combate), y un adecuado equilibrio en la distribución de tareas”.⁴⁹⁴

492 La Comisión de Investigación sobre el Líbano citada *Ibíd.*, p. 416

493 Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso Galic, (Sala de Primera Instancia), 5 de diciembre de 2003, párr. 61.

494 Héctor Olásolo Alonso, *Ataques contra personas o bienes civiles y ataques desproporcionados*, ob. cit., p. 199.

“... La obligación de elegir medios de ataque para evitar o reducir al mínimo el número de muertos y heridos entre la población civil o los daños a los bienes de carácter civil también impone prudencia al elegir el ángulo de ataque”. Jean Francois Quéguiner, “Precauciones previstas por el derecho relativo a la conducción de las hostilidades”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, ob. cit., p. 407.

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.⁴⁹⁵

Los ataques indiscriminados que no diferencien entre población civil y combatientes y entre bienes civiles y objetivos militares pueden calificarse como ataques directos contra la población civil y sus bienes, según el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia:

[L]a Sala de Primera Instancia está de acuerdo con las resoluciones de Salas del Tribunal anteriores respecto a que los ataques indiscriminados, es decir, los ataques que golpean a civiles o bienes civiles y objetivos militares sin distinción, pueden calificar como ataques directos contra civiles. Subraya que los ataques indiscriminados están expresamente prohibidos por el Protocolo Adicional I. Esta prohibi-

495 Según el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, 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 Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob., cit., pp. 43 a 50.

ción refleja una regla bien establecida del derecho consuetudinario aplicable a todos los conflictos armados”.⁴⁹⁶

“Las salas de primera instancia en los casos *BlasKic* y *Kordic* del Tribunal Penal de la antigua Yugoslavia llegaron a afirmar que el lanzamiento de un ataque contra personas o bienes civiles es solo un delito ‘cuando no se encuentra justificado por la necesidad militar’ y subraya que la “costumbre internacional impone una prohibición absoluta de convertir a personas civiles en objeto de un ataque”.⁴⁹⁷ Además, la Corte Constitucional, citando jurisprudencia de este mismo Tribunal, ha señalado que “los ataques dirigidos contra civiles, así como los ataques indiscriminados contra poblaciones civiles, pueden constituir el delito de persecución en tanto crimen de lesa humanidad, de conformidad con el derecho internacional consuetudinario”.^{498, 499}

Según el artículo 51 del Protocolo I, 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

496 Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia caso *Galic*, (Sala de Primera Instancia), 5 de diciembre de 2003, párr. 57.

497 Héctor Olásolo Alonso, *Ataques contra personas o bienes civiles y ataques desproporcionados*, ob. cit., p. 93

498 Según ha explicado la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, “a la luz de las reglas consuetudinarias sobre el tema, la Sala de Apelaciones considera que los ataques dirigidos contra civiles, así como los ataques indiscriminados contra ciudades, poblados y aldeas, pueden constituir persecución en tanto crimen de lesa humanidad” [Traducción informal] Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. *Tihomir Blaskic*, sentencia de la Sala de Apelaciones del 29 de junio de 2004. (Nota en: Corte Constitucional, sentencia C-291 de 2007, p. 96).

499 Corte Constitucional, sentencia C-291 de 2007, p. 96.

más específica, el numeral 5º del artículo 51 del Protocolo I considera indiscriminado:

- 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.⁵⁰⁰

Este tipo de ataques, denominado como “bombardeos de zona”, cuando comprende extensas zonas con objetivos militares dispersos, es 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.⁵⁰¹ La Sala de Primera Instancia del Tribunal

500 Según el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, es una norma consuetudinaria para conflictos armados internacionales y no internacionales, la siguiente: “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.” Véase Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob., cit., pp. 50 a 52.

501 Hans Blix, “Medios y métodos de combate”, en *Las dimensiones internacionales del derecho humanitario*, ob. cit., p. 154. “En la Conferencia Diplomática que culminó con la aprobación de los Protocolos adicionales, los Estados Unidos puntualizaron que la expresión “claramente separados” en la definición de

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, podrían dar lugar a una violación de la regla de la proporcionalidad”.⁵⁰²

Los bombardeos obedecen la lógica de 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.⁵⁰³

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 “inidentalmente”. 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

bombardeos de zona exigía una distancia “por lo menos, suficientemente grande para permitir que cada uno de los diversos objetivos militares sea atacado separadamente”. Otros Estados respaldaron esta opinión.” Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob., cit., p. 52.

502 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*, No. 156, diciembre 2000, p. 302.

503 José Zalaquett, “Conceptualización del terrorismo desde un punto de vista normativo”, en Augusto Varas (ed.), ob. cit., p. 106.

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 que un ataque pueda alcanzar, aunque sea incidentalmente, a personas y bienes civiles.⁵⁰⁴

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”,⁵⁰⁵ que son municiones de precisión teledirigidas, y las “armas autónomas”, como los misiles de crucero.⁵⁰⁶

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”,

504 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.

505 “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*, No. 153, marzo de 2000, p. 95.

506 “Las armas autónomas, 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”. *Ibíd.*, p. 91.

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.⁵⁰⁷

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.⁵⁰⁸

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 prohibición 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).⁵⁰⁹

507 *Ibíd.*, p. 92.

508 *Ibíd.*, p. 90.

509 Daniel Frei, "El derecho internacional humanitario y el control de armamentos", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, No. 90, Ginebra, 1988, p. 521.

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”.⁵¹⁰ “... si bien es cierto la guerra es la negociación del derecho, el derecho de la guerra es el acotamiento del conflicto ...”.⁵¹¹

d) Protección, humanidad o inmunidad

El principio de protección, también denominado de humanidad o de inmunidad, establece que la población civil, los heridos, los enfermos y las personas puestas fuera de combate serán protegidas, tratadas de manera humana y que son inmunes, es decir, que no deben ser atacadas mientras no participen directamente en las hostilidades. Además, que el personal médico, sanitario y religioso debe ser también protegido y que tampoco debe ser atacado sino participa directamente en las hostilidades. Aunque este principio no es otra cosa que un desarrollo del principio de distinción, en muchas ocasiones se formula precisamente de manera autónoma para subrayar la relevancia que tienen los no combatientes para el derecho internacional humanitario.

... La importancia del principio de inmunidad a los no combatientes se debe a siete razones. Primero, los no combatientes no han perpetrado mal alguno y, por lo tanto, no se debe librar la guerra contra ellos. Segundo, no están participando en la lucha. Tercero, no tienen capacidad de defenderse. Cuarto, matar a no combatientes es innecesario desde un punto de vista militar. Quinto, mantener la inmunidad de los no combatientes reduce el número de bajas producidas por la

510 Roy Gutman y David Rieff, *Crímenes de guerra, lo que debemos saber*, ob. cit., p. 29.

511 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.

guerra. Sexto, preservar la vida de mujeres, niños y de quienes llevan a cabo funciones esenciales en tiempos de paz es fundamental para la supervivencia de la especie. Séptimo, matar a no combatientes va en contra del derecho de la guerra.⁵¹²

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,⁵¹³ 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 (artículo 13.2), hacer padecer hambre a la población civil (art. 14) y los desplazamientos forzosos (artículo 17). El derecho internacional humanitario consuetudinario establece las mismas prohibiciones tanto para conflictos armados internacionales como no internacionales.⁵¹⁴

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 actor del conflicto armado, que no empuña las armas, y

512 Colm McKeogh citado por Alex J. Bellamy, *Guerras Justas*, ob. cit., p. 207.

513 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.

514 La norma 1 establece entre otras que los civiles no deben ser atacados; la norma 2 prohíbe los actos o amenazas cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil; la norma 53 prohíbe como método de guerra, hacer padecer hambre a la población civil y la norma 129.B. establece que no se puede ordenar el desplazamiento de la población civil. Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob., cit. pp. 3 a 12, 207 a 210, 517 a 521.

además, que es objeto de la violencia de los actores del conflicto armado”.⁵¹⁵

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.⁵¹⁶

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.⁵¹⁷

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.⁵¹⁸

515 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.

516 Comité Internacional de la Cruz Roja, *Comentario Protocolo II y del artículo 3 de estos Convenios*, ob. cit., párr. 4767.

517 *Ibíd.*, párr. 4771.

518 *Ibíd.*, 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”.⁵¹⁹ 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...”.⁵²⁰ Como se puede observar, los principios de derecho internacional humanitario convergen y se superponen y del respeto de uno depende el respeto de otros.

Como se verá más adelante, el Título II del Protocolo II de 1977 establece el trato humano de quienes no participen de manera directa en las hostilidades,⁵²¹ así como su Título III desarrolla el principio fundamental de respeto y de protección de los heridos y los enfermos y náufragos,⁵²² tal y como figura en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949, así como el respeto y la protección del personal sanitario y religioso.⁵²³ Estas normas convencionales regulan el principio de protección, humanidad o

519 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.

520 Comité Internacional de la Cruz Roja, *Comentario Protocolo II y del artículo 3 de estos Convenios*, ob. cit., párr. 4772.

521 Véase *Infra* p. 259 y ss.

522 Véase *Infra* pp. 275 y 276.

523 Véase *Infra* p. 276 y ss.

inmunidad para este tipo de personas, aspecto también regulado por el derecho internacional humanitario consuetudinario.⁵²⁴

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.⁵²⁵

Como se verá en el Capítulo siguiente, 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”.⁵²⁶ Por su parte, el Código Penal colombiano, en su artículo 161, tipifica la

524 También como se citará más adelante las normas consuetudinarias 109, 110 y 111 sobre heridos, enfermos y náufragos y las normas 25 y 27 sobre el personal sanitario y religioso, subrayan este principio. Véase *Infra* pp. 275 y 276.

525 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 Dormänn, *Elements of War Crimes*, ob. cit., p. 444.

526 Así mismo el artículo 8.2.e).viii) consagra el ordenar el desplazamiento forzado de la población civil como un crimen de guerra en conflictos armados no

“omisión de medidas de protección a la población civil” y según el párrafo del artículo 135 del mismo código son personas protegidas los integrantes de la población civil (numeral 1º), los heridos, enfermos o náufragos puestos fuera de combate (numeral 3º) y el personal sanitario o religioso (numeral 4º). Sin embargo, así se prevenga la infracción de este principio mediante su sanción, este es uno de los más desconocidos en las denominadas 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 tendencias ha sido un aumento constante del número de muertos o heridos civiles en los conflictos armados, en comparación con el de los militares”.⁵²⁷

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.⁵²⁸

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.⁵²⁹

internacionales y el artículo 8.b.xxv) establece los ataques contra el personal sanitario como un crimen de guerra en conflictos armados internacionales.

527 A. P. V. Rogers, “Una guerra sin víctimas”, ob. cit., p. 88.

528 Claude Bruderlein, “La seguridad de la población como nueva medida de estabilidad mundial”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, No. 158, junio, 2001, p. 93.

529 Paolo Collo y Frediano Sessi, *Diccionario de la tolerancia*, Grupo Editorial Norma, Bogotá, 2001, p. 349.

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.⁵³⁰

Con la explicación de algunos de los principios cardinales del derecho humanitario se quiso presentar la médula de esta normatividad, ya que son la mejor síntesis de la ética política de esta normatividad.

...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”.⁵³¹

10. El artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949

El artículo 3 común es la única disposición de los Convenios de Ginebra de 1949 aplicable a los conflictos armados no internacionales. Esta particularidad lo convierte en la norma más importante del derecho humanitario que regula conflictos armados internos, artículo que ha alcanzado el rango de derecho consuetudinario sin discusión alguna.⁵³² 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:

530 Roy Gutman y David Rieff, *Crímenes de guerra, lo que debemos saber*, ob. cit., p. 254.

531 Michael Walzer, *Guerras justas e injustas...*, ob. cit., p. XI

532 Véase supra p. 91.

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;
- 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.

Dada su importancia, es menester estudiar en detalle esta disposición. 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 en que se aplica, 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.⁵³³ Solo resta subrayar que el artículo 3 común no exige ninguna calificación particular para éste y, por tanto, su noción se debe 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

533 Véase supra p. 97 y ss.

carácter colectivo y un mínimo de organización”.⁵³⁴ Además, como se señaló, los actos aislados y esporádicos de violencia, definidos por el artículo 1º del Protocolo II de 1977 como tensiones internas y disturbios interiores, no son conflictos armados.⁵³⁵ 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”.⁵³⁶

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 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 dar entre “partes contendientes”, denominación genérica que reciben los actores de la confronta-

534 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.

535 Véase supra p. 101 y ss.

536 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.

ción. De esta manera, la disposición se puede aplicar a fuerzas o grupos armados 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).⁵³⁷

Esta disposición también puede aplicarse en caso de Estados desestructurados⁵³⁸ o en proceso de desestructuración,⁵³⁹ y también en los conflictos armados 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 disposi-

537 Hernán Montealegre, *La seguridad del Estado y los derechos humanos*, ob. cit., p. 574.

538 “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*, No. 152, diciembre 1999, p. 193.

539 *Ibíd.*, p. 206.

ción independientemente de la licitud del recurso a la fuerza, y aunque no sea parte de manera formal de los Convenios de Ginebra.⁵⁴⁰

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.⁵⁴¹

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 de responsabilidad. Puesto que las hostilidades se pueden dar entre fuerzas armadas y grupos armados organizados, entre fuerzas estatales y grupos contraestatales,⁵⁴² la ob-

540 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.

541 Véase en ese sentido a Sonia Güell Peris, *Conflictos armados internos y aplicabilidad del derecho internacional humanitario*, ob. cit., p. 214.

542 “... 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

servancia 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.

Es decir, que serán protegidos y tratados sin discriminación tres tipos de población: las personas que no participen directamente en

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.

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 armado, 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 la expresión participación en las hostilidades, y se dijo que la palabra “directamente” es la clave para su interpretación.⁵⁴³ 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;
- 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.

543 Véase supra p. 175 y ss.

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 personal, la dignidad, la libertad personal⁵⁴⁴ y las garantías judiciales. Estos cinco derechos son los fundamentales entre los fundamentales, y constituyen el mínimo humanitario que deben observar las partes en un conflicto armado. Este catálogo básico de derechos ha motivado que el artículo 3 sea considerado un “convenio en miniatura”⁵⁴⁵ 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 inter-

544 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 Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, 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 Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, op., cit., pp. 388 a 401.

“Desde la aprobación de los Convenios de Ginebra, el derecho internacional de los derechos humanos ha experimentado un desarrollo considerable en el ámbito de los procedimientos exigidos para prevenir la privación arbitraria de la libertad. El derecho de los derechos humanos establece: a) la obligación de informar a toda persona detenida de los motivos de la detención, b) la obligación de que toda persona detenida a causa de un delito sea llevada sin demora ante un juez y c) la obligación de dar la posibilidad a toda persona privada de libertad de impugnar la legalidad de su detención (procedimiento del *habeas corpus*). Aunque las obligaciones a) y b) no figuran en los tratados de derechos humanos pertinentes entre las disposiciones que no pueden ser objeto de suspensión, la jurisprudencia en materia de derechos humanos muestra que tienen carácter inderogable”. *Ibíd.*, pp. 397 y 398.

545 “... [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.

no, algunos derechos fundamentales de la persona humana”.⁵⁴⁶ “A un nivel sensato, el artículo 3 no hace más que registrar los deberes suscritos por todos los estados participantes, que tienen que ver con el respeto de los derechos humanos en tiempos de hostilidades”.⁵⁴⁷

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 bajo su jurisdicción (como ocurre en el campo propio de los derechos humanos).⁵⁴⁸

El carácter imperativo del principio humanitario subyacente al Artículo 3 Común y a los instrumentos universales y regionales de derechos humanos ha sido resaltado también por el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, al indicar que “las disposiciones del Artículo 3 Común y de los instrumentos universales y regionales de derechos humanos comparten un núcleo común de estándares fundamentales que son aplicables en todo tiempo, en todas las circunstancias y a todas las partes, y de los cuales no se permite ninguna derogación”⁵⁴⁹.

546 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*, No. 147, septiembre de 1998, p. 449.

547 Robertson, Geoffrey, *Crímenes contra la humanidad*, ob. cit., p. 201.

548 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.

549 Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Sefer Halilovic, sentencia del 16 de noviembre de 2005, traducción informal, citado en Corte Constitucional, sentencia C-291/07, p. 106.

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 (CICR) 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.⁵⁵⁰ 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’”.⁵⁵¹

“Las Partes contendientes se esforzarán, por otra parte, en poner en vigor por vía de acuerdos especiales la totalidad o parte

550 “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.

551 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. 31.

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.⁵⁵² Los denominados acuerdos humanitarios,⁵⁵³ 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”,⁵⁵⁴ pues se generó la creencia de que el derecho humanitario le otorgaba

552 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.

553 Sobre este tema puede consultarse la última parte del siguiente artículo que tiene como título precisamente “los acuerdos humanitarios”: Alejandro Valencia Villa, “Algunos escenarios jurídicos ante una eventual negociación de paz con las FARC – EP”, en Fundación Ideas para la Paz, working papers No. 6, Bogotá, noviembre de 2010.

554 Catherine Rey-Schyr, “Los Convenios de Ginebra de 1949: un progreso decisivo”, ob. cit., p. 54.

algún tipo de reconocimiento jurídico a las partes contendientes y, en particular, que le reconocía beligerancia a los grupos armados de oposición. Como se analizó en otra publicación,⁵⁵⁵ 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”.⁵⁵⁶ La Corte Constitucional ha dicho que “la aplicación del Derecho Internacional Humanitario no implica un reconocimiento ni de la legitimidad de las razones o causas invocadas por los grupos armados disidentes que toman parte en los conflictos armados, ni tampoco –desde ninguna perspectiva– un reconocimiento de insurgencia o de beligerancia a la luz del Derecho Internacional Público”.⁵⁵⁷

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

555 Véase Alejandro Valencia Villa, *Derecho humanitario para Colombia*, Defensoría del Pueblo, Bogotá, 1996, pp. 112 a 122.

556 G. I. A. D. Draper, “The Red Cross Conventions”, Stevens & Sons Limited, Londres, 1958, citado en Catherine Rey-Schyr, “Los Convenios de Ginebra de 1949: un progreso decisivo”, ob. cit., p. 55.

557 Corte Constitucional, Sentencia C-291/07, p. 60.

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 proscribe un castigo legal ya que el rebelde puede estar sujeto a pena por parte del gobierno central o de los organismos jurisdiccionales competentes.

También vale la pena agregar, que las infracciones a este artículo imponen responsabilidad penal individual, conforme lo ha establecido el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia:⁵⁵⁸ “es jurisprudencia establecida que el derecho internacional consuetudinario impone responsabilidad penal por violaciones graves al artículo 3 común [...]”.⁵⁵⁹ Además, para efecto de establecer dicha responsabilidad, se debe demostrar que las infracciones se cometieron en el marco del conflicto armado, con ocasión y en desarrollo de él. También ha señalado la jurisprudencia de este tribunal que “la aplicación del artículo 3 del Estatuto presupone la existencia de un conflicto armado y un nexo entre el crimen que se alega y el conflicto armado”.⁵⁶⁰

En fin, este análisis pormenorizado del artículo 3 común permite reafirmar su importancia como la norma fundamental del derecho humanitario. Su aplicación efectiva permite elevar el nivel de protección de la población civil no combatiente y de las vícti-

558 “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.

559 Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso *Limaj et al.*, (Sala de Primera Instancia), 30 de noviembre de 2005, párr. 176.

560 Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso *Halilovic*, (Sala de Primera Instancia), 16 de noviembre de 2005, párr. 23.

mas de los conflictos. Ojala sus prohibiciones y sus posibilidades sean tenidas más en cuenta por las partes del conflicto armado colombiano. Sólo de esta manera empezaríamos a humanizar la guerra mientras alcanzamos la paz.

11. 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.⁵⁶¹

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. 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 de 1977.

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 funcionarios 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

561 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.

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.⁵⁶²

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 de algunas de sus normas se abordará en el Capítulo II, vale la pena de manera breve señalar los principales rasgos de este instrumento.

a) El trato humano de quienes no participen de manera directa en las hostilidades

El Título II del Protocolo II de 1977 tiene por objeto proteger a las personas que no participen directamente en las hostilidades, o hayan

562 Véase Alejandro Valencia Villa, “La aprobación en Colombia del Protocolo II de 1977: veinte años de politización”, en Varios autores, *Libro Homenaje a Luis Carlos Pérez*, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2012. Este artículo tiene como punto de partida algunos apartes del Capítulo IV de mi libro *Derecho Humanitario para Colombia*, op. cit., pp. 108 a 122.

dejado de participar en ellas, estén o no privadas de la libertad, contra 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”.⁵⁶³

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).⁵⁶⁴ Estos artículos son el verdadero complemento y desarrollo del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra y son más amplios y detallados que esta disposición en cuanto a las prohibiciones y a las personas protegidas.

El artículo 3 común solo prohíbe los atentados a la vida, a la integridad corporal, a la dignidad personal, la toma de rehenes y las condenas sin garantías judiciales mínimas; 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.⁵⁶⁵ De manera particular, se hará

563 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.

564 *Ibíd.*, párr. 4508.

565 La libertad de cultos y la vida familiar, también merecen protección. Según el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, 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 Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, op., cit., pp. 428 a 436. “La práctica reunida muestra que

referencia a la protección de los niños y niñas y de las personas privadas de la libertad.⁵⁶⁶

♦ **LA PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS Y NIÑAS**

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 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. La norma 135 del Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario establece que “[l]os niños afectados por los conflictos armados tienen derecho a un respeto y protección especiales”.⁵⁶⁷

el respeto de la vida familiar exige, en la medida de lo posible, que se preserve la unidad familiar y el contacto entre los miembros de la familia, y que se facilite información sobre el paradero de los familiares”. *Ibíd.*, p. 433.

566 El derecho convencional guarda silencio sobre la protección de ancianos o discapacitados en conflictos armados no internacionales, pero según el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, 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”. *Ibíd.*, pp. 553 a 555.

567 *Ibíd.*, pp. 542 a 545.

El principio general de protección, enunciado al inicio del numeral 3º 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”.⁵⁶⁸ La práctica indica que el respeto y protección especiales debidos a los niños afectados por los conflictos armados comprenden, en particular: la protección contra todas las formas de violencia sexual, la separación de los adultos cuando estén privados de libertad, a menos que sean miembros de la misma familia, el acceso a la educación, alimentos y asistencia sanitaria, la evacuación de las zonas de combate por razones de seguridad y la reunión de los niños no acompañados con sus familiares.⁵⁶⁹

El apartado a) del numeral 3º del artículo 4º 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”.⁵⁷⁰ El derecho a la educación debe entenderse en un sentido amplio, de ahí la referencia a la educación religiosa y moral.⁵⁷¹

568 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.

569 Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, Op., Cit., p. 544.

570 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. 4552.

571 *Ibíd.*

El apartado b) del numeral 3º del artículo 4º señala que: “... se tomarán las medidas oportunas para facilitar la reunión de las familias temporalmente separadas”.

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.⁵⁷²

El apartado e) del numeral 3º del artículo 4º 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”.

El Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas ha recordado que las disposiciones esenciales para el ejercicio de los derechos de los niños afectados por los conflictos armados comprenden: la protección de los niños en el entorno familiar; la prestación de cuidados y asistencia esenciales; el acceso a los alimentos, atención médica y educación; la prohibición de la tortura, los abusos o el aban-

572 *Ibíd.*, párr. 4553. Según el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, 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 Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, op., cit., pp. 477 a 484.

dono; la prohibición de la pena capital; la preservación del entorno cultural del niño; la protección en situaciones de privación de libertad y la garantía de una asistencia y un socorro humanitarios a los niños en los conflictos armados.⁵⁷³

◆ LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD

Las garantías fundamentales contenidas en el Título II constituyen el nivel mínimo de protección al que puede aspirar toda persona en todo tiempo, y son la base de los derechos humanos.⁵⁷⁴ En definitiva, este título contiene los derechos que no pueden ser objeto de 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.⁵⁷⁵ 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 rigo-

573 Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, Op., Cit., p. 544.

574 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.

575 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. 4567.

res 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.⁵⁷⁶

- 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.⁵⁷⁷
- 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.⁵⁷⁸

Respecto a las garantías que se señalan en el numeral 2 del artículo 5º, 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.⁵⁷⁹

Las garantías que se enumeran en el numeral 2, literales a) a e) del artículo 5 del Protocolo II de 1977, 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,

576 *Ibíd.*, párr. 4575.

577 *Ibíd.*, párr. 4577.

578 *Ibíd.*, párr. 4579.

579 *Ibíd.*, párr. 4582.

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;

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 generalmente 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.⁵⁸⁰ Por “omisión” hay que entender no sólo las omisiones voluntarias, sino también las negligencias culpables.⁵⁸¹

En relación con las personas que no son 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.⁵⁸²

Por último, el numeral 4º del artículo 5 del Protocolo II de 1977, 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”.⁵⁸³

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 6º del Protocolo II de 1977 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,

580 *Ibíd.*, párr. 4590.

581 *Ibíd.*, párr. 4592.

582 *Ibíd.*, párr. 4595.

583 *Ibíd.*, párr. 4596.

el derecho de apelación, el derecho a ser juzgado solamente por un delito previamente establecido, entre otros. La misma disposición proscribía la 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).⁵⁸⁴ 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.⁵⁸⁵

584 El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, señala que según la norma 100 aplicable tanto a conflictos armados internacionales no internacionales establece que “[n]adie puede ser juzgado o condenado si no es en virtud de un proceso equitativo que ofrezca todas las garantías judiciales esenciales”. Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, op., cit., pp. 401 a 422. Véase infra p. 582 y ss, donde se desarrolla con más detalle la infracción grave de las condenas dictadas sin garantías judiciales.

585 Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 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 a proteger los derechos humanos”.⁵⁸⁶

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.⁵⁸⁷

... [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.⁵⁸⁸

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;

586 Francisco Rey Marcos y Víctor de Currea-Lugo, *El debate humanitario*, Icaria Editorial, Barcelona, 2002, p. 53.

587 “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.

588 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.⁵⁸⁹

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’”,⁵⁹⁰ “... la empresa humanitaria según Philippe Gaillard, es ‘un esfuerzo por aportar cierta humanidad, siempre insuficiente, a situaciones que no deberían existir’”.⁵⁹¹

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

589 Vicenç Fisas, *Cultura de paz y gestión de conflictos*, ob. cit., p. 112.

590 David Reieff, *Una cama por una noche. El humanitarismo en crisis*, Editora Aguilar, Bogotá, 2003, p. 33.

591 *Ibíd.*, p. 188.

motivo de su pertenencia a una categoría que no esté fundada en criterios humanitarios, 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.⁵⁹²

La asistencia humanitaria requiere la autorización del Estado en el que se han de llevar a cabo las acciones de socorro.⁵⁹³ “... [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”.⁵⁹⁴

... [E]s evidente que una organización humanitaria no puede actuar sin el consentimiento de la parte interesada. Ahora bien, ese consentimiento no puede negarse por razones arbitrarias. Si se ha establecido que una población civil corre el riesgo de padecer hambre y una organización humanitaria que presta socorro de forma imparcial y no discriminatoria puede evitar esa situación, la parte en conflicto tiene la obligación de dar su consentimiento.⁵⁹⁵

Las partes en conflicto tampoco deben obstaculizar la asistencia humanitaria y, por el contrario, la deben facilitar y garantizar,⁵⁹⁶

592 Ruth Abril Stoffels, *La asistencia humanitaria en los conflictos armados...*, ob., cit., pp. 348, 349 y 358.

593 *Ibíd.*, p. 313.

594 *Ibíd.*, p. 316.

595 Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, op., cit., pp. 219.

596 Según el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, 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”. *Ibíd.*, pp. 216 a 222.

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.⁵⁹⁷

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.⁵⁹⁸

597 Ruth Abril Stoffels, *La asistencia humanitaria en los conflictos armados...*, ob., cit., p. 397.

598 Vicenç Fisas, *Cultura de paz y gestión de conflictos*, ob. cit., p. 98.

La neutralidad es un principio fundamental de la asistencia humanitaria pero no debe interpretarse como un dogma absoluto.⁵⁹⁹ “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”.⁶⁰⁰

...tenemos varias opciones: a) entender la neutralidad como un todo con la confidencialidad; b) entender que es posible hablar sin perder la 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.⁶⁰¹

La neutralidad permite la crítica a cualquier bando que lo merezca,⁶⁰² 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.⁶⁰³ “... la libertad de palabra es el instrumento fundamental de las organizaciones humanitarias

599 Bouchet-Saulnier, *Diccionario práctico de derecho humanitario*, ob. cit., pp. 212-213.

600 *Ibíd.*, p. 614.

601 Francisco Rey Marcos y Víctor de Currea-Lugo, *El debate humanitario*, ob. cit., pp. 40-41.

602 Larry Minear, “La teoría y la práctica de la neutralidad: algunas reflexiones sobre las tensiones”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, No. 149, marzo de 1999, p. 64.

603 Ruth Abril Stoffels, *La asistencia humanitaria en los conflictos armados*, ob. cit., p. 380.

independientes, y su buen uso es una acción política tan decisiva como la propia ayuda material”.⁶⁰⁴ “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”.⁶⁰⁵

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 casos de genocidio”.⁶⁰⁶ “... 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”.⁶⁰⁷ “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”.⁶⁰⁸ “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”.⁶⁰⁹

604 Rony Brauman, *L'action humanitaire*, Flammarion, 1995, pp. 103, citado en Vicenç Fisas, *Cultura de paz y gestión de conflictos*, ob. cit., p. 104.

605 David Reieff, *Una cama por una noche. El humanitarismo en crisis*, ob. cit., p. 188.

606 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.

607 David Reieff, *Una cama por una noche. El humanitarismo en crisis*, ob. cit., p. 39.

608 *Ibíd.*, pp. 324-325.

609 Unidad de Estudios Humanitarios, *Los desafíos de la acción humanitaria. Un balance*, Icaria Editorial, Barcelona, 1999, p. 14.

♦ **LOS HERIDOS, ENFERMOS Y NÁUFRAGOS**

Los artículos 7 a 12 hacen parte del Título III del Protocolo II de 1977 que consagra aspectos relevantes en la asistencia humanitaria y que tienen 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 de Ginebra de 1949. 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 2º del artículo 3º común que establece que “los heridos y enfermos serán recogidos y cuidados”.

En este sentido, el artículo 7 del Protocolo II de 1977 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 ese artículo. En definitiva, el Título III completa el Título II (trato humano), ya que el derecho que tienen los heridos, enfermos o náufragos a recibir asistencia es una garantía fundamental de trato humano en una situación específica.⁶¹⁰ Este

610 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 Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, 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

deber de protección y asistencia es una obligación de conducta que beneficia a toda persona, independientemente si ha participado o no directamente en las hostilidades.⁶¹¹

♦ **EL PERSONAL SANITARIO Y RELIGIOSO**

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 de 1977 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, garantizado 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.⁶¹² Sin embargo,

[l]a práctica de los Estados indica que el estatuto de protección del personal sanitario no cesa si se le dota de armas ligeras individuales

sus pertenencias". Véase Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, op., cit., pp. 451 a 460.

611 Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, Op., Cit., pp. 453 y 454.

612 Son normas del Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario aplicables a conflictos armados internacionales como 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 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. Norma 31. El personal de socorro humanitario será respetado y protegido". *Ibíd.*, pp. 89 a 97, 99 a 103 y 117 a 121.

para defenderse o defender a sus pacientes únicamente de actos de violencia, por ejemplo contra merodeadores. Si utiliza esas armas en combate contra fuerzas enemigas actuando de conformidad con el derecho de la guerra, en particular para evitar ser capturado, pierde su protección.⁶¹³

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:

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 9º del Protocolo II de 1977, el personal sanitario y religioso deberá recibir 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

613 *Ibíd.*, p. 96.

se encuentra protegido por las garantías establecidas en el artículo 5 del mismo 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 operaciones sanitarias.⁶¹⁴

Adicionalmente, conforme al párrafo 2 del artículo 9º del Protocolo II de 1977, 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".⁶¹⁵ En este sentido, el párrafo 3 del artículo 12 del Convenio I de 1949 (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". "Esto significa que puede hacerse una distinción que sea beneficiosa, en particular socorriendo prioritariamente a una persona que requiera atención médica urgente, sin que ello implique una discriminación entre las personas atendidas primero y las atendidas después".⁶¹⁶

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.⁶¹⁷ No se ocupa, sin embargo, de las perso-

614 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. 4676.

615 *Ibíd.*, párr. 4677.

616 Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, Op., Cit., p. 458.

617 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. 4686.

nas 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 náufragos; - 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.⁶¹⁸

El numeral 1º del artículo 10 del Protocolo II de 1977 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.⁶¹⁹ “El verbo castigar sitúa la prohibición al nivel de la sanción y cubre las sanciones de todo orden, penal o administrativo”.⁶²⁰ El numeral 2º del mencionado artículo ratifica el principio del libre ejercicio de la actividad médica, es decir, que

618 Víctor de Currea-Lugo, “Protección del sector salud en Colombia: un paso para la humanización del conflicto armado”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, No. 160, diciembre, 2001, p. 321.

619 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.

620 *Ibíd.*, párr. 4691.

el personal médico debe trabajar sin coacción, basándose sólo en la ética profesional.⁶²¹

Según el numeral 3º 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 numeral 4º 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 1977.⁶²²

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 “saneamien-

621 La norma 26 del Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario aplicable a conflictos armados internacionales y no internacionales: “[q]ueda 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”. Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, Op., Cit., pp. 97 a 99.

622 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. 4706.

to” de la guerra en su aspecto médico y mostrar, en cambio, la cara real del sufrimiento que esa guerra ocasiona, haciendo todo lo posible para que esto contribuya a que cambie la opinión pública y, con el tiempo, la opinión política.⁶²³

♦ **LAS UNIDADES Y MEDIOS DE TRANSPORTE SANITARIOS
Y EL SIGNO DISTINTIVO**

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.⁶²⁴ Conforme al artículo 8 del Protocolo I de 1977:

... 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

623 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*, No. 155, septiembre de 2000, p. 204.

624 Son normas del Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario 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 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. Norma 32. Los bienes utilizados para las acciones de socorro humanitario serán respetados y protegidos”. Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, Op., Cit., pp. 103 a 114 y 121 a 124.

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;
- j) se entiende por aeronave sanitaria todo medio de transporte sanitario por aire.

Las unidades y medios de transporte sanitarios no pueden ser objeto de ataques, protección que se pierde si “se hace uso de ellos con objeto de realizar actos hostiles al margen de sus tareas humanitarias” (numeral 2º del artículo 11 del Protocolo II de 1977) o “si se utilizan, al margen de su función humanitaria, para cometer actos perjudiciales para el enemigo” (normas 28 y 29 del Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario). Agrega el mismo artículo 11.2 del Protocolo II de 1997 que “la protección cesará únicamente después de una intimación que, habiendo fijado cuando proceda un plazo razonable, no surta efectos”.⁶²⁵

El signo distintivo 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. Son signos distintivos la cruz roja, la media luna

625 Sobre el ataque a unidades medios de transporte sanitario, véase infra p. 611 y ss.

roja (artículo 8.1 del Protocolo I de 1977) y el cristal rojo (Protocolo III de 2005 adicional a los Convenios de Ginebra de 1949). Según la norma 30 del Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario aplicable a conflictos armados internacionales y no internacionales: “[q]uedan 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”.⁶²⁶

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.⁶²⁷ 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.⁶²⁸

Asimismo, gozan de especial protección los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, como los alimen-

626 *Ibíd.*, pp. 115 y 116.

627 La norma 1 del Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, aplicable a conflictos armados internacionales o no internacionales, señala entre otras, que los civiles no deben ser atacados la norma 2 prohíbe “los actos o las amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil”. *Ibíd.*, pp. 3 a 12. Sobre los actos de terrorismo, véase *infra*, p. 551 y ss.

628 René Kosirnik, “Los Protocolos adicionales de 1977: un desarrollo necesario del derecho internacional humanitario”, *ob. cit.*, p. 523.

tos, las zonas agrícolas, las cosechas, el ganado, las instalaciones y reservas de agua potable y las obras de riego (artículo 14); los bienes culturales y los lugares de culto, como los monumentos históricos y las obras de arte (artículo 16); y las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas, como las presas, los diques y las centrales nucleares de energía eléctrica (artículo 15). Queda prohibido cualquier tipo de ataque contra alguno de estos bienes.⁶²⁹

Merece destacarse el artículo 17 sobre prohibición de los desplazamientos forzados,⁶³⁰ 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 de los organismos humanitarios imparciales a las partes en conflicto. 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

629 En el Capítulo II, se analizan en detalle los ataques contra estos tipos de bienes, véase, *infra* pp. 639 a 655.

630 Para un análisis en detalle de este artículo, véase *infra* p. 597 y ss.

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.⁶³¹

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 19.⁶³²

Hasta el 15 de noviembre de 2012, 166 Estados son parte de este Protocolo. En el continente americano, los países del sur han aceptado totalmente los Protocolos, mientras que Estados Unidos se caracteriza por su gran ausencia.⁶³³

d) La aplicabilidad en Colombia del Protocolo II de 1977

Durante la década de los noventa del siglo pasado se discutió en Colombia de manera amplia si el Protocolo II de 1977 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 aplicación de este instrumento es diferente a la del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de

631 Joaquín Alcaide Fernández, “La asistencia humanitaria en situaciones de conflicto armado”, en J. Alcaide Fernandez, Ma. del C. Márquez Carrasco y J. A. Carrillo Salcedo, *La asistencia humanitaria en Derecho internacional contemporáneo*, Universidad de Sevilla, Salamanca, 1997, p. 65.

632 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.

633 René Kosirnik, “Los Protocolos adicionales de 1977: un desarrollo necesario del derecho internacional humanitario...”, ob. cit., p. 525.

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.⁶³⁴ Mientras que 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 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”.

La primera diferencia notoria es que el Protocolo II de 1977 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 ilegales colombianos, sean los grupos guerrilleros o los grupos paramilitares, reúnen esos elementos. ¿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.

634 En ese sentido véase Sonia Güell Peris, *Conflictos armados internos y aplicabilidad del derecho internacional humanitario*, ob. cit., p. 214.

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.⁶³⁵ 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 10. del Protocolo II, expresa una posición intermedia entre los máximos del sedentarismo y los mínimos del nomadismo".⁶³⁶ La determinación de la extensión de cada territorio se relaciona con la función que debe cumplir ese dominio territorial.⁶³⁷

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

635 Iván Orozco Abad, "La Democracia y el tratamiento del enemigo interior", *Análisis Político*, No. 6, enero-abril de 1989, p. 63.

636 Iván Orozco Abad, "Sobre el estatus jurídico político del paramilitarismo hoy", ob. cit., p. 208.

637 Araceli Mangas Martín, *Conflictos armados internos y derecho internacional humanitario*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1990, p. 74.

debidamente, como se dispone en los artículos 4 (Garantías fundamentales) y 5 (Personas privadas de la libertad).⁶³⁸

Los límites que separan a las partes en un conflicto armado no internacional son difusos y fluidos. Una guerra irregular fragmenta el espacio y altera la naturaleza de la soberanía.⁶³⁹ “La forma más simple de conceptualizar la división de la soberanía en la guerra civil es la de distinguir entre zonas de control gubernamental, zonas de control insurgente y zonas en las que se lucha por el control”.⁶⁴⁰

Los grupos armados ilegales colombianos están en capacidad de realizar acciones militares contra las fuerzas armadas legales en las regiones donde tienen presencia. En estos lugares, 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”.⁶⁴¹

Los actores políticos afrontan tres conjuntos diferentes de población: poblaciones bajo control total, poblaciones que han de “compartir” con su rival y poblaciones que están completamente fuera de su control. Estas tres situaciones constituyen dos tipos generales de soberanía: *segmentada* y *fragmentada*. La soberanía será segmentada cuando dos actores políticos (o más) ejerzan una soberanía completa sobre partes distintas del territorio del Estado. Será fragmentada cuando dos actores políticos (o más) ejerzan una soberanía limitada sobre la misma parte del territorio del Estado.⁶⁴²

638 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.

639 Stathis N. Kalyvas, *La lógica de la violencia en la guerra civil*, ob. cit., p. 132

640 *Ibíd.*, p. 132.

641 Mary Kaldor, *Las nuevas guerras*, ob. cit., p. 23.

642 Stathis N. Kalyvas, *La lógica de la violencia en la guerra civil*, ob. cit., p. 133.

Los grupos guerrilleros y paramilitares gozan de cierta legitimidad en algunos lugares 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".⁶⁴³ "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 poderoso de capacidad –efectiva– humanitaria, y en último término de solidez, en la dominación territorial, por parte de las guerrillas".⁶⁴⁴

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

643 Eduardo Pizarro Leongómez, "Colombia: ¿guerra civil, guerra contra la sociedad, guerra antiterrorista o guerra ambigua?", ob. cit., p. 171.

644 Iván Orozco Abad, "Sobre el estatus jurídico político del paramilitarismo hoy", ob. cit., p. 209.

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.⁶⁴⁵

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 atribuya ese calificativo a un grupo que no disponga de una estructura jerárquica al menos básica”.⁶⁴⁶ “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”.⁶⁴⁷

... el Protocolo II redundante en la idea de garantizar su propia efectividad práctica al exigir la existencia de una autoridad capaz de impo-

645 Examen de constitucionalidad de la Ley 171 del 16 de 1994, enviado por la Procuraduría General de la Nación a la Corte Constitucional el 3 de marzo de 1995, p. 25-26.

646 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.

647 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.

ner 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.⁶⁴⁸

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, el Comando Central de el ELN-, 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 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.⁶⁴⁹

648 Sonia Güell Peris, *Conflictos armados internos y aplicabilidad del derecho internacional humanitario*, ob. cit., p. 207.

649 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.

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.⁶⁵⁰

En 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 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”.⁶⁵¹ 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.⁶⁵²

Las organizaciones armadas ilegales en Colombia cuentan con una capacidad organizativa y militar que les permite realizar ope-

650 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.

651 Javier Guisández Gómez, “La protección de las víctimas en los conflictos de carácter no internacional”, *ob. cit.*, pp. 443-444.

652 *Ibíd.*

raciones 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 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.⁶⁵³

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.⁶⁵⁴

653 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.

654 Daniel Frei, "El derecho internacional humanitario y el control de armamentos", en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, No. 90, noviembre-diciembre de 1988, p. 527.

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 ellas la obligación de hacerlas respetar (artículo 1º común).⁶⁵⁵ “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”.⁶⁵⁶

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.⁶⁵⁷ 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 instru-

655 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.

656 “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, No. 201 DDNSP, Bogotá, marzo 17 de 1994, pp. 7 y 8.

657 Véase Araceli Mangas Martín, *Conflictos armados internos y derecho internacional humanitario*, ob. cit., pp. 131 a 137.

mento efectivo de su completa y única violación en materias que constituyen las verdaderas bases del derecho de la guerra”.⁶⁵⁸

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.⁶⁵⁹

Por las anteriores consideraciones, las organizaciones armadas no estatales en Colombia cumplen con los presupuestos del artículo 1 del Protocolo II de 1977. 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’”.⁶⁶⁰ Sobre el particular el concepto de constitucionalidad de la Procuraduría General de la Nación expresa:

658 Citado por Araceli Mangas Martín, *ibíd.*, p. 132.

659 Daniel Frei, “El derecho internacional humanitario y el control de armamentos”, *ob. cit.*, p. 527.

660 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.

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 internacional, 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.⁶⁶¹

661 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.

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.⁶⁶²

12. 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

662 Rodrigo Uprimny, “La Corte Constitucional frente al Derecho Internacional Humanitario”, ob. cit., p. 246.

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.⁶⁶³ 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.⁶⁶⁴

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

663 Una obra que contiene algunas referencias sobre la regularización de la guerra en la Independencia es la de Clément Thibaud, *Repúblicas en armas, los ejércitos bolivarianos en la guerra de Independencia en Colombia y Venezuela*, Instituto Francés de Estudios Andinos, Editorial Planeta, Bogotá, 2003.

664 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.

un lenguaje normativo de la guerra, que se adecuara a las condiciones de la naciente república.⁶⁶⁵

Está por investigarse el verdadero origen del respeto del derecho de gentes en las guerras civiles colombianas.⁶⁶⁶ 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.⁶⁶⁷

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 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

665 *Ibíd.*, p. 40.

666 “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.*, p. 411. Otro libro de las mismas autores sobre el tema es *La guerra por las soberanías, memorias y relatos en la guerra civil de 1859 – 1862 en Colombia*, La Carreta Editores, Instituto de Estudios Políticos de la Universidad de Antioquia, Corporación Región, Medellín, 2008. Otro estudio es el de Miguel Borja, *Espacio y guerra, Colombia Federal 1858 – 1885*, Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2010.

667 Véase Alejandro Valencia Villa, *Derecho humanitario para Colombia*, ob. cit., Capítulo V, pp. 137 a 206.

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.⁶⁶⁸

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.⁶⁶⁹ Incluso magistrados de la misma corporación señalaban el compromiso de respetar y de hacer respetar esta legalidad:

668 Anales del Congreso, septiembre 30 de 1968, ponencia del senador Raúl Vásquez Vélez.

669 La sentencia puede consultarse en Foro Colombiano, No. 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, No. 200, Bogotá, agosto de 1988, p. 656. La providencia del 12 de junio de 1945 sobre los decretos 1640 y 1644 de 1944 menciona los antecedentes históricos del artículo 121 constitucional pero no sugiere ninguna interpretación sobre las facultades derivadas del derecho de gentes.

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.⁶⁷⁰

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.⁶⁷¹

En los albores de la década de los sesenta, Héctor Charry Samper ratificaba que el derecho de gentes es una restricción, una valla para los gobernantes, y no una atribución más. Señalaba al respecto:

670 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, No. 2405, 1981, pp. 509 y ss.

671 Sentencia de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia del 16 de junio de 1987, en *Jurisprudencia y Doctrina*, tomo XVI, No. 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*, No. 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 ...⁶⁷²

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 “[e]n 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,

672 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, *Ibíd.*, pp. 164 y ss.

en términos precisos, obligaciones de los Estados, impone restricciones al ejecutivo inspirado en el sentimiento de humanidad, y reduce la potestad 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.⁶⁷³

La teoría del bloque de constitucionalidad que viene avalando la jurisprudencia de la Corte Constitucional para señalar el valor supralegal de los instrumentos internacionales de derechos humanos y derecho humanitario fue establecida en la sentencia que revisa la constitucionalidad del Protocolo II de 1977. 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 tratados⁶⁷⁴ con el artículo 4º que señala que la Constitución es norma de normas.

673 Corte Constitucional, sentencia C-574 de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón, p. 114.

674 Antes del pronunciamiento de la Corte la doctrina había señalado que esta prevalencia no sólo era predicable de los instrumentos que integran

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.⁶⁷⁵

Con la adopción del bloque de constitucionalidad, la Corte revisa sus anteriores decisiones donde predicó una supra constitucionalidad del derecho humanitario⁶⁷⁶ para sostener a partir de la

el derecho internacional de los derechos humanos tal como lo establece expresamente el artículo 93 constitucional sino del derecho internacional humanitario: “Es obvio, además, 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*, Tercer Mundo Editores e Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1993, p. 110.

675 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. 21-22.

676 “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

fecha una para constitucionalidad 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 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.⁶⁷⁷

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. Este cambio de interpretación empezó 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.⁶⁷⁸

¿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 Aca-

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.

677 Corte Constitucional, sentencia C-991 de 2000, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

678 Véase supra, pp. 83 y 84.

demia 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,⁶⁷⁹ o a las normas fundamentales del derecho internacional humanitario. A continuación 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.

679 Véase supra, p. 153 y ss.

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.⁶⁸⁰

Otro listado de reglas ha sido el señalado por la Corte Constitucional:

la Corte Constitucional observa las garantías fundamentales que se derivan del principio humanitario -que en varios casos tienen en sí mismas el rango de normas de *ius cogens*- son principalmente las siguientes: (i) la prohibición de la discriminación en la aplicación del Derecho Internacional Humanitario, (ii) la prohibición del homicidio -ver más adelante-, (iii) la prohibición de la tortura y de los tratos crueles, inhumanos y degradantes -que es en sí misma una norma de *ius cogens*-, (iv) la prohibición de los castigos corporales y los suplicios -norma de *ius cogens* como tal-, (v) la prohibición de las mutilaciones, de las experimentaciones médicas o científicas u otras actuaciones médicas no requeridas por la persona afectada y contrarias a las normas médicas generalmente aceptadas -la cual de por sí es una norma de *ius cogens*-, (vi) la prohibición de la violencia de género, de la violencia sexual, de la prostitución forzada y de los

680 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.

atentados contra el pudor; (vii) la prohibición de la esclavitud y de la trata de esclavos -norma con rango propio de *ius cogens*-, (viii) la prohibición del trabajo forzado no retribuido o abusivo, (ix) la prohibición de tomar rehenes -ver más adelante, (x) la prohibición de utilizar escudos humanos, (xi) la prohibición de las desapariciones forzadas, (xii) la prohibición de la privación arbitraria de la libertad, (xiii) la obligación de respetar las garantías judiciales esenciales y por los principios de legalidad de los delitos y de las penas y de responsabilidad penal individual, (xiv) la prohibición de los castigos colectivos, (xv) la obligación de respetar las convicciones y prácticas religiosas de las personas civiles y fuera de combate, (xvi) la obligación de respetar la vida familiar, (xvii) la obligación de proteger los derechos de las mujeres afectadas por los conflictos armados, (xviii) la obligación de proteger los derechos especiales de los niños afectados por los conflictos armados, junto con la prohibición de reclutamiento infantil y la prohibición de permitir la participación directa de niños en las hostilidades, (xix) la obligación de respetar los derechos especiales de los ancianos y personas con discapacidad afectados por los conflictos armados, (xx) la prohibición absoluta del genocidio en el curso de un conflicto armado -que tiene indubitablemente el rango de *ius cogens*-, (xxi) la prohibición absoluta de los crímenes de lesa humanidad cometidos en el curso de un conflicto armado -norma igualmente revestida del carácter autónomo de *ius cogens*-, (xxii) el deber de recoger y asistir a los heridos y los enfermos, (xxiii) la prohibición de los actos de terrorismo, (xxiv) la prohibición del pillaje y (xxv) el deber de respetar las garantías mínimas de las personas privadas de la libertad.⁶⁸¹

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.⁶⁸² Además, dicha obligatoriedad es permanente y constante. Siempre se deben respetar en situaciones de

681 Sentencia de la Corte Constitucional, C-291/07 pp. 112 a 114. La Corte Constitucional cita como fuente de este listado la sistematización del CCICR sobre derecho humanitario consuetudinario, en particular las normas 88, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 134, 135, 136, 137, 138.

682 Véase supra, p. 125 y ss.

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 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.⁶⁸³

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.⁶⁸⁴

683 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.

684 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.

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.⁶⁸⁵

“... [E]l derecho humanitario permite identificar, actualizar, ubicar y contrarrestar la mentalidad de guerra, según la cual todo se vale, y contribuye a rescatar el verdadero sentido común”.⁶⁸⁶ 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”.⁶⁸⁷

685 *Ibíd.*, p. 187.

686 Gustavo Gallón Giraldo, “El derecho internacional humanitario en el contexto del conflicto armado: los riesgos del derecho humanitario”, en Álvaro Villarriga Sarmiento, *Derecho internacional humanitario aplicado. Casos de Colombia, El Salvador, Guatemala, Yugoslavia y Ruanda*, Tercer Mundo Editores, Colombia, 1998, p. 323.

687 Gerard 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.¹

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 transgresiones al derecho humanitario.²

Las transgresiones 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

1 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.

2 *Ibíd.*, pp. 15 y 16.

marcos normativos han diseñado varias posibilidades de sancionar dichas transgresiones: 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 aplicación del principio de la jurisdicción universal que impone a los Estados el deber de castigar las infracciones graves al derecho humanitario; 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 y otros modelos de justicia internacional; 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 Estados³ son fundamentales para que las sanciones sean efectivas.

La denominación de las transgresiones 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 llaman crímenes de guerra. 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.⁴

3 Según el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, 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 Jean –Marie Henkaerts, Louise Doswald – Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob. cit., pp. 698 a 701.

4 Algunos autores ven algunas diferencias relevantes al señalar que las infracciones graves siempre se presentan en conflictos armados internacio-

El punto de partida de sancionar esas transgresiones 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”.⁵ Los crímenes de guerra son la más antigua categoría de crímenes del derecho internacional.⁶

En la primera parte de este capítulo se realizará una caracterización general de estas transgresiones de acuerdo con las fuentes legales que las establecen, y en la segunda parte se hará una presentación más detallada de algunas de esas transgresiones. En los primeros cuatro apartados se abordarán las fuentes internacionales como son las infracciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949 y al Protocolo I de 1977, la jurisdicción universal, las infracciones y violaciones de los estatutos de los tribunales penales internacionales y los crímenes de guerra en el Estatuto de la Corte Penal Internacional; los dos apartados siguientes desarrollan las diferencias entre los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad y el genocidio; los tres siguientes tratan los delitos contra las personas y bienes protegidos por el derecho humanitario en el código penal ordinario, el derecho humanitario en el código penal militar y las graves violaciones al derecho humanitario en el código disciplinario único; luego se presenta un cuadro donde se comparan los crímenes

nales y que las violaciones graves se podrían dar en conflictos armados no internacionales, sobre el particular véase Rafael Prieto Sanjuán, *Crímenes de guerra, infracciones y violaciones graves al derecho internacional humanitario*, Depalma, Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2010.

- 5 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.
- 6 Juan Pablo Pérez-León Acevedo, *La responsabilidad internacional del individuo por crímenes de guerra*, Ara Editores, Lima, 2008, p. 334.

de guerra del Estatuto de la Corte Penal Internacional, las infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo I de 1977 y los delitos contra las personas y bienes protegidos por el derecho humanitario del código penal y finalmente, el último apartado, trata 27 infracciones puntuales al derecho humanitario.

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 de 1977 no establecen una jurisdicción penal internacional para juzgar los crímenes de guerra, como es el caso de otros instrumentos del derecho 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 es el caso de 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 transgresiones que deben ser sancionadas, y por la otra, señalan que son los Estados quienes deben tomar las medidas necesarias para hacer efectivas dichas sanciones.⁷ Dichos instrumentos denominan estas transgresiones con el nombre de infracciones graves, y son las que de manera más

7 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*, No. 105, Ginebra, mayo-junio de 1991, pp. 303 y ss.

sería 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.

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 de manera grave en peligro la salud o la integridad física o mental de toda persona en poder de una 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.
- ◆ Las acciones intencionales en violación del Protocolo que causen la muerte o atenten de manera grave 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 intencionalmente 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 otros actos inhumanos 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.⁸

Este listado no es taxativo⁹ y pueden existir otras infracciones que puedan ser calificadas de graves e incluso otras que no ten-

8 José Luis Fernández Flores, “La represión de las infracciones del derecho de la guerra cometidas por individuos”, ob. cit., pp. 286 y 287.

9 Un listado mucho más extenso fundado en el derecho consuetudinario puede verse en Jean -Marie Henkaerts, Louise Doswald - Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob. cit., p. 649 y ss.

gan 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”.¹⁰ “La mayoría de las violaciones de los Convenios de Ginebra y los Protocolos adicionales no son infracciones graves”.¹¹ 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 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, párrafo 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.¹²

El complemento nacional a la tipificación de las anteriores infracciones es la labor de cada Estado, según lo destacan los artícu-

10 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.

11 Roy Gutman y David Rieff, *Crímenes de guerra, lo que debemos saber*, Random House Mondadori, S.L., Barcelona, 2003, p. 146.

12 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 Prieto Sanjuán, *Tadic: internacionalización de conflictos internos y responsabilidad individual*, ob. cit., p. 147.

los 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 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”.¹³

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

13 Según el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, 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 Jean –Marie Henkaerts, Louise Doswald – Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob. cit., pp. 687 a 690.

cualquier infracción grave. De conformidad con el principio *aut dedere aut judicare* 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.¹⁴

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.¹⁵

El texto del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra no estipula infracciones a las prohibiciones por él establecidas. “Esto obedece a que en 1949 ningún Estado estaba dispuesto a permitir que el Derecho internacional se inmiscuyera en su soberanía cuando se trataba de lidiar con insurgencias y revueltas armadas”.¹⁶ Hubo que esperar hasta la primera sentencia del Tribunal Penal Internacional de la antigua Yugoslavia para que se estableciera que

14 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.

15 Bouchet-Saulnier, *Diccionario práctico de derecho humanitario*, ob. cit., p. 59.

16 Robertson, Geoffrey, *Crímenes contra la humanidad*, ob. cit., p. 199.

el derecho consuetudinario establece la existencia de infracciones graves en los conflictos armados no internacionales.¹⁷

“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”.¹⁸ Según el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, 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.

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.¹⁹

17 Véase la Sentencia del caso Tadic del 2 de octubre de 1995, párr. 128 a 136. Extractos de una traducción no oficial de este fallo se encuentran en Rafael Prieto San Juan, *Tadic, internacionalización de conflictos internos y responsabilidad individual*, ob. cit., pp. 163 y ss.

18 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.

19 Véase Jean-Marie Henkaerts, Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob. cit., pp. 623 a 642.

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.²⁰ Los “Principios y directrices 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

20 Micaela Frulli, “El derecho internacional y los obstáculos a la implementación de la responsabilidad penal por crímenes internacionales”, en Antonio Cassese y Mirelle 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 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*, ob. cit., p. 346. Según el derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, 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 Jean –Marie Henkaerts, Louise Doswald – Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob. cit., pp. 694 a 698.

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 5º del artículo 85 del Protocolo I de 1977)²¹ y tienen como un elemento constitutivo la intención, y además para los ataques indiscriminados, el elemento del conocimiento previo de los resulta-

21 Según el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, es norma consuetudinaria para conflictos armados internacionales y no internacionales, la siguiente: “Norma 156. Las violaciones graves del derecho internacional humanitario constituyen crímenes de guerra”. Véase Jean –Marie Henkaerts, Louise Doswald –Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob. cit., pp. 643 a 682.

Se afirma “que la propia noción de crímenes de guerra en conflictos armados internos ha pasado en poco tiempo del ámbito de *lege referenda* al de *lex lata*”. Lo que quiere decir que ya no es una propuesta para una futura reforma de la ley (*lege referenda*) sino que ya es la ley dada (*lex lata*). María Teresa Comellas Aguirrezábal, *La incidencia de la práctica del Consejo de Seguridad en el derecho internacional humanitario*, ob. cit., p. 268.

dos previsible:²² “... El autor ha de haber actuado con conciencia y voluntad, es decir, representándose su acto y sus resultados y queriéndoles (“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”.²³ En los Convenios de Ginebra de 1949 y en el Protocolo I de 1977 no se consagra la tentativa de las infracciones graves,²⁴ aspecto que sí se puede reprimir en las legislaciones nacionales²⁵ y que está consagrado expresamente en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (art. 25).

2. LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL

El principio de la jurisdicción universal le da la legitimidad a un Estado para perseguir, investigar, juzgar y sancionar a una persona que presuntamente haya cometido un crimen de naturaleza internacional, independiente del lugar en que se haya cometido e incluso en algunos casos sin tener en cuenta la nacionalidad del acusado.²⁶ Es decir, deja a un lado los principios tradicionales del derecho penal como son el de la territorialidad y nacionalidad, con el propósito de

22 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.

23 *Ibíd.*, párr. 3474.

24 *Ibíd.*, párr. 3414.

25 *Ibíd.*, párr. 3416.

26 Es “un principio jurídico que permite o exige a un Estado enjuiciar penalmente ciertos crímenes, independientemente del lugar donde se haya cometido el crimen y de la nacionalidad del autor o de la víctima”. Xavier Philippe, “Los principios de jurisdicción universal y complementariedad”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, junio de 2006 No. 862 de la versión original, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, selección de artículos 2006, sin ciudad ni fecha, p. 435

luchar contra la impunidad. En últimas se admite la competencia de cualquier tribunal nacional en reemplazo de la competencia exclusiva de los tribunales del Estado bajo cuya jurisdicción los hechos hubieren tenido lugar. La legitimidad para ejercer la jurisdicción universal es otorgada por el propio derecho internacional, en particular por consagraciones expresas en instrumentos internacionales.

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 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.²⁷

“Se deben cumplir tres condiciones básicas para que el principio de la jurisdicción universal se aplique: la existencia de una razón específica para la jurisdicción universal, una definición suficientemente clara del crimen y de sus elementos constitutivos, y medios nacionales de aplicación que permitan a las instancias nacionales ejercer su jurisdicción sobre esos crímenes”.²⁸

“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

27 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*, Editorial Porrúa, Universidad Iberoamericana, México D.F., 2005, p. 951.

28 XavierPhilippe, “Los principios de jurisdicción universal y complementariedad”, ob. cit., p. 437 y 438.

exigible”.²⁹ 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.³⁰ Los artículos 49 del Convenio I, 50 del Convenio II, 129 del Convenio III y 146 del Convenio IV, que establecen las sanciones penales, señalan en su segundo inciso:

Cada una de las partes contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también si lo prefiere, y según las disposiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ella cargos suficientes.

Según el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, 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”.³¹

Muchos Estados han consagrado esta obligación en su derecho interno e incluso algunos tratados de derecho internacional de los derechos humanos la consagran como son la Convención contra la Tortura de las Naciones Unidas (art. 5º), la Convención Inte-

29 Hugo Relva, “La implementación del Estatuto de Roma y el principio de jurisdicción universal”, en ob. cit., p. 953.

30 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, No. 4, Escuela Diplomática y Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Madrid, 2000, pp. 245-246.

31 Jean –Marie Henkaerts, Louise Doswald – Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob. cit., pp. 683 a 686.

americana sobre Desaparición Forzada de Personas (art. 4º) y la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (art. 9º).

España es un referente internacional sobre la vigencia del principio de universalidad y del derecho penal internacional. La Ley Orgánica del Poder Judicial de ese país confirma este principio y la Audiencia Nacional española, viene conociendo diversas denuncias por crímenes internacionales ocurridos en diferentes países que han dado lugar a un amplio debate sobre el principio de jurisdicción universal. Han sido los casos Argentina (Scilingo y Cavallo), Chile (Pinochet), Estados Unidos (Couso), Tibet, China (Falun Gong), Vuelos de la CIA, Sahara, Ruanda, el caso de genocidio en Guatemala y el caso Jesuitas de El Salvador que han conformado los denominados “Juicios de Madrid”. Cabe señalar que la jurisdicción universal de la Audiencia Nacional española fue limitada en junio del 2009 permitiendo sólo investigar los casos en los que el autor esté en España o haya españoles involucrados, lo que impediría juzgar muchos casos como los anteriores en cualquier lugar del mundo si los tribunales del país afectado no actúan.

Argentina es otro referente latinoamericano sobre la materia que promueve la aplicación de la jurisdicción universal dentro y fuera de su territorio. El 14 de abril de 2010 ante la Cámara Federal de la ciudad de Buenos Aires fue presentada una querrela por genocidio y/o crímenes de lesa humanidad cometidos en España durante guerra civil española y el franquismo (1936 – 1977), y como se señala en el párrafo anterior, ante la Audiencia Nacional española se juzgó a los argentinos Scilingo y Cavallo por crímenes de lesa humanidad cometidos durante la dictadura de ese país (1976 – 1983).

3. LAS INFRACCIONES Y VIOLACIONES DE LOS ESTATUTOS DE LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES

A pesar que el primer ejemplo práctico de aplicación de la responsabilidad penal individual de índole internacional se da con el Tribunal

de Nuremberg³² después de la II Guerra Mundial, hubo que esperar a que finalizara la guerra fría con la caída del muro de Berlín en 1989 para que existieran otras experiencias de aplicación de dicho principio. El contexto bipolar de la llamada “guerra fría” imposibilitó el desarrollo del derecho penal internacional y las primeras versiones del Código de crímenes contra la paz y la seguridad internacional (1951) auspiciadas por una naciente Organización de las Naciones Unidas, quedaron precisamente en eso: en unos simples borradores que no llegaron a consolidarse en ningún instrumento internacional.

La creación la década de los noventa del siglo XX de los tribunales penales internacionales resucitó la posibilidad de establecer responsabilidades penales individuales de índole internacional, incluyendo la sanción de las transgresiones del derecho humanitario.³³ Con su creación, los procedimientos de represión del derecho humanitario empezaron a cobrar protagonismo.³⁴ La represión de los crímenes de guerra se inicia con la creación de los tribunales penales internacionales,³⁵ el primero fue el de la antigua Yugoslavia, y en su Estatuto de manera expresa se consagraron las siguientes transgresiones al derecho humanitario:

32 Sobre el Tribunal de Nuremberg puede consultarse James Owen, *Nuremberg*, el mayor juicio de la historia, Crítica, Barcelona, 2006.

33 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.

34 Joaquín Cáceres Brun, “Aspectos destacados en la aplicación del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos”, en Gabriel Pablo Valladares (comp.), *Lecciones y ensayos. Derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas*, ob. cit., p. 58.

35 Sobre la creación de estos tribunales penales internacionales, y en particular sobre el papel del Consejo de Seguridad, véase María Teresa Comellas Aguirrezábal, *La incidencia de la práctica del Consejo de Seguridad en el derecho internacional humanitario*, ob. cit., p. 132 y ss.

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;
- 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 guerra³⁶ que venían siendo consideradas por el derecho 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

36 “... 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 parte 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.

“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.³⁷

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 cometían 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”.³⁸ 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.³⁹

37 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*, No. 147, septiembre de 1998, p. 489.

38 Véase Hernán Montealegre, *La seguridad del Estado y los derechos humanos*, ob. cit., 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.

39 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

...[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.⁴⁰

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 humanitario en 1992*, Defensoría del Pueblo, Serie de documentos 6, Bogotá, agosto de 1993, pp. 35 a 38.

40 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

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.⁴¹

...[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 sentencia 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.⁴²

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 dere-

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.

- 41 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*, ob. cit., pp. 131 y ss.
- 42 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. 416.

cho internacional humanitario cometidas en el marco de conflictos armados no internacionales:⁴³

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;
- 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.

43 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.

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 internacionales⁴⁴ 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.⁴⁵

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 requisito *ratione loci*; 4) la clase de víctimas; 5) La existencia de un nexo entre la conducta delictiva y el conflicto armado”.⁴⁶ “El artículo común 3, concebido en 1949 como un estándar mínimo de derechos humanos que los estados debían respetar durante los

44 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.

45 “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.

46 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 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.

conflictos armados internos, ha cristalizado hoy en forma de una ley penal internacional, cuya conculcación puede ser castigada por los tribunales internacionales”.⁴⁷

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 común 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;
- 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.

47 Robertson, Geoffrey, *Crímenes contra la humanidad*, ob. cit., p. 367.

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 estatutos de los tribunales penales internacionales son vinculantes y sirven para interpretar la legislación penal interna, ya que fueron creados por resoluciones del Consejo de Seguridad conforme al capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas y que conforme al artículo 25 de ese instrumento son decisiones vinculantes para los Estados. Al respecto, la Corte Constitucional, en sentencia T-558 de 2003, consideró:

En lo que concierne a las *decisiones*, se trata de un acto jurídico unilateral de una organización internacional que tiene efecto vinculante. En el ámbito internacional, los únicos actos que técnicamente pueden ser calificados como decisiones son aquellos que aparecen referidos en el artículo 25 de la Carta de la ONU y son adoptados por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, en el marco de las facultades que le otorga el capítulo VII de ella.

Sin embargo eso no significa que puedan aplicarse directamente sino que son varios criterios auxiliares de interpretación del de-

recho colombiano.⁴⁸ Los aportes de los tribunales penales 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.⁴⁹

Las repercusiones de los tribunales penales internacionales pueden valorarse que por una parte, "... han 'jurisdiccionalizado' el DIH, interpretando las normas, determinando su aplicabilidad a un caso concreto, e incluso constatando su eventual carácter consuetudinario. Por otra parte, han contribuido en cierta medida a restaurar la credibilidad del DIH y a revitalizar el principio de jurisdicción universal para los crímenes de guerra".⁵⁰ "... [E]l establecimiento de los tribunales penales ha contribuido a reforzar el DIH, restaurando, por una parte, su credibilidad y potenciando, por otra, la activación de posibles mecanismos dirigidos a reprimir sus violaciones",⁵¹ así como para la difusión y promoción del

48 Alejandro Ramelli, Arteaga, *Jurisprudencia penal internacional aplicable en Colombia*, ob. cit., pp. 600 a 602.

49 George H. Aldrich, "Los Protocolos adicionales de 1977: veinte años de vigencia: comentarios de los Protocolos de Ginebra", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, No. 143, septiembre-octubre de 1997, p. 544.

50 María Teresa Comellas Aguirrezábal, *La incidencia de la práctica del Consejo de Seguridad en el derecho internacional humanitario*, ob. cit., p. 304.

51 *Ibíd.*, p. 174.

derecho humanitario.⁵² Otro aporte es la creación de importantes precedentes para la sanción de actos de violencia sexual.⁵³ Como se verá más adelante,⁵⁴ sus decisiones en esta materia han sido fundamentales.

Para recapitular, vale la pena señalar que existen diferentes modelos de justicia internacional: tribunales internacionales 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 internacionalmente asistidos como el Tribunal Especial Iraquí. El Alto Tribunal Penal Iraquí fue creado por el Consejo de Gobierno de Irak y auspiciado por la Autoridad Provisional de la Ocupación.⁵⁵ El Tribunal Especial para el Líbano,

52 Ibid., p. 175.

53 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.

54 Véase infra p. 514 y ss.

55 Una comparación de las características generales de la Corte Penal Internacional, el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, el Tribunal penal para Ruanda, el Tribunal Especial para Sierra Leona, el Tribunal especial Iraquí, las Salas Especiales para Camboya y las Salas Especiales para Timor del Este puede verse en Robin Geiss y Noémie Bulinckx, “Cuadro comparativo de los tribunales penales internacionales e internacionalizados”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, marzo de 2006, No. 861 de la versión original, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, selección de artículos 2006, sin ciudad ni fecha, p. 51 y ss. Sobre el Tribunal Especial Iraquí véase Michael A. Newton, “El Alto Tribunal Penal Iraquí: controversias y contribuciones”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, junio de 2006 No. 862 de la versión original, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, selección de artículos 2006, sin ciudad ni fecha, p. 459 y ss.

establecido en el 2006, tiene como mandato el enjuiciar a los responsables del atentado de 14 de febrero de 2005 que causó la muerte del ex Primer Ministro Rafiq Hariri, y que provocó la muerte o lesiones a otras personas. 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.⁵⁶

Para que los tribunales penales internacionales tengan un impacto duradero deberán mantener por lo menos doce funciones esenciales más allá del 2013, a saber, el juicio de las personas fugitivas, la revisión de sentencias, la supervisión de condenas carcelarias, la libertad anticipada y el perdón, los procesos por desacato, la protección de los testigos, la prevención de la excepción de cosa juzgada en los tribunales nacionales y otros temas relacionados con recursos humanos y archivo.

4. LOS CRÍMENES DE GUERRA DEL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

La Corte Penal Internacional tiene competencia exclusiva respecto de los crímenes de genocidio, lesa humanidad, guerra y agresión. Los tres primeros crímenes están definidos desde 1998 por el propio Estatuto (arts. 6 a 8) y entre el 31 de mayo y el 11 de junio de 2010, se realizó la primera Conferencia de Revisión del Estatuto en Kampala, Uganda, en la que se definió, entre otras, el crimen de agresión. Aunque en este apartado sólo se va a hacer referencia a los crímenes de guerra, bien vale la pena antes de hacerlo, señalar algu-

56 Véase Carsten Stahn, *La geometría de la justicia transicional: opciones de diseño institucional*, en Angelika Rettberg (comp.), *Entre el perdón y el perdón, 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.

nas características de la Corte que resultan comunes para los cuatro crímenes. En los próximos apartados se establecerán las diferencias entre los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad y el genocidio, lo que permitirá hacer algunas consideraciones conceptuales sobre estos dos últimos.

En primer lugar, la Corte Penal Internacional es complementaria de las jurisdicciones penales nacionales (art. 1º) 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 esa medida, habría que demostrar alguna de las hipótesis de este último artículo para que la Corte adquiriera competencia. En estricto sentido, la complementariedad puede generar admisibilidad por inactividad total del Estado, inadmisibilidad por actividad del Estado y admisibilidad por falta de voluntad o capacidad del Estado. En éste último caso, la falta de voluntad se establece cuando existe el propósito de sustraer de la responsabilidad penal al implicado, hay demora injustificada en la decisión y se presenta falta de independencia e imparcialidad en la administración de justicia. La incapacidad se mide por el colapso total del aparato de justicia, el colapso sustancial del aparato de justicia o la carencia de un sistema de justicia nacional.⁵⁷

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

57 Kai Ambos, *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y derecho penal internacional*, estudio sobre la facultad de intervención complementaria de la Corte Penal Internacional a la luz del denominado proceso de “justicia y paz” en Colombia, GTZ, Editorial Temis, Bogotá, 2010, p. 169 y ss.

de entrada en vigor en virtud de la Ley 742 de 2002. La posibilidad de que la Corte Penal Internacional conozca casos ocurridos en Colombia o cometidos por colombianos tiene esa limitación temporal, lo que significa que hechos anteriores al 1º de noviembre de 2002 deben ser investigados y sancionados por la justicia nacional y/o se deben implementar otros modelos de justicia transicional, como pueden ser comisiones de verdad, alternativas que deben ser tenidas en cuenta frente a violaciones del pasado.

En cuarto lugar, el Estatuto de Roma establece el requisito de la “gravedad suficiente” del crimen de que se trate, para que la Corte Penal Internacional pueda ejercitar su jurisdicción de conformidad con el artículo 17.1.d). Son factores que tiene en cuenta la Fiscalía para evaluar la gravedad: la magnitud, naturaleza, modo de comisión e impacto.⁵⁸ Son factores que tienen en cuenta los tribunales penales: el abuso de una posición superior o una posición de autoridad o de confianza; la vulnerabilidad especial de la víctima; el sufrimiento o daño extremo inflingido a la víctima; el gran número de víctimas; y la crueldad del ataque.

En quinto 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. El elemento subjetivo contempla el dolo directo y el dolo eventual.⁵⁹ “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

58 *Ibíd.*, p. 158.

59 Héctor Olásolo Alonso, “Apuntes prácticos sobre el tratamiento de los crímenes de guerra en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, en *Ensayos sobre la Corte Penal Internacional*, ob. cit., p. 387 y ss que desarrolla este tema del elemento subjetivo de los crímenes de guerra y de los modos de participación punibles.

actúa con falta de la diligencia exigible o de la previsión necesaria para evitar las consecuencias dañosas de su conducta”.⁶⁰

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.⁶¹

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.

60 Roy Gutman y David Rieff, *Crímenes de guerra, lo que debemos saber*, ob. cit., p. 275.

61 *Ibíd.*

En los Elementos de los Crímenes del mismo Estatuto se dice que “[l]a existencia de la intención y el conocimiento puede inferirse de 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 sexto lugar, el Estatuto de la Corte Penal establece como causas eximentes de responsabilidad penal la enfermedad o deficiencia mental, la intoxicación, la defensa propia o de tercero, la defensa de propiedad en crímenes de guerra y la coacción (artículo 31).⁶²

En séptimo 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 octavo lugar, los crímenes de la competencia de la Corte son imprescriptibles (art. 29). El Estatuto en ese sentido sigue lo establecido en la Convención de Naciones Unidas de 1968 sobre la imprescriptibilidad de crímenes de guerra y de lesa humanidad, así como las tendencias recientes de la jurisprudencia internacional que establecen que el paso del tiempo no es una limitante para la investigación y juzgamiento de estos graves delitos.⁶³

En noveno lugar, el Estatuto de la Corte establece la responsabilidad de los jefes y otros superiores y será aplicable por igual a

62 Héctor Olásolo Alonso, “Apuntes prácticos sobre el tratamiento de los crímenes de guerra en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, en *Ensayos sobre la Corte Penal Internacional*, ob. cit., p. 394 y ss.

63 Véase supra p. 322.

todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial (arts. 27 y 28).⁶⁴ La Fiscalía de la Corte viene aplicando una discrecionalidad en la investigación que en la práctica se traduce en la investigación y juzgamiento de los jefes y otros superiores sin distinción alguna basada en el cargo oficial. Serían pues pocos los eventuales candidatos a ser investigados y juzgados por este organismo, ya que el escenario se limita sobre todo a los comandantes. En los países que existen tribunales penales internacionales o se aplican otros modelos de justicia internacional, los miembros de rango medio y bajo, son sancionados por la justicia nacional.

En décimo lugar, la Corte Penal Internacional no realiza juicios en ausencia, se requiere que la persona esté presente durante el juicio (art 63). En ese sentido es fundamental la cooperación de los Estados para la captura de las personas solicitadas por la Corte. No se inicia el juicio mientras el acusado no sea capturado.

En onceavo 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”.⁶⁵

64 Sobre la responsabilidad del superior en crímenes de guerra véase Juan Pablo Pérez-León Acevedo, *La responsabilidad internacional del individuo por crímenes de guerra*, ob. cit., pp. 383 y ss. También Sobre este tema de las formas de autoría y participación punibles en la comisión o tentativas de los crímenes de guerra véase Héctor Olásolo Alonso, “Apuntes prácticos sobre el tratamiento de los crímenes de guerra en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, en *Ensayos sobre la Corte Penal Internacional*, ob. cit., p. 373 y ss.

65 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*

En doceavo lugar, la competencia inherente de la Corte Penal Internacional frente a los crímenes es en el Estado en cuyo territorio se cometió la conducta o el de la nacionalidad del acusado (art. 12).

En treceavo 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).

Por último, el artículo 53 1.c y 2.c del Estatuto establece la cláusula de los intereses de la justicia, mediante la cual el Fiscal la debe tener en cuenta para la investigación y el juzgamiento. Aunque una negociación de paz puede beneficiar los intereses de la justicia, una eventual negociación de esta índole al interior de un Estado no es un obstáculo para que la Corte Penal Internacional active su competencia. Por el contrario, el caso de Uganda ilustra que la Fiscalía decidió continuar con la investigación de la situación en ese país, cuando incluso el propio gobierno le solicitó la suspensión de la investigación para impulsar un proceso de negociación política con los actores armados. Las declaraciones de Joseph Kony, líder del grupo rebelde *Lord's Resistance Army* (LRA) de que era posible alcanzar un acuerdo de paz si la Corte Penal Internacional retiraba la orden de arresto en su contra, no fueron suficientes para que la Fiscalía cambiara de actitud. El Fiscal señaló que su compromiso con la lucha contra la impunidad no puede ser interrumpido por decisiones políticas. Aunque el Estado de Uganda viene reforzando su sistema penal nacional para perseguir crímenes graves hasta la fecha tampoco ha tenido éxito en la captura de los presuntos responsables solicitados por la Corte.⁶⁶

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*, ob. cit., pp. 179 y ss.

66 Véase Michael Otim y Mmarieke Wierda, "Uganda: la búsqueda de la paz y la justicia bajo la sombra de la CPI", en Centro Internacional para la Justicia

Realizada esta presentación general sobre algunas particularidades de la Corte Penal Internacional, ahora se hará también una caracterización de los crímenes de guerra. El texto del artículo 8º del Estatuto de la Corte Penal Internacional es el siguiente:

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;
 - 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 situaciones 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 civi-

les 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;
- xiii) Emplear veneno o armas envenenadas;

- xiv) Emplear gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivo análogos;
 - xv) Emplear balas que se ensanchan o aplastan fácilmente en el cuerpo humano, como balas de camisa dura que no recubra totalmente la parte interior o que tenga incisiones.”⁶⁷
- 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.

En primer lugar, El Estatuto de Roma no define los crímenes de guerra sino que lo que hace es enumerarlos.⁶⁸ “La categoría de los crímenes de guerra fue la figura delictiva que llegó menos precisada a la Conferencia Diplomática de Roma”.⁶⁹ El listado de crímenes incluye hasta 71 subtipos penales.⁷⁰

67 Estos literales xiii), xiv) y xv) que están entre comillas fueron incluidos por la Resolución RC/Res.5, aprobada por consenso en la 12ª sesión plenaria el 10 de junio de 2010 de la Asamblea de los Estados Partes del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

68 Juan Pablo Pérez-León Acevedo, *La responsabilidad internacional del individuo por crímenes de guerra*, ob. cit., p. 338.

69 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. 241.

70 Héctor Olásolo Alonso, “Apuntes prácticos sobre el tratamiento de los crímenes de guerra en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, en *Ensayos sobre la Corte Penal Internacional*, ob. cit., p. 350.

Las conductas tipificadas en el artículo 8 pueden clasificarse de muy diversas maneras. A continuación se presentan cuatro propuestas de agrupación elaboradas por diferentes doctrinantes. El profesor Fernando Pignatelly y Meca los agrupa así: “...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”.⁷¹ La profesora Cristina Pellandini propone las siguientes categorías: “... - 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”.⁷² El profesor Cassese los clasifica así: 1) crímenes cometidos contra personas que no toman parte o no toman más parte en las hostilidades; 2) crímenes contra combatientes enemigos y civiles cometidos al recurrir a métodos prohibidos de hacer la guerra; 3) crímenes contra combatientes enemigos o civiles cometidos al recurrir a medios prohibidos de guerra; 4) crímenes contra personas y bienes especialmente protegidos; 5) crímenes consistentes en la utilización inapropiada de signos y emblemas.⁷³ El profesor Kai Ambos lo hace así: crímenes de guerra contra personas, contra la propiedad y otros derechos, contra operaciones humanitarias y emblemas, por la utilización de métodos prohibidos y por la incorporación de medios prohibidos.⁷⁴

71 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. 262.

72 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*, Casa de América, Madrid, 2001, p. 120.

73 Citado por Juan Pablo Pérez-León Acevedo, *La responsabilidad internacional del individuo por crímenes de guerra*, ob. cit., p. 336 nota de pie de página 12.

74 Véase Kai Ambos, *Conceptos básicos del derecho internacional humanitario y el nuevo crimen de agresión*, ob. cit., pp. 51 y 52. Otras maneras de agrupar

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 las incriminaciones que son consideradas infracciones graves por los Convenios de Ginebra.⁷⁵ 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.⁷⁶

Los tres criterios utilizados por los redactores del ER [Estatuto de Roma] para determinar *a priori* qué infracciones del derecho internacional humanitario merecen ser incluidas en el ER fueron las siguientes: i) que con independencia de su posible origen convencional, la norma infringida hubiese alcanzado la condición de costumbre internacional, y, por tanto, vinculase a todos los estados miembros de la comunidad internacional; (ii) que, al margen de las consecuencias previstas en los instrumentos internacionales donde dicha norma se recogiese, su violación diera lugar a responsabilidad penal de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario; y (iii) que dicha violación entrañase *a priori* la gravedad suficiente.⁷⁷

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.

- 75 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.
- 76 Kai Ambos, *Los crímenes del nuevo derecho penal internacional*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2004, pp. 104-105.
- 77 Héctor Olásolo Alonso *Ataques contra personas o bienes civiles y ataques desproporcionados*, ob. cit., p. 106.

En tercer lugar, el artículo 8º contiene elementos objetivos, unos de carácter contextual aplicables a todos los tipos penales y otros de carácter específico para cada crimen. Entre los contextuales materiales, unos están referidos a la existencia del conflicto armado y otros al carácter protegido del sujeto u objeto pasivo. Los que hacen referencia al conflicto armado, establecen que se consideran como tales aquellos que se dan dentro de su contexto o en relación con él;⁷⁸ los vinculados con la naturaleza del sujeto u objeto protegido, son las personas o cosas protegidas por los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, las personas que no participan directamente en las hostilidades, las personas o cosas cuya violación haya sido consagrada en los numerales b) o e) del Estatuto.⁷⁹ Entre los contextuales judiciales, unos son los relativos a la naturaleza internacional o no internacional del conflicto armado y otros están vinculados con el umbral de gravedad requerido para que la Corte ejercite su jurisdicción.⁸⁰

En cuarto 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 sexual, 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.⁸¹

78 Héctor Olásolo Alonso, “Apuntes prácticos sobre el tratamiento de los crímenes de guerra en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, en *Ensayos sobre la Corte Penal Internacional*, ob. cit., p. 357.

79 *Ibíd.*, p. 360 y 361.

80 *Ibíd.*, 262.

81 Según el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, es norma consuetudinaria para conflictos armados internacionales y no internacionales,

En quinto lugar, como no están definidos los crímenes de guerra por el Estatuto de Roma, conforme a su artículo 21 numeral 1.b), para la interpretación de estos se debe tener en cuenta “los tratados y los principios y normas de derecho internacional aplicables, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados”.

En sexto 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,⁸² “... o si tan poco afortunada frase marca la competencia indudable sin rechazar que la Corte pueda conocer de otros supuestos”,⁸³ y que pueda ser interpretada como no excluyente.⁸⁴

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 internacional humanitario otorga a las personas civiles y los bienes de carácter civil”. Véase Jean –Marie Henkaerts, Louise Doswald – Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob. cit., pp. 125 a 127.

82 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.

83 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.

84 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.

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”. Así lo resolvió la Sala de Cuestiones Preliminares de la propia Corte Penal Internacional: “según la Sala, la expresión “en particular” indica claramente que la existencia de un plan, de una política o de la comisión de crímenes a gran escala no se considera como un prerequisite para que la Corte ejerza su competencia sobre crímenes de guerra, sino que le sirve como una directiva en la materia”.⁸⁵ 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.⁸⁶

En séptimo lugar, una innovación importante es que el Estatuto es el primer tratado multilateral que consagra crímenes de guerra en los conflictos armados no internacionales.⁸⁷ 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. Aun-

85 Corte Penal Internacional, caso “Fiscalía vs. Jean-Pierre Bemba Gombo” (situación en República Democrática del Congo), Sala de Cuestiones Preliminares II, providencia del 15 de junio de 2009, párr. 211. Radicado: ICC-01/05-01/08.

86 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.

87 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.

que el proyecto solamente incluía violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en conflictos armados de carácter internacional,⁸⁸ 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”.⁸⁹ “Este importante reconocimiento diluyó pero no hizo desaparecer el tradicional tratamiento dispar de conflictos internacionales y conflictos internos”.⁹⁰

En octavo lugar, el listado de crímenes de guerra en caso de conflicto armado no internacional presenta algunas insuficiencias,⁹¹ y no es homogéneo en comparación con las conductas que se tipifican en caso de conflictos armados internacionales.⁹² En los conflictos armados no internacionales no se sanciona el hacer padecer hambre como método de combate ni la destrucción de los recursos naturales.⁹³ Además no incluye todas las prohibiciones establecidas

88 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.

89 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.

90 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.

91 María Teresa Comellas Aguirrezábal, “El Estatuto de Roma y los crímenes de guerra en los conflictos armados no internacionales”, *ob. cit.*, p. 349.

92 Esperanza Orihuela Catalayud, “Aplicación del derecho internacional humanitario por las jurisdicciones nacionales”, *ob. cit.*, p. 250.

93 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:

en el Protocolo II de 1977, como por ejemplo, las penas colectivas, el terrorismo, la esclavitud y los ataques contra las instalaciones que contienen fuerzas peligrosas.⁹⁴

El único artículo que define los crímenes de la competencia de la Corte Penal Internacional que fue objeto de alguna adición en la Asamblea de los Estados Partes del Estatuto del 2010 fue el artículo 8º, en relación con la sanción del empleo de ciertas armas, ya que la versión original aprobada en 1998 excluía toda referencia vinculada al uso de las armas como crímenes de guerra en conflictos armados no internacionales. La Resolución RC/Res.5, aprobada por consenso en la 12ª sesión plenaria el 10 de junio de 2010 de la Asamblea de los Estados Partes, adicionó el artículo 8.2.e) con tres literales: xiii), xiv) y xv) que son idénticos a los literales xvii), xviii) y xix) respectivamente del numeral 2.b) del mismo artículo, que establece otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales: emplear veneno o armas envenenadas; emplear gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivo análogos; y emplear balas que se ensanchan o aplastan fácilmente en el cuerpo humano, como balas de camisa dura que no recubra totalmente la parte interior o que tenga incisiones.

En noveno lugar, el artículo 8 del Estatuto excluye el uso de las armas de destrucción masiva como crímenes de guerra. Precisamente, las únicas menciones sobre el uso de armas son las mencionadas en el párrafo anterior.

Constituye este crimen de guerra una de las deficiencias o sombras más notables que presenta el artículo 8.2.b) del Estatuto, habiéndose

evaluación preliminar”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, No. 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.

94 Esperanza Orihuela Catalayud, “Aplicación del derecho internacional humanitario por las jurisdicciones nacionales”, ob. cit., p. 250.

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.⁹⁵

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.⁹⁶

95 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.

96 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 Internacional: Extensión de los crímenes de guerra a los conflictos armados

En décimo 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.⁹⁷

Sobre este tema, como se mencionará más adelante,⁹⁸ existe abundante jurisprudencia de los tribunales penales internacionales, que establecen la exigencia de la relación o le vínculo de la conducta con el conflicto armado, incluso así no se presenten hostilidades en el momento del hecho u ocurra en un lugar geográfico en el que tampoco existan operaciones militares. Lo relevante es

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.

97 Cristina Pellandini, “Los crímenes de guerra”, en Juan Antonio Yáñez-Barnuevo (coord.), *La justicia penal internacional: una perspectiva iberoamericana*, ob. cit., p. 125.

98 Véase *infra* p. 414 y ss.

demostrar siempre que los crímenes de guerra se dan con ocasión o en desarrollo del conflicto armado.

En décimo primer lugar, en el caso de los crímenes de guerra de los conflictos armados no internacionales, este tiene que ser prolongado, es decir, el conflicto armado debe tener una extensión temporal y espacial de cierta intensidad. Esta calificación de “prolongado” se encuentra en el literal 2.f) del artículo 8º del Estatuto. La razón para incluir este elemento a la noción de conflicto armado no internacional, es para diferenciarlo de otros hechos aislados o esporádicos de violencia, como son los disturbios y tensiones internas,⁹⁹ mencionados por este mismo literal, para subrayar que en esas situaciones no se aplica el literal 2.e) sobre otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados no internacionales.

Por último, al momento en que el Estado colombiano realizó el depósito de ratificación del Estatuto de la CPI, 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 aceptaba la competencia de la Corte sobre los crímenes de guerra.¹⁰⁰ Esta declaración en la práctica significa que la CPI no tiene competencia para conocer de crímenes de guerra cometidos en territorio colombiano o por colombianos en otro territorio entre el 1 de noviembre de 2002 y el 31 de octubre de 2009. Esto no impide que la Corte Penal Internacional conozca del crimen de genocidio o crímenes de lesa humanidad perpetrados entre fechas.

...[E]l debate suscitado por la salvedad, y la decepción social que ello ha causado, revelan que el principal elemento para tener en cuenta

99 Véase supra p. 106.

100 La Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de 2010 aprobó una resolución por la que decidió conservar el artículo 124 en su forma actual y convino revisar nuevamente sus disposiciones durante el 14º período de sesiones de la Asamblea de los Estados Partes en 2015.

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.¹⁰¹

La primera Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma celebrada en Kampala, Uganda, en 2010, aprobó una resolución por la que decidió conservar el artículo 124 en su forma actual y convino revisar nuevamente sus disposiciones durante el 14º período de sesiones de la Asamblea de los Estados Partes en 2015. Otras propuestas que no fueron aprobadas durante la Conferencia de Revisión fue la de México con relación a la inclusión del uso de armas nucleares en la definición de crímenes de guerra, la de los Países Bajos de incluir el crimen de terrorismo como un crimen autónomo en el Estatuto de Roma y la de Trinidad y Tobago relativa al crimen de narcotráfico internacional para ser incluido en el artículo 5.

5. LAS DIFERENCIAS ENTRE LOS CRÍMENES DE GUERRA Y LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD

Los crímenes de guerra son diferentes a los crímenes de lesa humanidad. No existe una jerarquía normativa entre ambos crímenes,¹⁰² son ilícitos igualmente reprochables, no existe diferencia de gravedad entre ambos,¹⁰³ y aunque una misma conducta delictiva pueda ser al mismo tiempo un crimen de guerra y un crimen de lesa humanidad, son nociones distintas. Algunas graves violaciones de

101 Alejandro Aponte, "Colombia", en Kai Ambos y Ezquiél Malarino (eds.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Fundación Konrad-Adenauer, Uruguay, 2003, pp. 239 y 247.

102 Sobre la inexistencia de una jerarquía entre los crímenes internacionales véase Alejandro Ramelli, Arteaga, *Jurisprudencia penal internacional aplicable en Colombia*, ob. cit., pp. 323 y 324.

103 Así lo ha sostenido la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales, véase Juan Pablo Pérez-León Acevedo, *La responsabilidad internacional del individuo por crímenes de guerra*, o. cit., p. 445.

derechos humanos pueden ser catalogadas como crímenes de lesa humanidad.¹⁰⁴ Para otorgar dicha calificación, se debe analizar si los hechos constituyen una comisión múltiple de casos, si fueron dirigidos contra la población civil, si fueron sistemáticos o generalizados y si fueron parte de una política de Estado¹⁰⁵ o de una organización.

Con base en la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales, en particular de los tribunales penales de la antigua Yugoslavia¹⁰⁶ y de Ruanda,¹⁰⁷ así como de la definición establecida

-
- 104 Vale la pena anotar que aunque esta noción ha resurgido durante la década de los noventa del siglo pasado con la aprobación de los estatutos de los tribunales penales internacionales de la antigua Yugoslavia y Ruanda, así como con su jurisprudencia y con la aprobación del Estatuto de la Corte Penal Internacional, éste es un concepto que tuvo su primera aplicación judicial con el Nüremberg después de la Segunda Guerra Mundial. El principio VI de derecho internacional, reconocido por el Estatuto, y las sentencias del Tribunal de Nüremberg dicen: “Los delitos enunciados a continuación son punibles como delitos de derecho internacional: (...) c) Delitos contra la humanidad. El asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra la población civil, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando tales actos sean cometidos o tales persecuciones sean llevadas a cabo al perpetrar un delito contra la paz o un crimen de guerra, en relación con él”.
- 105 El jurista rumano Eugenio Aroneau acuñó la clara expresión “ejercicio criminal de la soberanía estatal” para describir el crimen de lesa humanidad. En Rodolfo Mattarollo, *Noche y niebla y otros escritos sobre derechos humanos*, Ediciones Le Monde Diplomatique, Buenos Aires, 2010, p. 83.
- 106 El artículo 5 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, señala que: “El Tribunal Internacional está habilitado para juzgar a los presuntos responsables de los siguientes crímenes cuando éstos han sido cometidos en el curso de un conflicto armado, de carácter internacional o interno, y dirigidos contra cualquier población civil: a) Asesinato; b) Exterminación; c) Reducción a la servidumbre; d) Expulsión; e) Encarcelamiento; f) Tortura; g) Violaciones; h) Persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos; i) Otros actos inhumanos”.
- 107 El artículo 3 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda establece que: “El Tribunal Internacional para Rwanda tendrá competencia para enjuiciar a los presuntos responsables de los crímenes que se

por el Estatuto de la Corte Penal Internacional,¹⁰⁸ se puede señalar como elementos importantes a probar para que ciertas violaciones de derechos humanos sean consideradas crímenes de lesa humanidad, las siguientes:

- 1º. La existencia de un ataque, es un curso de conducta que implica la comisión de actos de violencia, no sólo de violencia física¹⁰⁹ que se demuestra tanto por la perpetración múltiple de violaciones de derechos humanos como con la existencia de una política de Estado o de una organización política.¹¹⁰ El

señalan a continuación, cuando hayan sido cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil por razones de nacionalidad o por razones políticas, étnicas, raciales o religiosas: a) Homicidio intencional; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación; e) Encarcelamiento; f) Tortura; g) Violación; h) Persecución por motivos políticos, raciales o religiosos; i) Otros actos inhumanos”.

- 108 El artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional dice: “Se entiende por ‘crimen de lesa humanidad’ cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”.
- 109 Rosa Ana Alija Fernández, *La persecución como crimen de lesa humanidad*, Universitat de Barcelona, Barcelona, 2011, p. 255.
- 110 Por “ataque contra una población civil” se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el

ataque se debe producir con el objetivo de servir a una política preestablecida por un estado o por actores no estatales organizados. Esta política organizada puede ser atribuida no solo de forma activa sino por omisión.¹¹¹

- 2º. El ataque debe estar dirigido contra una población civil; se refiere más a la naturaleza colectiva del crimen que a la condición misma de las víctimas. Es suficiente que el ataque esté dirigido contra una parte de la población civil dentro de una determinada área geográfica.¹¹² Se subraya que la población víctima debe ser predominantemente civil¹¹³ y la naturaleza de civil la determina la especial situación de la víctima al momento del crimen antes que su estatus.
- 3º. El carácter generalizado o sistemático del ataque. Lo sistemático significa que las violaciones de derechos humanos deben ser de conformidad con un plan o una política preconcebida, deben ser violaciones conscientemente organizadas y que siguen un patrón determinado, basándose en una política común que utiliza recursos públicos o privados;¹¹⁴ pueden ser acciones

párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política (artículo 7.2.a del Estatuto de la CPI).

- 111 Rosa Ana Alija Fernández, *La persecución como crimen de lesa humanidad*, ob. cit., p. 259 y 262.
- 112 *Ibíd.*, pp. 264 y 265. Además señala que el Tribunal Penal Internacional para Ruanda ha señalado que la noción de población civil no incluye a las personas que tienen el deber de mantener el orden público, p. 268 y cómo se discute si incluso los combatientes enemigos están incluidos en la noción de población civil. 267
- 113 Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, Caso Tadic, Decisión del 7 de mayo de 1997, primera instancia, párr 638.
- 114 Proyecto de Código de la Comisión de Derecho Internacional citado en Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, Caso Tadic, Decisión del 7 de mayo de 1997, primera instancia, párr 648, traducción no oficial. Tribunal Penal Internacional para Ruanda, caso Akayesu, Decisión del 2 septiembre de 1998, traducción no oficial.

u omisiones que deben estar vinculadas entre sí, con una finalidad o meta puntual sea explícita o que se infiera por el análisis coyuntural de las circunstancias históricas generales y el trasfondo político correspondiente, el contenido general del programa político, plasmado en los escritos y discursos de los autores y las autoras, la propaganda mediática, el establecimiento e implementación de estructuras militares autónomas, las ofensivas militares coordinadas y repetidas, o la escala de los actos violentos perpetrados, en particular asesinatos, violaciones, torturas y detenciones arbitrarias.

Lo generalizado implica que las violaciones de derechos humanos deben ser masivas, frecuentes, cometidas a gran escala realizadas colectivamente con una considerable gravedad, es decir, dirigidas contra una multiplicidad de víctimas.¹¹⁵ La perpetración de actos debe estar dirigida o tiene como objetivo varias víctimas, aunque éste no sea necesariamente el resultado y dichas tienen un efecto acumulativo que repercute en un número de personas mayor a las víctimas directas.

Además, es lo uno o lo otro, el carácter disyuntivo entre lo generalizado o lo sistemático es fundamental, con que se demuestra cualquiera de estos dos elementos el requisito se satisface. Se trata de dos criterios que se predicen del ataque en su conjunto y no del acto concreto.

El criterio de sistemacidad es un parámetro cualitativo que indica la existencia de un patrón o plan metódico, mientras que la generalidad es un criterio cuantitativo que hace referencia a la escala de los actos perpetrados y al número de víctimas. Con la inclusión de estos dos criterios se pretende enfatizar la naturaleza colectiva de los crímenes contra la humanidad de los que se excluyen los actos inhumanos aislados cometidos por un sujeto que actúa al margen del ataque.¹¹⁶

115 Tribunal Penal Internacional para Ruanda, caso Akayesu, Decisión del 2 de septiembre de 1998, traducción no oficial.

116 Rosa Ana Alija Fernández, *La persecución como crimen de lesa humanidad*, ob. cit., pp. 256 y 257.

4º. El acto se cometa con conocimiento de dicho ataque, implica que el autor represente el riesgo de que su conducta forme parte de un ataque de esas características; será suficiente demostrar que el autor representó la probabilidad de que ello ocurriera; además de la intención de cometer un crimen, el autor debe ser consciente del contexto en que cometió su acto, el cual puede ser deducido implícitamente de las circunstancias.¹¹⁷

Como se puede observar, son crímenes bien distintos los de guerra con los de lesa humanidad. Los primeros se deben dar en el contexto de un conflicto armado, los segundos pueden presentarse así no exista un conflicto armado. Los primeros no requieren ningún elemento de sistematicidad o generalidad mientras los segundos sí. Los primeros si tienen un desarrollo legal en Colombia mediante la consagración del Título II de la parte especial como “delitos contra personas o bienes protegidos por el derecho internacional humanitario” pero los segundos no. No existe hasta la fecha ningún tipo penal en Colombia que haga referencia a ataques contra la población civil de carácter generalizado o sistemático.¹¹⁸

117 Para un análisis de estos elementos véanse las dos primeras decisiones más emblemáticas de los tribunales penales internacionales: Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, *Caso Tadic*, Decisión del 7 de mayo de 1997, primera instancia; y Tribunal Penal Internacional para Ruanda, *Caso Akayesu*, Decisión del 2 septiembre de 1998. Así como el artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional y los elementos de los crímenes correspondientes a este artículo.

Otro análisis puede verse en el marco teórico del capítulo de violaciones de derechos humanos que constituyen crímenes de lesa humanidad en el Informe Final de la Comisión de la Verdad del Ecuador, *Sin verdad no hay justicia*, Tomo 2: crímenes de lesa humanidad, Quito, 2010, p. 327 y ss.

118 “La incorporación de la noción de crimen de lesa humanidad al ordenamiento jurídico colombiano ha sido tardía y polémica. De hecho, el actual Código Penal no contiene un capítulo específico al respecto; es más, algunos comportamientos que aparecen tipificados en la ley 599 de 2000, y que son calificados como crímenes de lesa humanidad en el Estatuto de Roma de la CPI, tal como sucede con la desaparición forzada, el desplazamiento forzado,

Todavía no hay en nuestro país un sistema penal que agrupe de manera coherente todos los crímenes y delitos internacionales.

Ante el vacío que ofrece el código penal colombiano de no contar con un tipo que obedezca a las características del crimen de lesa humanidad, eso no permite que un operador de justicia aplique el artículo 7º del Estatuto de la CPI que consagra los delitos de lesa humanidad a través de la invocación del artículo 93 constitucional que establece el bloque de constitucional.¹¹⁹ Las sanciones penales de los crímenes internacionales no son normas autoejecutivas (self – executing), es decir, que no pueden ser aplicadas de manera directa por operadores de justicia sin que el derecho interno las reglamente.¹²⁰ “... las normas que generan responsabilidad penal individual no son autoejecutivas o self executing por lo que requieren un proceso de implementación a nivel de los ordenamientos internos”.¹²¹ Lo que ha hecho la Corte Suprema es “deformar

el homicidio agravado, la tortura y la violación, no contienen los elementos de sistematicidad y generalización previstos en la normatividad internacional. Tampoco prevén tales tipos penales internos la existencia de un plan o de una política que hayan estado detrás de su comisión, en los términos del artículo 7º del Estatuto de Roma de la CPI. De allí que sea posible afirmar que el ordenamiento jurídico penal colombiano no tipifica todos los crímenes estipulados en el Estatuto de Roma (verbigracia, exterminio, *apartheid*, persecución de un grupo o colectividad con identidad propia, entre otros), en tanto que aquellos que sí lo están (verbigracia, desaparición forzada, tortura, violación, etcétera), no contienen los mismos elementos exigidos en el contexto internacional”. Alejandro Ramelli, Arteaga, *Jurisprudencia penal internacional aplicable en Colombia*, ob. cit., p. 262.

119 Por ejemplo como se sugiere en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 21 de septiembre de 2009, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez, p. 208 o en la sentencia del 8 de septiembre de 2010 de la sala penal del Tribunal Superior de Bogotá, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.

120 Sobre la naturaleza no autoejecutiva de las normas convencionales véase Fernando Pignatelli y Meca, *La sanción de los crímenes de guerra en el derecho español*, ob. cit., pp. 86 y ss.

121 Juan Pablo Pérez-León Acevedo, *La responsabilidad internacional del individuo por crímenes de guerra*, ob. cit., p. 100. Sobre La naturaleza de las

la cláusula de reenvío normativo consagrada en el artículo 93 de la Carta Política y darle un alcance jurídico al Estatuto de Roma que no tiene en el ámbito nacional”.¹²²

Si en la legislación penal colombiana existen unos tipos penales concretos para sancionar ciertas conductas delictivas no es comprensible que se acuda de manera directa a normas internacionales para investigar y juzgar esos hechos. El derecho penal internacional tiene carácter complementario de las jurisdicciones nacionales y en particular el Estatuto de la Corte Penal Internacional (art. 1º) y por eso no es razonable que se busque aplicar de manera directa ese instrumento internacional, máxime cuando existen otras normas que puedan ser aplicadas. Como ya se indicó, las sanciones penales de los crímenes internacionales no son normas autoejecutivas y no pueden ser aplicadas de manera directa por operadores de justicia sin que el derecho interno las incorpore. “[N]o se puede usar el bloque de inconstitucionalidad para imputar delitos”¹²³ y en esa medida se debe impedir el uso descontextualizado de los estándares internacionales.¹²⁴ En nuestro país no se pueden imputar delitos con base en el Estatuto de Roma¹²⁵ o de

normas autoejecutivas y no autoejecutivas puede verse también Elizabeth Salmón, *El derecho internacional humanitario y su relación con el derecho interno de los Estados*, Palestra, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2007, p. 84 y ss.

122 Juan Pablo Cardona, *Derechos de las víctimas y de los postulados: tensiones en el proceso de justicia y paz*, GIZ, Embajada de la República Federal de Alemania, Bogotá, 2012, p. 64.

123 Centro Internacional de Toledo para la Paz, *Observatorio internacional DDR – ley de justicia y paz, Segundo informe, noviembre 2009, Parte I, área de justicia, Fórmulas de imputación de conductas delictivas que constituyen crímenes internacionales en el ámbito de Justicia y Paz*, p. 58.

124 *Ibíd.*, p. 55 y 77.

125 Aunque el Estatuto de la CPI no obliga a los Estados a tipificar los crímenes que regula, si establece el deber estatal de cooperar con la CPI, y será en virtud de este deber que los Estados tipifiquen dichos crímenes, más aún

los estatutos de los tribunales internacionales, solo se pueden imputar delitos con base en el código penal.¹²⁶

Mucho menos puede servir de argumento la declaración que hizo Colombia consignada en el artículo 124 del Estatuto de la Corte Penal Internacional mediante la cual entre el 1º de noviembre de 2002 (fecha de entrada en vigor del Estatuto en Colombia) y el 31 de octubre de 2009, el Estado colombiano no aceptó la competencia de la Corte sobre los crímenes de guerra. Una cosa es la competencia de la Corte Penal Internacional frente a determinados crímenes y otra cosa es la obligación que tiene un Estado conforme al deber de garantía de investigar, juzgar y sancionar los delitos conforme a su legislación interna, máxime cuando se reitera que la competencia de la Corte Penal Internacional es complementaria. Por esta razón, tampoco puede pensarse en el argumento de adecuar algunos hechos delictivos como crímenes de lesa humanidad para que eventualmente puedan ser de competencia de la Corte Penal

teniendo en cuenta el principio de complementariedad. Véase Elizabeth Salmón, *El derecho internacional humanitario y su relación con el derecho interno de los Estados*, ob. cit., p. 244.

126 Sobre lo señalado en este párrafo véase un documento elaborado por el autor para el Programa Colombia del Centro Internacional para la Justicia Transicional en marzo de este año: “La aplicación del derecho internacional humanitario dentro del marco de la Ley de Justicia y Paz”, mimeo, marzo de 2010.

Véase también Alejandro Ramelli, Arteaga, *Jurisprudencia penal internacional aplicable en Colombia*, ob. cit., p. 295. Agrega el autor. “Una tercer tesis, la intermedia, apuntaría a que los fiscales y jueces penales colombianos pueden acudir, en cuanto valioso criterio relevante de interpretación, al artículo 7º del Estatuto de Roma de la CPI, con el propósito de contextualizar la comisión de determinados comportamientos, en especial, a efectos de: 1) lograr construir una verdad histórica; 2) buscar la puesta en marcha de mecanismos adecuados de reparación de las víctimas; 3) evitar que se cumplan las condiciones de admisibilidad de un caso ante la CPI (artículo 17 del Estatuto de Roma); 4) comprender la comisión de un determinado crimen dentro de su verdadero contexto, y no simplemente como un delito común; y 5) en últimas, combatir la impunidad en casos particularmente graves en términos de afrenta contra la dignidad humana”. Pp. 295 y 296 y sobre la ventaja de esta tesis véase pp 296 y 297.

Internacional y así evadir el obstáculo de la declaración del artículo 124 del Estatuto que formuló el Estado colombiano. No se deben tomar decisiones judiciales con base en suposiciones, máxime cuando existen posibilidades para encausar esas conductas con base en normas nacionales.

Como si fuera poco, llama la atención, por no decir otra cosa, la calificación que viene haciendo la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en varias de sus decisiones de calificar el concierto para delinquir agravado como crimen de lesa humanidad. Ni la mera pertenencia a un grupo al margen de la ley, ni la concertación para cometer crímenes de lesa humanidad como etapa previa a la tentativa, constituyen lesa humanidad en sí mismos.¹²⁷ Se comparte el salvamento de voto de la Sentencia C – 936 del 23 de noviembre de 2010 de la Corte Constitucional en la que se declara inexecutable el principio de oportunidad al desmovilizado de un grupo armado al margen de la ley, cuando critica la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y señala que la evolución de la categoría del crimen de lesa humanidad en el derecho penal internacional, no permite calificar el concierto para delinquir agravado como crimen de lesa humanidad.¹²⁸

El magistrado Humberto Sierra Porto ante la pregunta ¿Es el concierto para delinquir agravado un crimen *de lesa humanidad*? Concluye que “en el estado actual del (i) derecho internacional de los derechos humanos; (ii) el derecho internacional humanitario; y (iii) el derecho penal internacional, la asociación para delinquir (*conspiracy*), no es un crimen de lesa humanidad autónomo, sino una forma de participar en la comisión del mismo”. El único caso en el cual la simple asociación para cometer un delito internacional configura un crimen autónomo es el caso de genocidio. En este sentido es muy ilustrativa la sentencia del caso Musema del 27 de

127 Véase Andreas Forer, Claudia López Díaz, *Acerca de los crímenes de lesa humanidad y su aplicación en Colombia*, GTZ, Bogotá, 2010, pág. 33.

128 Véase Corte Constitucional, comunicado No. 59 del 23 de noviembre de 2010.

enero de 2000 del Tribunal Penal Internacional de Ruanda que es contundente en señalar que no se puede sancionar a una persona por haberse concertado para perpetrar un crimen internacional y luego ser sancionado además por la comisión de este.¹²⁹

Como su nombre lo indica, la calificación de “lesa humanidad” debe reservarse para conductas que verdaderamente sean contrarias a la dignidad humana. Como lo ha dicho el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, en el caso Erdemovic, “... el crimen contra la humanidad es reconocido como un crimen muy grave que choca la conciencia colectiva. ... cubre actos muy graves de violencia que lesionan al ser humano en lo que le es más esencial: su vida, su libertad, su integridad física, su salud, su dignidad. Se trata de actos inhumanos que por su amplitud o gravedad sobrepasan los límites tolerables por la comunidad internacional que debe reclamar su sanción. Pero los crímenes contra la humanidad trascienden también al individuo porque, al atacar al hombre, se ataca, se niega la humanidad. Es la identidad de la víctima, la humanidad, la que marca su especificidad”.¹³⁰ Por esa razón, la concertación para cometer un crimen no alcanza pues este umbral exigido por el derecho internacional.

6. LAS DIFERENCIAS ENTRE LOS CRÍMENES DE GUERRA Y EL GENOCIDIO

También el genocidio es un crimen diverso a los crímenes de guerra. Este se puede presentar dentro del contexto de un conflicto armado

129 Sobre este particular, en el que se traducen importantes apartes de la sentencia del caso Musema véase, Alejandro Ramelli, Arteaga, *Jurisprudencia penal internacional aplicable en Colombia*, ob. cit., pp. 539 a 547 y el salvamento de voto del mismo magistrado Sierra Porto. En el mismo sentido se pronuncia el magistrado Mauricio González Cuervo en otro salvamento de voto.

130 Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, en el caso Erdemovic, sentencia del 29 de noviembre de 1996, párr. 27 y 28.

o fuera de él y aunque eventualmente una persona pueda ser condenado por ambos delitos, son de naturaleza bien distinta. A continuación se presentan algunas consideraciones generales sobre el crimen de genocidio para establecer de manera clara su desemejanza con los crímenes de guerra.

El genocidio constituye el crimen de los crímenes porque pretende destruir la característica clave de la condición humana, que es la diversidad.¹³¹ El genocidio es un neologismo que se le debe al jurista Raphael Lemkin, que apareció por primera vez en su obra “El dominio del eje por la Europa ocupada”,¹³² que combina una raíz griega (*genus*, pueblo) y un verbo latino (*caedere*, cortar, matar). Este neologismo y la experiencia del Tribunal de Nuremberg llevaron a que se aprobara el 9 de diciembre de 1948, un día antes de la proclamación de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención para la prevención y castigo del delito de genocidio. El artículo 2º de ese instrumento, que contiene la definición, ha sido reproducido por el artículo 6º del Estatuto de Roma:

Se entiende por “genocidio” cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo;
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;

131 Hernando Valencia Villa, “El genocidio y los crímenes de lesa humanidad ante la nueva Corte Penal Internacional”, en Juan Antonio Yáñez – Barnuevo, *La justicia penal internacional, una perspectiva latinoamericana*, Madrid, Casa de América, 2001, p. 110.

132 Raphael Lemkin, *El dominio del eje en la Europa ocupada*, Prometeo Libros, Buenos Aires, 2008.

- d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Dentro de las características del crimen de genocidio, se tiene que es un delito internacional, cobijado por una norma de *ius cogens*, su prevención y castigo constituye una obligación *erga omnes*, permite la aplicación del principio de la jurisdicción universal y es imprescriptible.¹³³

El primer párrafo contiene el elemento subjetivo del crimen, lo que la doctrina denomina el “*mens rea*”, es decir, el elemento intencional y el segundo párrafo contiene el elemento objetivo, lo que la doctrina denomina el “*actus rea*”, es decir, los actos mediante los cuales se perpetra la conducta.

En relación con la intención de destruir, se establece que el propósito debe ser la destrucción del grupo como una entidad separada y distinta.¹³⁴ Aunque la destrucción no sea el objetivo principal, puede convertirse en el objetivo.¹³⁵ Se requiere un ataque intencional contra un grupo y la intención de participar en él o de llevarlo a cabo.¹³⁶ No es suficiente el saber que el crimen original probablemente resultaría en destrucción, la destrucción debe ser el objetivo.¹³⁷

133 Cristina Fernández – Pacheco Estrada, *El genocidio en el derecho penal internacional*, Universidad de Alicante, Tirant lo blanch, Valencia, 2011, pp. 50 a 63.

134 Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia, caso Blagojevic y Jokic, (Sala de Primera Instancia), 17 de enero de 2005, párr. 670.

135 Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia, caso Krstic, (Sala de Primera Instancia), 2 de agosto de 2001, párr. 572.

136 Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia, caso Jelusic, (Sala de Primera Instancia), 14 de diciembre de 1999, párr. 78.

137 Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia, caso Blagojevic y Jokic, (Sala de Primera Instancia), 17 de enero de 2005, párr. 656.

Debido a que la intención específica es la clave, no es necesario probar la destrucción real, total o parcial del grupo, aunque la destrucción real pueda constituir prueba de la intención específica.¹³⁸ Tampoco se requiere una prolongada premeditación.¹³⁹

Siempre debe pretenderse la destrucción física o biológica.¹⁴⁰ No se requiere que el perpetrador elija el método más eficiente de destrucción.¹⁴¹ Además, los actos que no causan la muerte están incluidos en la destrucción.¹⁴² El traslado forzoso puede ser parte de la destrucción o constituir un fundamento del cual inferir la intención de destruir.¹⁴³ La destrucción no se limita a civiles, puede incluir el personal militar detenido.¹⁴⁴ No se requiere probar la existencia de una política o plan alguno sobre la destrucción, pero puede ser un factor importante a demostrar.¹⁴⁵

La intención puede ser inferida¹⁴⁶ del contexto general, la perpetración de otros actos prohibidos sistemáticamente dirigidos contra el mismo grupo, la escala de las atrocidades cometidas, el

138 Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia, caso Brdjanin, (Sala de Primera Instancia), 1 de septiembre de 2004, párr. 697:

139 Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia, caso Krstic, (Sala de Primera Instancia), 2 de agosto de 2001, párr. 572.

140 Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia, El Fiscal vs. Krstic, Caso No. IT-98-33-A (Sala de Apelaciones), 19 de abril de 2004, párr. 25.

141 Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia, caso Krstic, (Sala de Apelaciones), 19 de abril de 2004, párr. 32.

142 Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia, caso Blagojevic y Jokic, (Sala de Primera Instancia), 17 de enero de 2005, párr. 662.

143 Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia, caso Krstic, (Sala de Apelaciones), 19 de abril de 2004, párr. 33.

144 *Ibíd.*, párr. 226.

145 Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia, caso Jelusic, (Sala de Apelaciones), 5 de julio de 2001, párr. 48.

146 Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia, caso Brdjanin, (Sala de Primera Instancia), 1 de septiembre de 2004, párr. 704.

ataque sistemático a víctimas por causa de su pertenencia a un grupo particular, o la repetición de actos discriminatorios y destructivos.¹⁴⁷ También puede ser inferida de la extensión de la destrucción actual, la existencia de un plan o una política genocida, la perpetración y/o repetición de otros actos destructivos o discriminatorios cometidos como parte del mismo patrón de conducta, las declaraciones del acusado¹⁴⁸ y de la prueba del estado mental para el acto original,¹⁴⁹ aún cuando las personas con esa intención no estén precisamente identificadas.¹⁵⁰

¿Es necesario tener la intención de eliminar una cantidad apreciable de miembros del grupo? ¿Sería suficiente tener la intención de eliminar algunos miembros importantes del grupo, por ejemplo de sus líderes? ¿Bastaría con tener la intención de eliminar una cantidad razonablemente grande de una parte del grupo?¹⁵¹

La intención debe ser destruir a una parte diferenciada de un grupo y no a personas aisladas dentro de él.¹⁵² Se requiere que se trate de una parte sustancial del grupo, es decir, un tamaño numérico importante o emblemático de la parte específica del grupo.¹⁵³ La evidencia de la destrucción del liderazgo puede demostrar la

147 Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia, caso Jelusic, (Sala de Apelaciones), 5 de julio de 2001, párr. 47.

148 Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia, caso Brdjanin, (Sala de Primera Instancia), 1 de septiembre de 2004, párrs. 971-989.

149 Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia, caso Krstic, (Sala de Apelaciones), 19 de abril de 2004, párr. 20.

150 *Ibíd.*, 34.

151 Kai Ambos, *Los crímenes del nuevo derecho penal internacional*, ob. cit., p. 46.

152 Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia, caso Brdjanin, (Sala de Primera Instancia), 1 de septiembre de 2004, párr. 700.

153 Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia, caso Krstic, (Sala de Apelaciones), 19 de abril de 2004, párrs. 12, 14.

intención de destruir parcialmente al grupo.¹⁵⁴ La destrucción también puede limitarse a una zona geográfica específica.¹⁵⁵

El grupo puede ser nacional, étnico, racial o religioso. El grupo puede ser definido como el “conjunto de individuos estable, identificable, unido por la existencia de una condición de naturaleza nacional, étnica, racial o religiosa, que conforma una unidad cohesionada e independiente o una parte sustancial de un grupo de estas características”.¹⁵⁶

Algunos criterios para la definición del grupo son de estabilidad, el subjetivo y de limitación.¹⁵⁷ Son rasgos del criterio de estabilidad la permanencia, la adscripción de miembros por nacimiento, la ausencia de adscripción voluntaria por compromiso individual, la condición de miembro no modificables y la gran dificultad en el abandono del grupo.¹⁵⁸ El criterio subjetivo” ... puede definirse como una pauta de interpretación del concepto de grupo que dota de relevancia a la percepción que los propios miembros tienen respecto a los contornos y a los criterios de atribución del grupo, así como a la que de estos aspectos pudiera tener el resto de la sociedad, entre la que pueden figurar los autores de los ataques”.¹⁵⁹ Y son criterios para la delimitación del grupo que el grupo debe ser lo suficientemente independiente y cohesionado que permite distinguirlo de otros grupos limítrofes, que se destruya ya sea una parte “sustancial” del grupo (criterio cuantitativo), se eliminen a los líderes del grupo (criterio cualitativo) o que se perpetre sobre

154 Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia, caso Brdjanin, (Sala de Primera Instancia), 1 de septiembre de 2004, párr. 703.

155 *Ibíd.*, párr. 703.

156 Cristina Fernández – Pacheco Estrada, *El genocidio en el derecho penal internacional*, ob. cit., p. 143.

157 *Ibíd.*, p. 144.

158 *Ibíd.*, p. 152.

159 *Ibíd.*, p. 166.

la parte del grupo que efectivamente se puede destruir, a la que se tiene acceso (criterio de oportunidad).¹⁶⁰

Un grupo nacional se define por el conjunto de personas que comparten un vínculo jurídico basado en una ciudadanía común, acompañado de reciprocidad de derechos y deberes.¹⁶¹ Se puede identificar “nacional” con origen nacional, lugar de origen o país de origen.¹⁶²

Un grupo étnico se define porque sus miembros comparten una lengua o cultura común.¹⁶³ Los grupos étnicos “están basados en valores culturales, caracterizados por un modo de vida, un modo de pensar y el mismo modo de ver la vida”.¹⁶⁴

Un grupo racial se basa en características físicas hereditarias normalmente identificadas a una región geográfica, independientemente de los factores lingüísticos, culturales, nacionales o religiosos.¹⁶⁵ El eje de la definición debe situarse en el carácter físico.¹⁶⁶

160 *Ibíd.*, pp. 174 a 186.

161 Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Sentencia de primera instancia contra Akayesu, 2 de septiembre de 1998, párr. 512 en Rafael Prieto Sanjuán, *Akayesu, el primer juicio internacional por Genocidio*, Pontificia Universidad Javeriana, Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá, 2006, p. 368.

162 Cristina Fernández – Pacheco Estrada, *El genocidio en el derecho penal internacional*, ob. cit., p. 222.

163 Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Sentencia de primera instancia contra Akayesu, 2 de septiembre de 1998, párr. 512 en Rafael Prieto Sanjuán, *Akayesu, el primer juicio internacional por Genocidio*, ob. cit., párr. 513, p. 368.

164 Doudou Thiam citado por Cristina Fernández – Pacheco Estrada, *El genocidio en el derecho penal internacional*, ob. cit., p. 227.

165 Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Sentencia de primera instancia contra Akayesu, 2 de septiembre de 1998, párr. 512 en Rafael Prieto Sanjuán, *Akayesu, el primer juicio internacional por Genocidio*, ob. cit., párr. 514, p. 368

166 Cristina Fernández – Pacheco Estrada, *El genocidio en el derecho penal internacional*, ob. cit., p. 231.

En el grupo religioso sus miembros comparten religión, confesión o práctica de culto.¹⁶⁷ El Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia ha dicho que es “cualquier comunidad religiosa unida por un mismo ideal religioso”.¹⁶⁸

La destrucción de la cultura y la identidad es insuficiente pero puede ser de ayuda para probar la intención de destruir.¹⁶⁹ El grupo protegido se evaluará caso por caso, aplicando criterios objetivos y subjetivos.¹⁷⁰ El grupo puede ser identificado mediante su estigmatización.¹⁷¹ El grupo puede no ser identificado con base en criterios negativos.¹⁷² Cuando más de un grupo es seleccionado como objetivo, hay que considerar cada grupo por separado.¹⁷³ Las víctimas deben ser seleccionadas como objetivo en función de su pertenencia a un grupo.¹⁷⁴ Es el grupo el que debe ser seleccionado como objetivo y no las personas específicas.¹⁷⁵

167 Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Sentencia de primera instancia contra Akayesu, 2 de septiembre de 1998, párr. 512 en Rafael Prieto Sanjuán, *Akayesu, el primer juicio internacional por Genocidio*, ob. cit., párr. 515, p. 369.

168 Citado por Cristina Fernández – Pacheco Estrada, *El genocidio en el derecho penal internacional*, ob. cit., p. 233.

169 Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia, caso Krstic, (Sala de Apelaciones), 19 de abril de 2004, párr. 25.

170 Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia, caso Blagojevic y Jokic, (Sala de Primera Instancia), 17 de enero de 2005, párr. 667.

171 Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia, caso Brdjanin, (Sala de Primera Instancia), 1 de septiembre de 2004, párr. 683.

172 *Ibíd.*, párr. 685.

173 *Ibíd.*, párr. 686.

174 Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia, caso Stakic, (Sala de Primera Instancia), 31 de julio de 2003, párr. 521.

175 Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia, caso Sikirica et al., (Sala de Primera Instancia), 3 de septiembre de 2001, párr. 89.

Este crimen no es aplicable a grupos políticos.¹⁷⁶ Es bien sabido que los grupos políticos estaban incluidos en el proyecto original de la Convención y fueron excluidos a iniciativa de los países socialistas con el argumento de que no eran fácilmente identificables y que su inclusión podía provocar intromisiones en los asuntos internos de los Estados. En realidad, se tenía que la sangrienta represión de la oposición interna que en aquel entonces tenía lugar en los regímenes del bloque soviético y en muchos Estados del Tercer Mundo fue tenida, con razón, como genocidio político. Esto no obsta para que en la legislación interna de los países se pueda consagrar, ya que la categoría existe en la doctrina internacional. Además en el Estatuto de la Corte Penal Internacional se incluyó como crimen de lesa humanidad, “la persecución a un grupo o colectividad con identidad fundada en motivos políticos” (art. 7.h) lo que reconoce la existencia de la conducta que pretenda exterminar un grupo por razones políticas.

Sobre la matanza de miembros del grupo, se establece que la expresión matanza es igual a asesinato.¹⁷⁷ La matanza debe ser de miembros del grupo protegido¹⁷⁸ y se requiere prueba del resultado.¹⁷⁹ Debe ser intencional pero no necesariamente premeditado.¹⁸⁰

El causar lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo incluye actos de tortura, trato inhumano o degradante, violencia sexual incluyendo violación, amenazas de

176 Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia, caso Jelusic, (Sala de Primera Instancia), 14 de diciembre de 1999, párr. 69.

177 Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia, caso Blagojevic y Jokic, (Sala de Primera Instancia), 17 de enero de 2005, párr. 642.

178 *Ibid.*, párr. 689.

179 Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia, caso Brdjanin, (Sala de Primera Instancia), 1 de septiembre de 2004, párr. 688.

180 Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia, caso Stakic, (Sala de Primera Instancia), 31 de julio de 2003, párr. 515.

muerte, deportación,¹⁸¹ lesiones graves a la salud, ya sea a los órganos externos, internos o a los sentidos.¹⁸² No se requiere que la lesión causada sea permanente o irremediable, pero debe causar incapacidad grave y de largo plazo; la lesión debe ser seria.¹⁸³ Debe determinarse caso por caso,¹⁸⁴ se requiere prueba de los resultados¹⁸⁵ y debe haber sido infringida intencionalmente.¹⁸⁶

El sometimiento intencional del grupo a condiciones de vida que den lugar a su destrucción física, total o parcial, cubre métodos de destrucción mediante los cuales el perpetrador no asesina de manera inmediata a los miembros del grupo.¹⁸⁷ Incluye actos tales como someter al grupo a una dieta de subsistencia, la expulsión sistemática de los hogares, trabajos o esfuerzos físicos excesivos y la denegación del derecho de servicios médicos.¹⁸⁸ No se requiere prueba de la destrucción física total o parcial.¹⁸⁹

La imposición de medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo, incluye actos como la mutilación sexual, la práctica de la esterilización, la utilización forzada de medios anticonceptivos, la separación de los sexos, la prohibición de los

181 Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia, caso Blagojevic y Jokic, (Sala de Primera Instancia), 17 de enero de 2005, párr. 646.

182 *Ibíd.*, párr. 645.

183 *Ibíd.*, párr. 645.

184 *Ibíd.*, párr. 646.

185 Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia, caso Brdjanin, (Sala de Primera Instancia), 1 de septiembre de 2004, párr. 688.

186 Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia, caso Blagojevic y Jokic, (Sala de Primera Instancia), 17 de enero de 2005, párr. 645.

187 Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia, caso Stakic, (Sala de Primera Instancia), 31 de julio de 2003, párr. 518.

188 Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia, caso Brdjanin, (Sala de Primera Instancia), 1 de septiembre de 2004, párr. 691.

189 *Ibíd.*, párr. 691.

matrimonios.¹⁹⁰ Estas medidas pueden ser mentales.¹⁹¹ Una mujer violada puede rehusarse a procrear.¹⁹²

En relación con el traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo, los elementos de los crímenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional, indican que “la expresión ‘por la fuerza’, no se limita a la fuerza física, sino que puede incluir la amenaza de la fuerza o la coacción, como la causada por el terror a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas o contra otra aprovechando su entorno de coacción”.

La complicidad en la comisión de genocidio es más amplia que sólo ayudar o alentar.¹⁹³ Su participación debe ser clave o significativa. Es alguien que se asocia al crimen cometido por otro. Se requiere demostrar la intención genocida para configurar la complicidad del genocidio¹⁹⁴ y se necesita la comisión de genocidio para tipificar complicidad en genocidio.¹⁹⁵ Se puede perseguir por complicidad aunque los perpetradores del genocidio no hayan

190 Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Sentencia de primera instancia contra Akayesu, 2 de septiembre de 1998, párr. 507 en Rafael Prieto Sanjuán, *Akayesu, el primer juicio internacional por Genocidio*, ob. cit., p. 367. Kai Ambos, *Los crímenes del nuevo derecho penal internacional*, ob. cit., p. 29.

191 Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Sentencia de primera instancia contra Akayesu, 2 de septiembre de 1998, párr. 508 en Rafael Prieto Sanjuán, *Akayesu, el primer juicio internacional por Genocidio*, ob. cit., p. 367.

192 *Ibíd.*

193 Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia, caso Blagojevic y Jokic, (Sala de Primera Instancia), 17 de enero de 2005, párr. 777.

194 Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia, caso Kristic, (Sala de Apelaciones), 19 de abril de 2004, para 142.

195 Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia, caso Blagojevic y Jokic, (Sala de Primera Instancia), 17 de enero de 2005, párr. 638.

sido juzgados o identificados.¹⁹⁶ No se puede ser condenado por ambos, genocidio y complicidad, por los mismos actos.¹⁹⁷

El Código penal colombiano estableció por primera vez el genocidio a partir de la ley 589 de 2000, texto que de manera idéntica fue retomado por la ley 599 de 2000:

Artículo 101. Genocidio. El que con el propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o político [*que actúe dentro del marco de la ley*], por razón de su pertenencia al mismo, ocasionare la muerte de sus miembros, incurrirá en prisión de...

La pena será de prisión de ... cuando con el mismo propósito se cometiere cualquiera de los siguientes actos: Lesión grave a la integridad física o mental de miembros del grupo. Embarazo forzoso. Sometimiento de los miembros de grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial. Tomar medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo. Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

La expresión entre corchetes e itálicas “que actúe dentro de la ley”, fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C – 177 del 14 de febrero de 2001, por considerarla contraria a principios y valores protegidos por la Constitución como son la vida, la integridad y la igualdad. Dijo la Corte que estos valores y principios fundamentales no admiten distinciones de sujetos ni diferenciaciones en el grado de protección que se concede a esos derechos.

Dos diferencias sustantivas tiene el tipo penal colombiano con el crimen internacional. Uno, que se incluye como otro grupo que puede ser destruido, un grupo “político” y dos, que incorpora el “embarazo forzoso” como otro de los actos objetivos mediante los cuales se puede perpetrar. Sobre la primera novedad, se debe

196 Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia, caso Brdjanin, (Sala de Primera Instancia), 1 de septiembre de 2004, párr. 728

197 *Ibíd.*, párr. 728.

precisar que esta inclusión de grupo político fue respaldada por la Corte Constitucional en la providencia citada en el párrafo anterior, en valores y principios como “la convivencia, la paz y el respeto irrestricto a la vida”, que tienen respaldo constitucional. Sobre la segunda novedad, como se verá más adelante,¹⁹⁸ no tiene fundamento internacional, puesto que el embarazo forzoso es considerado un crimen de guerra o de lesa humanidad y no un acto mediante los cuales se puede perpetrar el crimen de genocidio. Además, el tipo penal consagra una pena mayor cuando el delito se comete mediante homicidio, y otra pena menor cuando se incurre en las demás conductas constitutivas de genocidio, dosificación punitiva que no riñe con los estándares internacionales sobre genocidio, como lo estableció la Corte Constitucional en su sentencia C – 488 de 2009.

En la Sentencia C-148 de 2005 la Corte resolvió, entre otras, una demanda de inconstitucionalidad contra la expresión “grave”, con la cual se califica la lesión a la integridad física o mental de miembros del grupo, palabra que fue declarada exequible puesto que coincide con la Convención para prevenir y sancionar ese delito, así como con el artículo 6º del Estatuto de Roma. En la sentencia C – 291 de 2007, la Corte Constitucional señaló que “la prohibición absoluta de genocidio en el curso de un conflicto armado (...) tiene indubitablemente el rango de *ius cogens*” y en la sentencia C – 488 de 2009 estableció que tanto la Convención del año 1948 como el artículo 6º del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que coincide con aquélla, se incorporan al bloque de constitucionalidad. En ésta última decisión la Corte declaró exequible la expresión “por razón de su pertenencia al mismo”, por representar un ingrediente normativo subjetivo cual es el dolo especial, que reafirma la esencia de tipo penal de genocidio según los instrumentos de derecho internacional.

198 Véase infra pp. 524 y 525.

Tal como se desprende del crimen internacional como del tipo nacional, el genocidio es un crimen muy particular que debe ser reservado pues a conductas que cumplan con los elementos subjetivos y objetivos señalados. Las diferencias con los crímenes de guerra y lesa humanidad son demasiado claras y no pueden llevar a ninguna confusión.

7. LOS DELITOS CONTRA LAS PERSONAS Y BIENES PROTEGIDOS POR EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO DEL CÓDIGO PENAL

La obligación primaria de sancionar las transgresiones al derecho humanitario está en cabeza de los Estados. Como se indicó, las sanciones penales son responsabilidad de los Estados.¹⁹⁹ 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 algunas alusiones que traía legislación penal militar.²⁰⁰ Incluso las pocas menciones de las autoridades judiciales sobre el derecho humanitario no solo eran muy excepcionales sino que eran pobres desde el punto de vista interpretativo y de su propia aplicación, ya que no existía una preocupación de los operadores judiciales por fundamentar sus decisiones de casos vinculados con el conflicto armado en el derecho internacional humanitario.²⁰¹

199 Véase infra p.

200 Véase Alejandro Valencia Villa, *La Humanización de la guerra: Derecho internacional humanitario y conflicto armado en Colombia*, Tercer Mundo Editores y Ediciones Uniandes, Bogotá, segunda edición febrero de 1992, p. 167 y ss. Alejandro Valencia Villa, *Derecho humanitario para Colombia*, ob. cit., p. 213 a 216 y Alejandro Valencia Villa, *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, Bogotá, 2007 pp. 322 a 328.

201 Una selección de extractos de algunas decisiones tanto anteriores como posteriores a la entrada en vigencia de la ley 599 de 2000 puede verse en

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. 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.²⁰²

“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”.²⁰³ Aunque hace más de doce años se encuentran en vigor estos artículos, solo en el último lustro se están aplicando

el capítulo II del libro *La protección de los derechos humanos a través de la jurisprudencia penal*, Corte Suprema de Justicia, Centro Internacional para la Justicia Internacional, Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2008, p. 181 y ss.

202 Presentado el 4 de agosto de 1998, en *Gaceta del Congreso*, No. 139 del 6 de agosto de 1998, pp. 9-10.

203 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.

un poco más, ya que la regla general ha sido un gran déficit de persecución penal en lo que atañe a estos delitos,²⁰⁴ lo que resulta paradójico en un país como Colombia que tiene en la actualidad el único conflicto armado del continente. A continuación se presentan los tipos contemplados por el Código Penal en esta materia, sin señalar los años ni los montos de las penas.

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 [...], multa de [...], e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de [...].

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.

204 Un análisis de este déficit de persecución penal en los primeros años de vigencia de la ley 599 de 2000 puede verse en Alejandro Aponte “Colombia”, en Ambos, Kai y Malarino, Ezequiel (Eds.), *Jurisprudencia Latinoamericana sobre derecho penal internacional*, Temis, Fundación Konrad-Adenauer, Bogotá, 2008, p. 188 y ss.

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 humanitario, incurrirá en las sanciones previstas para el delito de lesiones personales, incrementada hasta en una tercera parte.

Artículo 137. Tortura en persona protegida. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, inflija a una persona dolores o sufrimientos graves, 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 [...], multa de [...], e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de [...].

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 [...] y multa de [...].

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 [...] y multa de [...].

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.

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 [...] y multa de [...].

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 [...], multa de [...], e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de [...].

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 [...] y multa de [...].

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 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 [...], multa de [...], e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de [...].

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 [...], multa de [...], e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de [...].

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 [...], multa de [...], e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de [...].

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 [...], multa de [...], e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de [...].

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 a la otra parte, o la utilice como defensa, incurrirá en prisión de [...], multa de [...], e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de [...].

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 [...] y multa de [...].

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 [...] y multa de [...].

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 [...] y multa de [...].

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, omite las medidas de socorro y asistencia humanitarias a favor de las personas protegidas, incurrirá en prisión de [...] y multa de [...].

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 [...] y multa de [...].

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 [...] y multa de [...].

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 [...] y multa de [...].

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, debidamente señalados con los signos convencionales, o utilice tales bienes en apoyo del esfuerzo militar, incurrirá en prisión de [...] y multa de [...].

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, debidamente señalados con los signos convencionales, incurrirá en prisión de [...], multa de [...], e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de [...].

Si del ataque se deriva la liberación de fuerzas con pérdidas o daños en bienes o elementos importantes para la subsistencia de la población civil, la pena será de [...] de prisión, multa de [...], e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de [...].

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 [...] y multa de [...].

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 forzosamente de su sitio de asentamiento a la población civil, incurrirá en prisión de [...], multa de [...], e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de [...].

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 [...] y multa de [...].

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 [...] y multa de [...].

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 [...] y multa de [...].

Artículo 163. Exacción o contribuciones arbitrarias. El que, con ocasión y en desarrollo de un conflicto armado, imponga contribuciones arbitrarias incurrirá en prisión de [...] y multa de [...].

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 [...], multa de [...], e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de [...].

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.

De los tipos penales transcritos se pueden señalar las siguientes características generales:²⁰⁵

205 Agradezco a todos jueces y fiscales que he tenido como alumnos desde el año 2000 en múltiples talleres sobre este título II de la parte especial del código penal colombiano, ya que me han permitido desarrollar y precisar las diferentes características generales de estos tipos penales

1º. Se puede sostener que la característica de estos delitos es que son de tipo abierto o en blanco, ya que para entender la mayoría de los ingredientes normativos de contenido jurídico de los diferentes delitos se debe acudir al derecho internacional humanitario. Todos los tipos tienen expresiones propias del derecho internacional humanitario²⁰⁶ y un ingrediente normativo estructural

206 Las expresiones propias del derecho humanitario de estos artículos son las siguientes: Artículo 135. Homicidio en persona protegida: "...persona protegida conforme a los convenios internacionales sobre derecho humanitario ratificados por Colombia, ...". "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. "... persona protegida conforme al derecho internacional humanitario, ...". Artículo 138. Acceso carnal violento en persona protegida: "...persona protegida...". Artículo 139. Actos sexuales violentos en persona protegida: "...persona protegida...". Artículo 141. Prostitución forzada o esclavitud sexual. "... persona protegida ...". Artículo 142. Utilización de medios y métodos de guerra ilícitos: "... utilice medios o métodos de guerra prohibidos o destinados a causar sufrimientos o pérdidas innecesarios o males superfluos...". Artículo 143. Perfidia: "... 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, ...". "...con la misma finalidad, utilice uniformes del adversario". Artículo 144. Actos de terrorismo: "... 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, ...”. Artículo 145. Actos de barbarie: “... 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 ...”. Artículo 146. Tratos inhumanos y degradantes y experimentos biológicos en persona protegida: “... 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...”. Artículo 147. Actos de discriminación racial: “... 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, ...”. Artículo 148. Toma de rehenes: “... prive a una persona de su libertad condicionando ésta o su seguridad a la satisfacción de exigencias formuladas, o la utilice como defensa, ...”. Artículo 149. Detención ilegal y privación del debido proceso: “... prive ilegalmente de su libertad a una persona y la sustraiga de su derecho a ser juzgada de manera legítima e imparcial, ...”. Artículo 150. Constreñimiento a apoyo bélico: “... constriña a persona protegida a servir de cualquier forma en las fuerzas armadas de la parte adversa ...”. Artículo 151. Despojo en el campo de batalla: “... despoje de sus efectos a un cadáver o a persona protegida, ...”. Artículo 152. Omisión de medidas de socorro y asistencia humanitaria: “... estando obligado a prestarlas, omita las medidas de socorro y asistencia humanitarias a favor de las personas protegidas, ...”. Artículo 153. Obstaculización de tareas sanitarias y humanitarias: “... 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, ...”. “Si para impedir las u obstaculizarlas se emplea violencia contra los dispositivos, los medios o las personas que las ejecutan, ...”. Artículo 154. Destrucción y apropiación de bienes protegidos: “ ... 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, ...”. “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

de cada uno de los tipos es la expresión “con ocasión y desarrollo del conflicto armado”, ingrediente normativo especial objetivo que será explicado más adelante. Las valoraciones jurídicas de dichos conceptos se encuentran fuera de los tipos penales y no pueden deducirse de ningún juicio de experiencia. Son tipos en blanco al

instalaciones de carácter sanitario. “... 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 ...”. Artículo 156. Destrucción o utilización ilícita de bienes culturales y de lugares de culto: “... 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, ...”. Artículo 157. Ataque contra obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas: “... 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, ...”. “Si del ataque se deriva la liberación de fuerzas con pérdidas o daños en bienes o elementos importantes para la subsistencia de la población civil, ...”. Artículo 158. Represalias: “... haga objeto de represalias o de actos de hostilidades a personas o bienes protegidos, ...”. Artículo 159. Deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil: “... y sin que medie justificación militar, deporte, expulse, traslade o desplace forzosamente de su sitio de asentamiento a la población civil, ...”. Artículo 160. Atentados a la subsistencia y devastación: “... ataque, inutilice, dañe, retenga o se apodere de bienes o elementos indispensables para la subsistencia de la población civil, ...”. Artículo 161. Omisión de medidas de protección a la población civil: “... estando obligado a hacerlo, omita la adopción de medidas para la protección de la población civil, ...”. Artículo 162. Reclutamiento ilícito: “... reclute menores de dieciocho (18) años o los obligue a participar directa o indirectamente en las hostilidades o en acciones armadas, ...”. Artículo 164. Destrucción del medio ambiente: “... emplee métodos o medios concebidos para causar daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural, ...”. Sobre el sentido de estas expresiones véase Alejandro Valencia Villa, Derecho internacional humanitario, ob. cit., pp. 342 y ss.

ser normas penales incompletas, puesto que las conductas o las consecuencias jurídicas no se encuentran expresamente previstas, debiéndose acudir para su integración a otra norma distinta, en este caso, las fuentes del derecho internacional humanitario.²⁰⁷

Incluso para interpretar otros ingredientes normativos de contenido jurídico, se puede acudir también al derecho internacional de los derechos humanos. Por ejemplo, las nociones de tortura y discriminación racial están lo suficientemente desarrollados por los sistemas internacionales de protección de derechos humanos y se puede acudir a las fuentes de éstos para comprender de manera más acorde expresiones de los artículos 137 y 147.²⁰⁸

207 Véase Fernando Pignatelli y Meca, *La Sanción de los crímenes de guerra en el derecho español*, ob. cit., p. 113.

208 Sería el caso de las expresiones “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”, del artículo 137 que es muy similar a la definición de tortura de instrumentos internacionales de derechos humanos. Para la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes de 1984, “se entenderá por el término “tortura” todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin 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, ...” (artículo 1.1). Para la Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura de 1985 “se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. ...” (artículo 2).

Otro ejemplo son las expresiones “prácticas de segregación racial o ejerza tratos inhumanos o degradantes basados en otras disposiciones de carácter desfavorable que entrañen ultraje contra la dignidad personal” del artículo 147, ya que el tema de la discriminación racial está lo suficientemente desarrollado por el derecho internacional de los derechos humanos.

2º. Los 29 artículos del Título II de la parte especial del código penal colombiano sólo tipifican actos contrarios al *ius in bellum*, que no es otra cosa que el derecho internacional humanitario propiamente dicho. En este Título y en ninguna otra parte del código penal se consagran delitos contrarios al *ius ad bellum* o derecho a la guerra. Esta tradición normativa establece en qué situaciones es lícito o no el uso de la fuerza para lo cual históricamente se ha fundamentado en diversas concepciones de la guerra.²⁰⁹ Los denominados crímenes contra la paz, según la expresión acuñada por el Tribunal de Nuremberg, que no es otra cosa que el crimen de agresión, como lo denomina el Estatuto de la Corte Penal Internacional,²¹⁰ no tienen un desarrollo normativo en la legislación penal colombiana.²¹¹

209 Véase supra p. 29 y ss.

210 El actual crimen de agresión está consagrado en el artículo 8 bis del Estatuto de Roma y fue adoptado en la primera Conferencia de Revisión del Estatuto celebrada en Uganda en el 2010 y tuvo como punto de partida la Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1974, y en ese contexto convino en calificar como agresión un crimen cometido por un líder político o militar que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas.

211 En el mismo sentido el código penal español, Véase Fernando Pignatelli y Meca, *La Sanción de los crímenes de guerra en el derecho español*, ob. cit., p. 119 y ss.

Los tipos penales del Título XVII de la parte especial del código sobre delitos contra la existencia y seguridad del Estado no corresponden con el crimen de agresión, puesto que sancionan conductas es precisamente contra la existencia y seguridad del Estado colombiano (como son los de traición a la patria del Capítulo I) y no sancionan a una persona cuando estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, ordena o participa activamente en la planificación, preparación, iniciación o realización de un acto de agresión o ataque armado, como, en particular, una guerra de agresión o un acto que tenga por objetivo o por resultado establecer una ocupación militar de la totalidad o parte del territorio de otro Estado o anexionar la totalidad o parte del territorio de otro Estado.

3º. Aunque de manera aparente, la numeración consecutiva de los artículos del Título II de la parte especial sigue el orden lógico de agrupamiento de los instrumentos internacionales de derecho humanitario (ataques a la vida, integridad, empleo de medios y métodos de combate, infracciones graves contra personas protegidas, ataques contra bienes),²¹² y permiten sancionar las infracciones graves o crímenes de guerra consagradas en los instrumentos convencionales,²¹³ no todos los delitos contra el derecho internacional humanitario se encuentran en ese Título.

En el Título XII sobre los delitos contra la seguridad pública, su artículo 367 tipifica como delito la fabricación, importación, tráfico, posesión y uso de armas químicas, biológicas y nucleares; 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.

Incluso otras prohibiciones del derecho humanitario tampoco están en el Título II de la parte especial como es el caso de la desaparición forzada de personas, una típica violación de derechos humanos considera crimen de lesa humanidad, aparece tipificada en el artículo 165 bajo el Título III delitos contra la libertad individual y otras garantías.²¹⁴

212 *Ibíd.*, pp. 128 y 129.

213 Artículos 50 del Convenio I de 1949, 51 del Convenio II de 1949, 130 del Convenio III de 1949, 147 del Convenio IV de 1949; artículos 11, 85 y 86 del Protocolo I de 1977 y artículo 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

214 La desaparición forzada, no está considerada en el derecho convencional como una infracción grave ni como un crimen de guerra; no aparece prohibida por los Convenios de Ginebra de 1949 ni por sus Protocolos adicionales de 1997, ni es considerada un crimen de guerra por los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales ni de la Corte Penal Internacional.

4º. 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.²¹⁵ Aunque no se diferencia el tipo de conflictos armados, sólo serán susceptibles de ser sancionados los hechos que se cometan con ocasión y desarrollo de un conflicto armado internacional o interno que tenga como escenario el territorio colombiano (art. 14 del Código Penal); el conflicto armado tiene que ocurrir en el territorio nacional, independientemente que los autores sean colombianos o extranjeros.²¹⁶

5º. El umbral de gravedad no es un elemento estructural de los tipos penales. El Código Penal no utiliza la palabra “grave” para

Sin embargo, en el derecho humanitario consuetudinario si se estipula que es una práctica prohibida tanto para los conflictos armados internacionales como no internacionales (norma 98). Jean –Marie Henkaerts, Louise Doswald – Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob. cit., pp. 388 a 392. Véase también Isabel Albaladejo Escribano, *La desaparición forzada de personas en Colombia*, Guía de normas, mecanismos y procedimientos, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2009, pp. 29 a 31.

215 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.

Bélgica fue el primer Estado que a través de una ley en 1993 (modificado en 1999), erigió como crímenes de guerra ciertas violaciones graves del derecho humanitario cometidas en el contexto de un conflicto armado no internacional. En Juan Pablo Pérez-León Acevedo, *La responsabilidad internacional del individuo por crímenes de guerra*, ob. cit., p. 466.

216 Para esta interpretación en el caso español, véase Fernando Pignatelli y Meca, *La sanción de los crímenes de guerra en el derecho español*, ob. cit., pp. 83 y 84.

calificar los delitos,²¹⁷ 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 legislaciones²¹⁸ 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.

6º. El delito no tiene que haber sido planeado o apoyado por una política.²¹⁹ Ninguno de los tipos exige que estos se deban cometer “como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes”, como lo establece el artículo 8.1 del Estatuto de la Corte penal Internacional. Además en el artículo 8.1 se antepone la expresión “en particular”, para señalar como ya se indicó,²²⁰ que esto no es un prerequisite sino una directiva. Este elemento de contexto es sólo un indicio de tipicidad, ya que hasta el Estatuto de Roma era desconocido en el derecho humanitario puesto que ha sido tomado del concepto de crímenes

217 Incluso, la palabra “grave” que aparece en el tipo penal de tortura de este Título fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C – 148/05 con ponencia del Magistrado Alvaro Tafur Galvis.

218 Argentina, Bélgica, Canadá, Dinamarca, España, Finlandia, Noruega, Países Bajos, Suiza, en 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”, en Valladares, Gabriel Pablo (Compilador.), *Lecciones y ensayos, derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 421.

219 “La Sala de Primera Instancia recuerda que para que exista el nexo requerido, los crímenes no tienen que haber sido planeados ni apoyados por algún tipo de política”. Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso Halilovic, (Sala de Primera Instancia), 16 de noviembre de 2005, párr. 724. Ver también el párr. 29 del mismo caso.

220 Véase supra p. 357.

de lesa humanidad.²²¹ Los crímenes de lesa humanidad exigen la existencia de un plan o una política para calificarlos de sistemáticos o que sean a gran escala para que sean generalizados. Un acto aislado o esporádico de violencia que no obedezca a un plan o una política o que no sea a gran escala no puede ser crimen de lesa humanidad pero si puede ser crimen de guerra siempre y cuando se encuentre vinculado con el conflicto armado.²²² Al respecto, la Sala de Segunda Instancia del Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia, en el asunto “Fiscalía vs. Kunarac y otros”, mediante fallo del 2 de junio de 2002, consideró que “los crímenes de guerra se diferencian de las infracciones de derecho interno por el contexto en el cual son perpetrados: el conflicto armado. El crimen de guerra no necesariamente es un acto planificado o el fruto de una determinada política”.²²³

7º. 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 coautor, al determinador 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 para denominar a quienes

221 Kai Ambos, *Conceptos básicos del derecho internacional humanitario y el nuevo crimen de agresión*, ob. cit., pp. 37 y 38.

222 “[N]o hay razón por la que un acto aislado único, no pudiera constituir una violación a las leyes y costumbres de la guerra, cuando se ha establecido el nexo requerido”. Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso Halilovic, (Sala de Primera Instancia), 16 de noviembre de 2005, párr. 724. Sobre el particular véase a Alejandro Ramelli, Arteaga, *Jurisprudencia penal internacional aplicable en Colombia*, ob. cit., pp. 365 y 366.

223 Citado por Alejandro Ramelli, Arteaga, *Jurisprudencia penal internacional aplicable en Colombia*, ob. cit., p. 260 nota de pie de página 295.

participan directa e inmediatamente en las hostilidades y que, por tanto, son llamados a transgredir 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 Representantes el 14 de diciembre de 1999,²²⁴ fue motivo de objeciones presidenciales por inconveniencia. Estas fueron 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 1977, 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

224 *Gaceta del Congreso*, No. 569 del 22 de diciembre de 1999.

conflictos armados sin carácter internacional, según la precisión del artículo 1º, para desarrollar y complementar el artículo 3º común a los Convenios de Ginebra 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”.²²⁵

Frente a la objeción presidencial se presentó la siguiente propuesta:

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

225 *Gaceta del Congreso*, No. 65 del 17 de marzo de 2000, pp. 10-11.

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.²²⁶

226 Acta de Plenaria No. 22 de la Sesión Ordinaria del día miércoles 31 de mayo de 2000, en *Gaceta del Congreso*, No. 194 del 9 de junio de 2000, pp. 20-22.

Esta última propuesta no fue de recibo, y se le recomendó al Congreso que estableciera un sujeto activo indeterminado. Por ejemplo, “[l]a delegación del CICR tuvo la oportunidad de reunirse con el vicesfiscal 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)”.²²⁷ “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”.²²⁸ 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 párrafo del artículo 135, cuando menciona las personas protegidas,²²⁹ 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”. Se comparte el salvamento de voto del magistrado Jaime Araújo Rentería que abogaba por su inconstitucionalidad.²³⁰

227 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.

228 Yves Sandoz, “El medio siglo de los Convenios de Ginebra”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, No. 150, junio de 1999, Ginebra, pp. 152-153.

229 Véase supra p. 167 y ss.

230 Un aparte del salvamento de voto dice: “El numeral 6 (del artículo 135 de la ley 599 de 2000) no incluye a los miembros de los grupos armados ilegales que participan en las hostilidades. Asimismo es de advertir que dicha expresión no puede entenderse como si quienes enfrentan al gobierno no debieran ser tratados de manera humanitaria. Si la intención es que se proteja a todos, combatientes y hostiles, la inexequibilidad del término demandado es la

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 desconocer el derecho humanitario son quienes participan directamente en las hostilidades.²³¹ Es necesario observar lo señalado en el Capítulo I sobre los alcances de esta expresión.²³² 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”.²³³

8º. El carácter monosubjetivo e indeterminado del sujeto activo permite que se puedan imputar conductas al superior. Las fórmulas más viables de cómo imputar crímenes de los subordinados al

fórmula que tendría dicho efecto. La dificultad de la norma consiste en que puede entenderse en un sentido restrictivo, cuando de acuerdo del bloque de constitucionalidad, ello no es así. Por ello para el suscrito magistrado, la decisión más clara es la inexequibilidad, pues cobijaría tanto a quienes combatieron como a quienes dejaron de hacerlo”.

231 “[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.

232 Véase supra p. 175 y ss.

233 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.

dirigente²³⁴ son las de la responsabilidad del comando o superior, la autoría mediata y la empresa criminal conjunta.

La responsabilidad del superior se aplicó por primera vez en el Tribunal de Nuremberg y está consagrada en los artículos 86 y 87 del Protocolo I de 1977 y en el artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Con base en los artículos 217 constitucional y 25 del código penal, es posible establecer la responsabilidad del superior por su posición de garante. Tanto la Corte Constitucional²³⁵ como la Corte Suprema de Justicia²³⁶ han aplicado esta teoría en algunas decisiones. El único tipo penal del Título II de la parte especial que establece de manera expresa la responsabilidad del superior es el artículo 144 sobre actos de terrorismo que tiene como uno de sus verbos rectores, el ordenar.

Además, nada impide aplicar el artículo 29 del código penal para que se puedan establecer los elementos de autoría mediata por dominio de la voluntad a través de los aparatos organizados de poder.²³⁷ En una decisión de justicia y paz, la Corte Suprema de

234 Para consultar la aplicación de estas teorías de responsabilidad en el derecho comparado, véase Kai Ambos, (coordinador), *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente*, GTZ, Editorial Temis, Bogotá, 2008. Desde el punto de vista del derecho penal internacional véase Kai Ambos, *¿Cómo imputar a los superiores crímenes de los subordinados en el Derecho penal internacional? Fundamentos y formas*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008.

235 Véase por ejemplo la sentencia de la Corte Constitucional S.U. 1184 de 2001, Magistrado ponente Eduardo Montealegre Lynnet, en la que se subraya que omitir el deber de respeto y de garantía constituye una flagrante violación de “la posición de garante” que tienen los agentes del Estado.

236 Corte Suprema de Justicia, radicado 24448 del 12 de septiembre de 2007, magistrado ponente Augusto Ibáñez Guzmán, desarrolla estos aspectos de posición de garante o deber de garantía. Véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *La protección de los derechos humanos a través de la jurisprudencia penal*, Corte Suprema de Justicia, ob. cit., p. 362 y ss.

237 Véase Claudia López Díaz “Capítulo VI. El caso Colombiano”, en Kai Ambos (coordinador), *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente*, ob.

Justicia, haciendo referencia acerca de por qué los comandantes responden por todos los hechos en razón de la estructura piramidal del grupo, cita otro fallo de la misma corporación del 2 de septiembre de 2009, "... en el que se concluyó que en materia de justicia transicional, para el caso colombiano, es viable la aplicación de la teoría de 'la concurrencia de personas en el delito y los aparatos organizados de poder', 'autoría mediata en aparatos organizados de poder con instrumento fungible pero responsable' o 'autor tras el autor'."²³⁸ Otra providencia en donde se aplica el concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder es la sentencia del 23 de febrero de 2010 de la Corte Suprema de Justicia, contra el senador Álvaro Alfonso García Romero, cofundador del grupo paramilitar "Frente Héroes de los Montes de María".²³⁹ También la sentencia de la sala penal del Tribunal Superior de Bogotá del 30 de enero de 2012 que condena al coronel (r) Alfonso Plazas

cit., pp. 153 y ss. Una decisión que presenta de manera muy clara la teoría de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados es la sentencia del 7 de abril de 2009 de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, expediente A.V. 19 – 2001, casos Barrios Altos, La Cantuta y sótanos SIE. Una crítica a esta providencia puede verse en Kai Ambos, Ivan Meini (editores), *La autoría mediata*, el caso Fujimori, Ara Editores, Lima, 2010. También sobre este tema véase Héctor Olásolo Alonso, "la aplicación de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder por los tribunales penales internacionales: desde el caso Stakic hasta el caso Omar Al Bashir", en Héctor Olásolo Alonso, *Ensayos de derecho penal y procesal internacional*, Instituto Iberoamericano de La Haya, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp.159 y ss.

238 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 21 de septiembre de 2009, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez, pp. 122 y 123.

239 Véase Héctor Olásolo Alonso, "La aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder en América Latina y España: desde el juicio a las juntas militares argentinas hasta los casos contra Abimael Guzmán, Alberto Fujimori y los líderes políticos colombianos vinculados al paramilitarismo", en Héctor Olásolo Alonso, *Ensayos de derecho penal y procesal internacional*, ob. cit., pp. 193 y ss.

Vega en el caso de los hechos del Palacio de Justicia ocurridos el 6 y 7 de noviembre de 1985, se fundamenta en esta teoría.

La única teoría de responsabilidad penal individual que no tiene una regulación expresa en el código penal colombiano es la de la empresa criminal conjunta. Esta se aplica en casos donde el responsable no ayudó, incitó o participó necesariamente en la comisión de un crimen pero contribuyó, de cualquier otro modo, a que dicho crimen fuera cometido. Esta teoría busca extender la responsabilidad a todos los miembros de un grupo criminal respecto de los delitos directamente cometidos por dicho grupo y también respecto de aquellos delitos cometidos por cualquier miembro de él, siempre y cuando tales acciones fueran previsibles y el individuo supiese que tales acciones le involucrarían en las actividades de la empresa criminal.²⁴⁰

De hecho, el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia recoge tres tipos de responsabilidad por incurrir en empresa criminal conjunta.²⁴¹ En el primero todos los miembros de la empresa comparten un objetivo común; los elementos son, (1) la existencia de un plan común para cometer un delito (2) que el imputado participe voluntariamente en parte del plan y (3) que el imputado asista en la comisión del delito aún cuando no esté directamente involucrado en su ejecución final.²⁴² El segundo par-

240 Esta forma de responsabilidad fue reconocida por el Tribunal Internacional de Núremberg en el juicio de Almelo, juicio de Otto Sandrock y tres otros militares Britannic's en el juicio de Crímenes de Guerra en I Law Reports of Trials of War Criminals, supra note 142, at 35, 40; Ver además, Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso Tadic, sentencia del 15 de julio de 1999, párr. 210 y sentencia del 7 de mayo de 1997, párr. 188.

241 Sobre la aplicación de esta teoría por parte de este Tribunal véase Héctor Olásolo Alonso, "Reflexiones sobre la doctrina de la empresa criminal común en derecho penal internacional", en Héctor Olásolo Alonso, *Ensayos de derecho penal y procesal internacional*, ob. cit., pp. 211 y ss.

242 Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso Tadic, sentencia del 15 de julio de 1999, párr. 196.

te de un “sistema creado para reprimir” y sus elementos son (1) la existencia de un sistema organizado de represión, (2) la participación del imputado en dicho sistema. (3) el conocimiento de la naturaleza del sistema y (4) la intención del imputado de sacar adelante e implementar dicho sistema de represión.²⁴³ La última modalidad de esta teoría de responsabilidad se utiliza cuando a pesar de que los hechos cometidos no hacían parte del objetivo común de los imputados, el delito es un resultado previsible y natural de sus acciones.²⁴⁴

9º. 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, 138, 139, 141, 146, 147, 150, 151, 152 y 158), población civil (arts. 144, 153, 157 –segundo inciso–, 159, 160 y 161), persona (arts. 137,²⁴⁵ 148 y 149), persona fuera de combate, heridos, enfermos, (art. 145), adversario (art. 143), personal médico, sanitario o de socorro (art. 153), 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 estas expresiones.²⁴⁶ Incluso también aparecen tipos indeterminados como el del artículo 163.

243 Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso Krnojelac, sentencia del 17 de septiembre de 2003, párr. 203.

244 Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso Tadic, sentencia del 7 de mayo de 1997, párr. 204.

245 Aunque el título de la norma hace referencia a persona protegida, al interior del tipo sólo se habla de persona, a secas. Es de nuestro criterio que el sujeto a proteger es “persona”, no sólo porque es el que indica el texto de la norma sino porque si la prohibición de la tortura es absoluta según el derecho internacional público y pertenece al *ius cogens* internacional debe cobijar a cualquier persona, indistintamente si es o no protegida.

246 Véase supra p. 167 y ss.

10°. 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.

11°. 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, personal médico, sanitario o de socorro 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).

12°. 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. Por esta razón, el bien jurídico protegido es internacional y supraindividual cuyo titular es la comunidad internacional.²⁴⁷ 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).

247 Véase Fernando Pignatelli y Meca, *La Sanción de los crímenes de guerra en el derecho español*, ob. cit., pp. 152 y 154.

13°. 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. Este ingrediente es estructural para cada uno de los tipos puesto que si no se presenta la situación descrita, el delito no se configura. Además, es un ingrediente objetivo de carácter temporal y de naturaleza jurídica, ya que el sentido de la expresión debe interpretarse conforme al derecho internacional 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. Lo segundo es que siempre debe existir un nexo causal entre la conducta delictiva y el conflicto armado. Ambas implicaciones han sido desarrolladas por la Corte Constitucional en su sentencia C-291 de 2007²⁴⁸ y también por la jurisprudencia y la doctrina internacional.²⁴⁹

La expresión tiene ambos significados y aunque no se debe establecer un carácter diferenciado a cada uno de los vocablos, se puede decir que el segundo alcance es más cercano a la expresión “con ocasión”, si se entiende por esta la “causa o motivo por que se hace o acaece algo”, según el Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española y que el primer alcance es más próxi-

248 En particular véase el punto 1.2. de las consideraciones de la Corte “Ámbito de aplicación temporal, geográfico y material del Derecho Internacional Humanitario”, sentencia C – 291 de 2007, Magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa, páginas 49 a 52.

249 Fernando Pignatelli y Meca, *La sanción de los crímenes de guerra en el derecho español*, ob. cit. A partir de la página 177 y ss desarrolla el punto de “La relación de los hechos con el conflicto armado como circunstancia determinante de su calificación como delito de guerra”, en la que cita como ejemplo el código penal colombiano y amplia jurisprudencia de los tribunales penales internacionales. También puede verse a Kai Ambos, *Conceptos básicos del derecho internacional humanitario y el nuevo crimen de agresión*, Universidad Externado de Colombia, ob. cit., pp. 69 a 73.

mo al término “en desarrollo”, si se entiende por esta “aumentar la amplitud o importancia de algo”, según el Diccionario del uso del español de María Moliner.

En relación con el primer alcance, 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. Sobre este particular, la Corte Constitucional en la sentencia atrás citada, señala la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia:

una violación de las leyes o costumbres de la guerra [pueda], por lo tanto, ocurrir durante un tiempo y en un lugar en los que no se desarrolla un combate efectivo como tal. (...) el requisito de que los actos del acusado estén relacionados de cerca con el conflicto armado no se incumple cuando los crímenes son remotos, temporal y geográficamente, de los combates como tales”;²⁵⁰ “las leyes de la guerra [puedan] frecuentemente abarcar actos que, aunque no han sido cometidos en el teatro del conflicto, se encuentran sustancialmente relacionados con éste.”^{251, 252}

250 Traducción informal. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del *Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros*, sentencia de la sala de apelaciones del 12 de junio de 2002. (Nota en la Sentencia C-91 de la Corte Constitucional).

251 Traducción informal. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del *Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros*, sentencia de la sala de apelaciones del 12 de junio de 2002. (Nota en la Sentencia C-91 de la Corte Constitucional).

252 Corte Constitucional, sentencia C – 291 de 2007.

“No existe una correlación necesaria entre el área donde efectivamente esté teniendo lugar la lucha y el alcance geográfico de las leyes de la Guerra. Las leyes de la guerra se aplican en la totalidad del territorio de los Estados beligerantes o, en caso de conflictos internos armados, en la totalidad del territorio bajo el control de una de las partes en conflicto, independientemente de que el combate efectivamente tenga o no lugar ahí, y continúa aplicándose hasta que se llega a una conclusión general de paz o, en el caso de conflictos armados internos, hasta que se alcanza un arreglo pacífico. Una violación a las leyes y costumbres de la guerra puede por lo

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 circunstancias de cada caso, es saber si las infracciones estuvieron estrechamente ligadas al conflicto armado en su conjunto”.²⁵³

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”.²⁵⁴ En el caso Musema, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda afirmó: “Por lo que se refiere al requisito territorial,

tanto ocurrir en el momento en que y en el lugar donde realmente no tenga lugar una lucha. [E]l requisito de que los actos del acusado estén estrechamente relacionados con el conflicto armado no se negaría si los crímenes estuvieran temporal y geográficamente remotos de donde efectivamente se lucha”. Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia, caso Kunarac, Kovac y Vokovic, (Sala de Apelaciones), 12 de junio de 2002, párr. 57.

253 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*, ob. cit., pp. 124, 125, 126 y 306.

254 *Prosecutor v. Blasik*, párr. 69, citado en *ibíd.*

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”.²⁵⁵ 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.²⁵⁶

La Corte Constitucional ha reiterado esta interpretación y ha señalado que

La jurisprudencia internacional ha aceptado que para efectos de aplicar el Derecho Internacional Humanitario “*no es necesario establecer la existencia de un conflicto armado dentro de cada municipio implicado. Es suficiente establecer la existencia del conflicto dentro de la región como un todo de la que forman parte dichos municipios*”;²⁵⁷

255 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.

256 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Tercer Informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia*, ob. cit., párr. 83.

257 Traducción informal. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, Caso del Fiscal vs. Tihomir Blaskic, sentencia del 3 de marzo del 2000. Reiterado en el caso del Fiscal vs. Enver Hadzihasanovic y Amir Kubura, sentencia del 15 de marzo de 2006. (Nota en la sentencia C-291 de 2007 de la Corte Constitucional, M. P: Manuel José Cepeda Espinosa).

que “no es necesario que un determinado municipio sea presa de la confrontación armada para que se apliquen allí los estándares del Derecho Internacional Humanitario”²⁵⁸; que “no es necesario probar que hubo un conflicto armado en todas y cada una de las pulgadas cuadradas del área en general. El estado de conflicto armado no se limita a las áreas de combate militar efectivo, sino que existe a lo ancho de todo el territorio bajo control de las partes en guerra”^{259, 260}

En relación con el segundo alcance, 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”.²⁶¹ En el caso Akayesu, el Tribunal Penal para Ruanda señaló: “...los crímenes no deben ser cometidos por el perpetrador puramente por motivos personales”.²⁶²

258 Nota en la sentencia C-291 de 2007 de la Corte Constitucional, M. P: Manuel José Cepeda Espinosa.

259 Traducción informal. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros, sentencia de la sala de apelaciones del 12 de junio de 2002. (Nota en la sentencia C-291 de 2007 de la Corte Constitucional, M. P: Manuel José Cepeda Espinosa).

260 Corte Constitucional, sentencia C – 291 de 2007, Magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa, páginas 49 a 52.

261 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.)

262 Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Judgement, The Prosecutor v. Jean Paul Akayesu, ICTR-96-4-T, para. 636, citado en Knut Dormänn,

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 estrechamente relacionados con las hostilidades que tienen lugar en otras partes de los territorios controlados por las partes en conflicto.²⁶³

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

Elements of war crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court. Sources and Comments, ob. cit., p. 387.

“Lo importante, en últimas, es que no se trate de un comportamiento inconexo con la lógica de las hostilidades (verbigracia, un miembro de la fuerza pública que ocasiona la muerte a un integrante de un grupo armado que se encuentra fuera de combate, por razones personales o sentimentales)”. Alejandro Ramelli, Arteaga, *Jurisprudencia penal internacional aplicable en Colombia*, ob. cit., p. 365.

263 Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, *Judgement*, 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. Zejnil Delalic and Others, IT-96-21-T, parr. 193, citados en *ibíd.*, p. 388.

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).²⁶⁴

La Corte Constitucional en la sentencia citada señala:

“1.2.3. En términos materiales, para que un determinado hecho o situación que ha ocurrido en un lugar en el que no se han desarrollado los combates armados quede cubierto bajo el ámbito de aplicación del Derecho Internacional Humanitario, es necesario que tal hecho o situación guarde una relación cercana y suficiente con el desarrollo del conflicto.²⁶⁵ Así, no todos los hechos ilícitos que ocurren durante un conflicto armado se someten al derecho internacional humanitario; *“solo aquellos actos suficientemente relacionados con el desarro-*

264 Tribunal Penal Internacional para Ruanda, judgement, the Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana, ICTR-95-1-T, parr. 185-8, citado en ibíd.

265 El Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia ha considerado que la “relación requerida” se satisface cuandoquiera que los crímenes denunciados están “relacionados de cerca con las hostilidades” [“closely related to the hostilities”; Caso del Fiscal v. Dusko Tadic, No. IT-94-1-AR72, decisión de la Sala de Apelaciones sobre su propia jurisdicción, 2 de octubre de 1995], cuando existe un “vínculo obvio” entre ellos [“an obvious link”; caso del Fiscal vs. Zejnil Delalic y otros (caso Celebici), sentencia del 16 de noviembre de 1998], un “nexo claro” entre los mismos [“a clear nexus”; id.]; o un “nexo evidente entre los crímenes alegados y el conflicto armado como un todo” [“evident nexus between the alleged crimes and the armed conflict as a whole”; caso del Fiscal vs. Tihomir Blaskic, sentencia del 3 de marzo del 2000]. (Nota en, Corte Constitucional, sentencia C-291 de 2007, Magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa, p. 51).

*llo de las hostilidades están sujetos a la aplicación de este derecho. (...) Es necesario concluir que el acto, que bien podría ser cometido en ausencia de un conflicto, fue perpetrado contra la víctima o víctimas afectadas por razón del conflicto en cuestión”.*²⁶⁶ La jurisprudencia internacional ha proporcionado distintos criterios para determinar la existencia de un nexo cercano entre un determinado hecho o situación y el conflicto armado internacional o interno en el que ha tenido lugar; así, ha señalado que tal relación cercana existe “*en la medida en que el crimen sea moldeado por o dependiente del ambiente en el que se ha cometido –v.g. el conflicto armado–*”²⁶⁷. Al determinar la existencia de dicha relación las cortes internacionales han tomado en cuenta factores tales como la calidad de combatiente del perpetrador, la calidad de no combatiente de la víctima, el hecho de que la víctima sea miembro del bando opuesto, el hecho de que el acto pueda ser visto como un medio para lograr los fines últimos de una campaña militar, o el hecho de que el acto haya sido cometido como parte de los deberes oficiales del perpetrador, o en el contexto de dichos deberes.²⁶⁸ También ha precisado la jurisprudencia, en casos de comisión

266 Traducción informal. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Aleksovsky, sentencia del 25 de junio de 1999. (Nota en, Corte Constitucional, sentencia C-291 de 2007, Magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa, p. 51.

267 Traducción informal. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Blagojevic y Jokic, sentencia del 17 de enero de 2005. En igual sentido ha explicado este tribunal que “lo que distingue en últimas a un crimen de guerra de un delito puramente doméstico, es que el crimen de guerra es moldeado por o dependiente del ambiente en el cual se ha cometido –el conflicto armado–” Traducción informal. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros, sentencia de la Sala de Apelaciones del 12 de junio de 2002]. (Nota en, Corte Constitucional, sentencia C-291 de 2007, Magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa, p. 51.

268 Traducción informal. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros, sentencia de la sala de apelaciones del 12 de junio de 2002. En igual sentido afirmó este Tribunal que “al determinar si dicho nexo existe, la Sala puede tomar en consideración, entre otros, el hecho de que el perpetrador sea un combatiente, el que la víctima sea un

de crímenes de guerra, que es suficiente establecer que “*el perpetrador actuó en desarrollo o bajo la apariencia del conflicto armado*”²⁶⁹, y que “*el conflicto no debe necesariamente haber sido la causa de la comisión del crimen, sino que la existencia del conflicto debe haber jugado, como mínimo, una parte sustancial en la capacidad del perpetrador para cometerlo, en su decisión de cometerlo, en la manera en que fue cometido o en el objetivo para el que se cometió*”^{270, 271}

La Corte Suprema de Justicia, en relación con los procesos de justicia y paz, ha dicho:

no-combatiente, el que la víctima sea miembro de la parte contraria, el que pueda decirse que el acto haya contribuido a la meta última de la campaña militar, o el que el crimen se haya cometido como parte o en el contexto de los deberes oficiales del perpetrador”. Traducción informal. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros, sentencia del 30 de noviembre de 2005]. (Nota en, Corte Constitucional, sentencia C-291 de 2007, Magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa, p. 52).

269 Traducción informal. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros, sentencia de la sala de apelaciones del 12 de junio de 2002. (Nota en, Corte Constitucional, sentencia C-291 de 2007, Magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa, p. 52).

270 Traducción informal. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, casos de Fiscal vs. Enver Hadzihasanovic y Amir Kubura, sentencia del 15 de marzo de 2006, y Fiscal vs. Sefer Halilovic, sentencia del 16 de noviembre de 2005 –ambos reiterando lo decidido en el caso del Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros, sentencia de la sala de apelaciones del 12 de junio de 2002-. Ver en igual sentido el pronunciamiento de este Tribunal en el caso Limaj: “No es necesario que el conflicto armado haya sido la causa de la comisión del crimen que se acusa, pero sí debe haber jugado un rol sustancial en la capacidad del perpetrador para cometerlo”. Traducción informal. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros, sentencia del 30 de noviembre de 2005]. (Nota en, Corte Constitucional, sentencia C-291 de 2007, Magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa, p. 52).

271 Corte Constitucional, sentencia C – 291 de 2007, Magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa, pp. 51 y 52.

“Pero la sola constatación de que la conducta se produjo en el seno de un conflicto armado no es suficiente para calificar el delito como violatorio del derecho internacional humanitario, sino que probatoriamente tiene que acreditarse que la misma está vinculada con el conflicto, porque su existencia juega un papel sustancial en la decisión del autor de realizar la conducta prohibida, en su capacidad de llevarla a cabo o en la manera de ejecutarla²⁷², requisito que se deriva de la concepción de los crímenes de guerra como infracciones graves de las normas que regulan el comportamiento de las partes contendientes durante los conflictos armados”.²⁷³

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”. La sentencia reconfirmación de cargos del caso Lubanga del 29 de enero de 2007 de la Corte Penal Internacional señala que “debe demostrarse que existen motivos para creer que los presuntos crímenes están estrechamente ligados a las hostilidades” (párr. 288). La Corte, se apoya en la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales y agrega: “No se trata pues de considerar el conflicto armado como la causa última del comportamiento ni de exigir que ese comportamiento tenga lugar en medio de los combates. No obstante, el conflicto armado debe tener un papel sustancial en la decisión del autor del crimen, en su capacidad para ejecutarlo o en la manera en que ese comportamiento ha tenido lugar finalmente”.²⁷⁴

272 Cita de Héctor Olásolo Alonso en “Ensayos sobre la Corte Penal Internacional”, ob. cit., p. 541. (Nota en, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 21 de septiembre de 2009, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez, pp. 185 a 187).

273 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 21 de septiembre de 2009, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez, pp. 185 a 187.

274 Corte Penal Internacional, caso Lubanga, sentencia de reconfirmación de cargos del 29 de enero de 2007, párr. 287. Véase también Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso Kunarac, Kovac y Vokovic,

En otra decisión posterior, la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional, en el asunto “Fiscal vs. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui” (situación en la República Democrática del Congo), providencia de confirmación de cargos proferida el 30 de septiembre de 2008, señaló:

La Sala considera que un crimen ha tenido lugar en el contexto o se encuentra vinculado con un conflicto armado, a partir de que “los crímenes presuntamente cometidos se encuentran vinculados estrechamente con las hostilidades”. Esto significa que el conflicto armado “debe desempeñar un papel fundamental en la decisión del autor del crimen, en la capacidad de él de ejecutarlo, o en la manera como la conducta fue finalmente llevada a cabo”. Sin embargo, no es necesario que el conflicto armado haya sido considerado como la primera causa del crimen, o que éste haya sido perpetrado en medio de los combates (párr. 380).²⁷⁵

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 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.

(Sala de Apelaciones), 12 de junio de 2002, párr. 58: “El conflicto armado no requiere haber sido causa de la comisión del delito, pero la existencia de un conflicto armado, como mínimo, debe de haber jugado un parte substancial en la aptitud del perpetrador para cometerlo, en su decisión para cometerlo, en la manera en que lo cometió o el propósito para el cual se cometió”. Ver también de este mismo Tribunal los casos Halilovic (Sala de Primera Instancia), 16 de noviembre de 2005, párrs. 29, 726; (misma prueba); Strugar (Sala de Primera Instancia), 31 de enero de 2005, párr. 215 (misma prueba).

275 Citada por Alejandro Ramelli, Arteaga, *Jurisprudencia penal internacional aplicable en Colombia*, ob. cit., p. 342.

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”.²⁷⁶

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.²⁷⁷

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.

14°. 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 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

276 Kai Ambos, *Los crímenes del nuevo derecho penal internacional*, ob. cit., p. 94.

277 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.

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.

15°. Es predicable el concurso de conductas punibles. El artículo 31 del Código Penal lo establece, al igual que el derecho internacional para las transgresiones 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). El concurso se puede predicar con tipos del Título II o con delitos que se encuentren en otros títulos del código penal. Obvio que en el caso que el concurso sea con conductas consagradas en el Título II, deben probarse cada uno de sus ingredientes normativos, en particular, que cada ilícito se presenta con ocasión y en desarrollo del conflicto armado.

16°. Los delitos contra el derecho humanitario son dolosos. La intención es un elemento esencial de las transgresiones 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 predicán en este tipo de transgresiones, 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 pleno 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.²⁷⁸ Vale la pena agregar que el dolo eventual no está excluido frente a este tipo de delitos.²⁷⁹

17º. 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.

278 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.

279 “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.

Estas penas establecidas por la Ley 599 de 2000 fueron modificadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, ley que empezó a regir 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].

A su vez, el artículo 27 de la ley 1257 de 2008 adicionó un inciso al artículo 135 sobre homicidio en persona protegida, indicando que “[l]a pena prevista en este artículo se aumentará de la tercera parte a la mitad cuando se cometiere contra una mujer por el hecho de ser mujer”.

18º. Dos de los tipos penales son subsidiarios, puesto que solo se aplican en la medida que no exista otro artículo donde se establezca una pena más alta. Son los casos de los artículos 145 sobre actos de barbarie y 154 sobre destrucción y apropiación de bienes protegidos, que dicen que se aplicarán “fuera de los casos especialmente previstos como delitos y sancionados con pena mayor”.

19º. 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 hechos 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 pueden 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 absoluta 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.²⁸⁰

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 investigación, cesación de procedimiento y sentencia absoluta, 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 absoluta, en

280 Corte Constitucional, sentencia C-004 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, fundamento 30.

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.²⁸¹

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.

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.

281 Idem.

La palabra “absolutorio” que aparece en bastardilla fue acusada de inexequible 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 desconocimiento 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 inexequibilidad de la expresión acusada que hace parte del artículo 192.4 de la Ley 906 de 2004.²⁸²

282 Corte Constitucional, sentencia C-979 del 26 de septiembre de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

Las instancias internacionales a las que aluden la jurisprudencia y las normas del Código de Procedimiento Penal son a la fecha²⁸³ 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 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 ha reconocido

283 Al 15 de noviembre de 2012 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 de derechos económicos, sociales y culturales, el Comité contra la tortura, el Comité de derechos de los trabajadores migratorios, el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad y el Comité contra la desaparición forzada, mecanismos convencionales de las Naciones Unidas que tienen esta competencia.

la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tribunal que inició funciones el 3 de septiembre de 1979.

De manera similar, el derecho internacional ha impulsado el concepto de cosa juzgada fraudulenta: “El desarrollo de la legislación y la jurisprudencia internacionales ha permitido el examen de la llamada ‘cosa juzgada fraudulenta’ que resulta de un juicio en el que no se han respetado las reglas del debido proceso, o cuando los jueces no obraron con independencia e imparcialidad”.²⁸⁴

20°. Las transgresiones 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.²⁸⁵

284 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Carpio Nicolle c. Guatemala*, sentencia del 22 de noviembre de 2004, párr. 131.

285 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

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.

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 conocer 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.

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 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 Comisión de Derechos Humanos en su resolución 2005/35 subrayan que las violaciones de derecho humanitario atribuidas por acción u omisión del Estado generan a las víctimas un derecho de reparación.²⁸⁶ 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

286 Según el Derecho Internacional Humanitario, 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 Jean –Marie Henkaerts, Louise Doswald – Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob. cit., pp. 606 a 621.

nacionales de reparación y mecanismos eficaces que garanticen la ejecución de sentencias que obliguen a reparar daños.

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.

21°. Aunque Colombia no se ha adherido a la Convención sobre la imprescriptibilidad de crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de 1968,²⁸⁷ conforme al artículo 93 constitucional

287 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 Núremberg, 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.

puede alegarse la imprescriptibilidad de los delitos contenidos en el Título II puesto que la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra es una norma consuetudinaria²⁸⁸ que hace parte del bloque constitucionalidad. La Corte Constitucional en la sentencia C-291 de 2007 señala la prevalencia normativa de las normas consuetudinarias en el orden interno y su incorporación en el bloque de constitucionalidad.²⁸⁹ Esta sentencia es relevante para el punto en cuestión porque ante la no ratificación de un tratado internacional de derechos humanos o de derecho humanitario por parte del Estado colombiano, se puede recurrir a la costumbre internacional para llenar ese vacío. Por esta razón se puede sostener la imprescriptibilidad de estos delitos contrario a lo que dice el artículo 83 del código penal.²⁹⁰ Sin embargo algunos autores no son tan optimistas ya

288 Según el Derecho internacional humanitario consuetudinario 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 Jean –Marie Henkaerts, Louise Doswald – Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob. cit., pp. 694 a 698. Véase también 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*, ob. cit, p. 346.

289 Dice esa jurisprudencia entre otras que “la Corte ha aceptado que se incorporan al bloque los tratados de derechos humanos y las normas convencionales y consuetudinarias que conforman el Derecho Internacional Humanitario” p. 36.

290 El código penal señala que la prescripción de 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), 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.

que consideran que no es claro señalar desde cuando se configura la imprescriptibilidad como una costumbre internacional,²⁹¹ mientras que otros si estiman que si se puede hablar de la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario²⁹² o norma de derecho internacional general²⁹³ sobre la imprescriptibilidad.

Aunque la jurisprudencia de la Corte Constitucional sólo ha señalado la imprescriptibilidad para los casos de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional²⁹⁴ y en la desaparición forzada de personas,²⁹⁵ jurisprudencias de cortes internacionales

291 Alejandro Ramelli, Arteaga, *Jurisprudencia penal internacional aplicable en Colombia*, GIZ, ob. cit., p. 623.

292 Juan Pablo Pérez-León Acevedo, *La responsabilidad internacional del individuo por crímenes de guerra*, ob. cit., p. 125.

293 Pablo F. Parenti, “La inaplicabilidad de normas de prescripción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Kai Ambos, Ezequiel Malarino (editores), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, ob. cit., p. 227.

294 “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 está expresamente autorizado a partir del Acto Legislativo 02 de 2001 y que opera exclusivamente dentro del ámbito regulado por dicho Estatuto”. Corte Constitucional, sentencia C-578 de 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

295 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

y de otros países la han establecido como son las del caso Barrios Altos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁹⁶ 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.²⁹⁷ Los “Principios y directrices 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”.

Hasta el 31 de enero de 2013, 54 Estados son parte de la Convención sobre la imprescriptibilidad de crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de 1968 y 121 lo son del Estatuto de la Corte Penal Internacional que reconoce la imprescriptibilidad de los crímenes de su competencia (art. 29). Este alto reconocimiento es otro argumento para sostener el alcance universal de la imprescriptibilidad de los crímenes a los cuales se está haciendo referencia.²⁹⁸

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.

296 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). Otras sentencias donde se sostiene la imprescriptibilidad son las del caso Almonacid Arellano c. Chile del 26 de septiembre de 2006 y el caso Albán Cornejo y otros c. Ecuador del 22 de noviembre de 2007.

297 Sentencia del 14 de junio de 2005, causa 17.768.

298 En ese sentido Pablo F. Parenti, “La inaplicabilidad de normas de prescripción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Kai Ambos, Ezequiel Malarino (editores), *Sistema interamericano de*

La Corte Suprema de Justicia en relación con los procesos de justicia y paz, ha reconocido la imprescriptibilidad, a menos que la persona se haya individualizado y vinculado al proceso, siguiendo así la jurisprudencia de Corte Constitucional C - 580 de 2002 ya citada en los casos de desaparición forzada de personas.²⁹⁹

El proyecto de ley 037 de 2012, “por el cual se modifican algunos artículos de las leyes 599 de 2000, 906 de 2004 y se adoptan medidas

protección de los derechos humanos y derecho penal internacional, ob. cit., p. 227.

Aunque el análisis es referido a los crímenes de lesa humanidad y no para los crímenes de guerra, vale la pena las diferentes tesis planteadas por Alejandro Ramelli para alimentar la discusión, véase Alejandro Ramelli, Arteaga, *Jurisprudencia penal internacional aplicable en Colombia*, ob. cit., pp. 310 a 323. La conclusión del autor es la siguiente: “3) ¿Qué alternativas existen para que no se presenten dudas acerca de que los crímenes de lesa humanidad son imprescriptibles? A nuestro juicio habría que explorar dos vías jurídicas para dilucidar el tema de la imprescriptibilidad o no de los crímenes de lesa humanidad en Colombia. Una primera, consistiría en que el Estado colombiano adhiriera al texto de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, de 1968. Una segunda, consistiría en reformar la Constitución, a efectos de incluir una cláusula similar a aquella prevista en el Texto Fundamental ecuatoriano de 2008: Artículo 23. Las acciones y penas por genocidio, tortura, desaparición forzada de personas, secuestro y homicidio por razones políticas o de conciencia, serán imprescriptibles. Estos delitos no serán susceptibles de indulto o amnistía. En estos casos, la obediencia a órdenes superiores no eximirá de responsabilidad”. *Ibíd.*, p. 328.

299 “... precisamente por ocasión de la necesaria ponderación entre las finalidades de la imprescriptibilidad y los derechos de los procesados, en los casos en los cuales la justicia ya ha individualizado y vinculado (a través de indagatoria o declaratoria de persona ausente, o, agrega la Sala, para los casos regulados por la Ley 906 de 2004, de la formulación de imputación) a los partícipes o intervinientes en los hechos, sí debe atenderse a las normas que regulan la prescripción, pues, la persona, ya sometida al imperio de la justicia, no puede permanecer indefinidamente en condición *sub iudice*”. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 21 de septiembre de 2009, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez, pp. 214 y 215.

para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial la violencia sexual con ocasión al conflicto armado, y se dictan otras disposiciones”, en su artículo 15 busca modificar el inciso segundo del artículo 83 del código penal, estableciendo como última frase que “[l]a acción penal para los delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra será imprescriptible”.

22º. 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 5º del artículo 6º del Protocolo II de 1977 señala que a “la cesación de las hostilidades, las 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.³⁰⁰ 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 graves violaciones de derechos humanos, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra en las que no se investigue y sancione a sus responsables. “... [L]as 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 [derecho internacional

300 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 Jean -Marie Henkaerts, Louise Doswald - Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob. cit., pp. 691 a 694.

humanitario] o las violaciones sistemáticas y flagrantes de los derechos humanos, como quiera que éstas constituyen crímenes de *lesa humanidad*”.³⁰¹ “... [E]n su informe sobre el estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflicto, el Secretario General [de las Naciones Unidas] llegó a la conclusión de que ‘los acuerdos de paz aprobados por las Naciones Unidas nunca pueden prometer amnistías por crímenes de genocidio, de guerra, o de lesa humanidad o infracciones graves de los derechos humanos’”.³⁰²

El Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad,³⁰³ en su principio 24 sobre las restricciones y otras medidas 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 19³⁰⁴ o los autores hayan sido sometidos

301 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*, ob. cit., p. 344.

302 Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, 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, párr. 50. En el párrafo 51 se señala como las decisiones de los tribunales nacionales también han seguido limitando la aplicación de amnistías dictadas en el pasado. También en el estudio de la misma experta del 2004 se hace referencia a la incompatibilidad de las amnistías que favorecen la impunidad, véase E/CN.4/2004/88, 27 de febrero de 2004, párrs 28 a 32.

303 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.

304 “Los Estados emprenderán investigaciones rápidas, minuciosas, independientes e imparciales de las violaciones de derechos humanos y el derecho internacional

dos 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,³⁰⁵ 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.³⁰⁶

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).

- 305 Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Barrios Altos, sentencia del 14 de marzo de 2001, párr. 41. Una decisión de la Corte Interamericana que trae un recuento muy pormenorizado sobre la incompatibilidad de las amnistías relativas a graves violaciones de derechos humanos con el derecho internacional es la sentencia de 24 de noviembre de 2010, Caso Gomes Lund y otros (“*guerrilha do araguaia*”) vs. Brasil, en particular de los párrafos 106 a 160.
- 306 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.³⁰⁷

El Tribunal Especial para Sierra Leona ha sostenido que así las amnistías abarquen crímenes de derecho internacional, estas no son obstáculo para el ejercicio de la jurisdicción universal por parte de otro Estado o de la jurisdicción internacional por parte de la Corte Penal Internacional.³⁰⁸ Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que

... todos los órganos internacionales de protección de derechos humanos y diversas altas cortes nacionales de la región que han tenido la oportunidad de pronunciarse respecto del alcance de las leyes de amnistía sobre graves violaciones de derechos humanos y su incompatibilidad con las obligaciones internacionales de los Estados que las emiten, han concluido que las mismas violan el deber internacional del Estado de investigar y sancionar dichas violaciones.³⁰⁹

307 Corte Constitucional, sentencia C-695 del 28 de agosto de 2002, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

308 Juan Pablo Pérez-León Acevedo, *La responsabilidad internacional del individuo por crímenes de guerra*, ob. cit., p. 547.

309 Sentencia de 24 de noviembre de 2010, Caso Gomes Lund y otros (“*guerrilha do araguaia*”) vs. Brasil, párr. 150.

Aunque pareciera existir una tendencia según el derecho convencional y en algunas prácticas judiciales, que sugiere que la prohibición en casos de graves violaciones de derechos e infracciones al derecho internacional humanitario está más dirigida a las amnistías que a los indultos,³¹⁰ la tendencia mayoritaria por parte de la jurisprudencia es prohibir tanto las unas como las otras³¹¹ y por lo menos, los indultos totales, los que incluyen toda la sanción penal, no son admisibles conforme al derecho internacional de los derechos humanos.³¹² Una amnistía es diferente de un indulto. La amnistía supone el perdón del delito mientras el indulto supone el perdón de la pena. La amnistía beneficia a un número plural de personas mientras el indulto beneficia a una persona concreta. La amnistía extingue la responsabilidad civil derivada del delito mientras el indulto no. La amnistía se otorga por una ley del Congreso de la República mientras el indulto se otorga por un acto administrativo del Presidente de la República. La amnistía extingue los antecedentes penales, mientras el indulto no lo hace necesariamente. La amnistía no requiere de una sentencia en firme para ser otorgada mientras el indulto si.

Además, la ley 1421 de 2010, en su artículo 11 que modifica el artículo 50 de la ley 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”, señala que quienes hayan incurrido

310 Por ejemplo el numeral 5° del artículo 6° del Protocolo II de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 y la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros contra Perú), del 14 de marzo de 2001, solo hacen referencias a las amnistías y no a los indultos.

311 Fundación para el Debido proceso legal, *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre crímenes de derecho internacional*, Washington, 2009, en particular los puntos 2 y 3 del Capítulo VI sobre decisiones estatales que dificultan la investigación, enjuiciamiento, y en su caso, sanción de crímenes de derecho internacional.

312 Luz María Sánchez Duque, *Perspectivas jurídicas frente a un eventual proceso de paz con los grupos guerrilleros*, Planeta Paz, Bogotá, 2011, p. 47.

en crímenes de guerra o en delitos tipificados en el Título II del Libro II del código penal, no se les aplicarán los beneficios jurídicos vinculados con las causales de extinción de la acción y de la pena en casos de delitos políticos, en el que se incluye el beneficio del indulto a los nacionales que hubieren sido condenados mediante sentencia ejecutoriada, señalado precisamente por el artículo 50.

23°. Por último, 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 muerto no se estaría cometiendo una transgresión 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 este tema 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. ...

... [S]i 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 natu-

raleza misma, normatividades diseñadas para situaciones pacíficas. Y la rebelión y la sedición son, sin duda alguna, supuestos de guerra interna.³¹³

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. ... 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.³¹⁴

...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.³¹⁵

313 Corte Constitucional, sentencia C-456 de 1997, salvamento de voto de los magistrados Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

314 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.

315 Rodrigo Uprimny, “La Corte Constitucional frente al Derecho Internacional Humanitario”, en Miguel Rujana Quintero (comp.), *Democracia, derechos humanos, derecho internacional humanitario*, ob. cit., p. 251.

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 del Código Penal Militar que establecen la ausencia de responsabilidad, en particular “[c]uando se obre en estricto cumplimiento de un deber legal”, y “[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 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 direc-

tamente 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 ojala 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.³¹⁶

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, simple-

316 Corte Constitucional, sentencia C-456 de 1997, salvamento de voto de los magistrados Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

mente, que sobre él no existe la expectativa de ser alcanzado por el precepto normativo.³¹⁷

En conclusión, para finalizar esta caracterización, 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.³¹⁸

8. EL DERECHO HUMANITARIO EN EL CÓDIGO PENAL MILITAR

El actual Código Penal Militar, Ley 1407 de 2010, señala en su artículo 6º que “el derecho penal militar tendrá como fundamento la dignidad humana”³¹⁹ y establece en su artículo 3º los delitos no relacionados con el servicio:

317 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.

318 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 Jose Luis Rodríguez-Villasante Prieto (coord.), *Derecho Internacional Humanitario*, ob. cit., pp. 561-599.

319 El anterior código penal militar, ley 522 de 1999, establecía en su artículo 198: “Reconocimiento de la dignidad humana. Toda persona a quien se

No obstante lo dispuesto en el artículo anterior [delitos relacionados con el servicio], en ningún caso podrán relacionarse con el servicio los delitos de tortura, genocidio, desaparición forzada, de lesa humanidad o aquellos que atenten contra el Derecho Internacional Humanitario entendidos en los términos definidos en convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia, ni las conductas que sean 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.

Como las transgresiones al derecho humanitario no están relacionadas con el servicio militar no son de competencia de la jurisdicción militar sino de la jurisdicción penal ordinaria.³²⁰ 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.

El artículo 3 de la ley 522 de 1999, el anterior Código de Justicia Penal Militar, señalaba 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 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,

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”.

320 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.

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 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.

No obstante, el Código Penal Militar establece una serie de delitos relacionados con el derecho humanitario. El artículo 114 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”.³²¹ El artículo 120 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 seis (6) a diez (10) años. Si se trata de armas, municiones u otros elementos bélicos, la pena se aumentará hasta el doble”.³²² El artículo 155 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 dos (2) a ocho (8) años”.³²³

321 Este artículo es una transcripción exacta del artículo 133 de la ley 522 de 1999.

322 Este artículo es una transcripción exacta del artículo 139 de la ley 522 de 1999, solo que la pena era de cuatro a ocho años.

323 Este artículo es una transcripción exacta del artículo 174 de la ley 522 de 1999, solo que la pena era de uno a ocho 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 156. 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 tres (3) a seis (6) años.³²⁴

Artículo 157. Requisición arbitraria. El que sin justa causa ordenare o practicare requisiciones, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años.³²⁵

Artículo 158. 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 uno (1) a tres (3) años.³²⁶

Artículo 159. 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 dos (2) a cinco (5) años.³²⁷

Artículo 160. Contribuciones ilegales. El que sin facultad legal y sin justa causa establezca contribuciones, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.³²⁸

324 Este artículo es una transcripción exacta del artículo 175 de la ley 522 de 1999, solo que la pena era de dos a seis años.

325 Este artículo es una transcripción exacta del artículo 176 de la ley 522 de 1999, solo que la pena era de uno a cinco años.

326 Este artículo es una transcripción exacta del artículo 177 de la ley 522 de 1999, solo que la pena era de seis meses a tres años.

327 Este artículo es una transcripción exacta del artículo 178 de la ley 522 de 1999, solo que la pena era de uno a cinco años.

328 Este artículo es una transcripción exacta del artículo 179 de la ley 522 de 1999, solo que la pena era de seis meses a tres años.

Estos seis últimos artículos fueron materia de objeciones presidenciales por considerarse conductas cometidas contra la población civil que no pueden ser objeto de la Jurisdicción Penal Militar, objeciones que fueron declaradas infundadas por la Corte Constitucional en su sentencia C – 533 de 2008. Dijo la Corte que “los arts. 155, 156, 157, 158, 159 y 160, tienen elementos compositivos que difieren de las tipificadas en el Código Penal ordinario en el Título II,” y que ... fueron incorporados al mismo adaptándoles elementos propios del servicio militar o policial para escenarios diferentes al de conflicto armado” y que si admiten las objeciones, tales conductas “... quedarían sin penalización pues no estarían contempladas ni por el Código Penal ordinario ni en el Penal Militar”. Concluye señalando que pueden ser de conocimiento de la justicia penal militar “única y exclusivamente si se demuestra el nexo directo y original con la misión propia del servicio militar o policial, pues de no ser así, les serían imputables a quienes las cometan, los delitos tipificados en la ley penal común que les sean aplicables y serán investigadas y juzgadas por la justicia penal ordinaria”.

En un salvamento de voto, Jaime Araujo Rentería, dijo que las normas objetadas desconocen el principio del juez natural y que ... “el fuero penal militar se debe mantener únicamente para los delitos típicamente militares, sin que haya necesidad de mirar caso por caso” y que “... no es aceptable que las conductas previstas por las normas demandadas puedan ser delitos de competencia de la justicia penal militar, como quiera que son delitos que se pueden cometer por los particulares y en esa medida, los miembros de la fuerza pública actuarían como tales”.

Otro magistrado, Humberto Sierra Porto, presentó otro salvamento de voto

... indicando que si bien es cierto que los tipos penales que aparecen descritos en los artículos objetados del Código Penal militar no son idénticos a aquellos que figuran en la ley 599 de 2000, también lo es que las diferencias existentes entre ambas regulaciones terminan siendo más aparentes que reales, es decir, los comportamientos descritos en las normas objetadas aparecen ya consagrados en el Código Penal,

en algunos casos incluso con el mismo *nomen iuris*, y en otros, describiendo conductas punibles materialmente idénticas. En efecto, según el salvamento de voto, “las normas objetadas, contrario a lo sostenido por la mayoría, 1) tipifican verdaderos crímenes de guerra, es decir, comportamientos cometidos en desarrollo de un conflicto armado interno o internacional; 2) no guardan relación alguna con el servicio, según jurisprudencia reiterada de esta Corte; 3) pretenden que conductas muy graves, imputables a miembros de la fuerza pública, sean conocidas por la Justicia Penal militar, aplicando además penas más benévolas que las establecidas por el Código Penal ordinario”.³²⁹

“Así las cosas, subsiste en el ordenamiento jurídico colombiano una doble regulación de los crímenes de guerra: una en el Código Penal; la otra en el Código Penal Militar, situación que, evidentemente, crea confusión”.³³⁰ Además, la Corte Constitucional en su sentencia C – 469 de 2009 hizo una revisión oficiosa de las objeciones presidenciales estudiadas en la sentencia C – 533 de 2008 y declaró que exequible el código penal militar en ese aspecto. Además la misma Corporación, en su sentencia C – 291 de 2007 ya se había declarado inhibida sobre “para proferir un fallo de mérito en relación con los artículos 174, 175, 178 y 179 de la ley 522 de 1999, por ineptitud sustantiva de la demanda”, artículos que como se acaban de señalar corresponden a los artículos 155, 156, 159 y 160 de la ley 1407 de 2010.

Los delitos contra la población civil consagrados en los artículos 155, 156, 159 y 160 no pueden ser de competencia de la justicia penal militar.³³¹ 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

329 Alejandro Ramelli, Arteaga, *Jurisprudencia penal internacional aplicable en Colombia*, ob. cit., p. 165.

330 *Ibíd.*, p. 165.

331 En este mismo sentido *ibíd.*, p. 220.

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.³³²

La requisición de que tratan los artículos 157 y 158 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.

332 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.

El artículo 114 del Capítulo V del Título segundo de delitos contra el servicio consagra el tipo penal de la libertad indebida de prisioneros de guerra: “[e] que sin facultad o autorización ponga a un prisionero de guerra en libertad o facilite su evasión, incurrirá en prisión de 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 transgresiones 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 120 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.³³³

333 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.

Por estas consideraciones, las conductas descritas en los artículos 155, 156, 159 y 160 deben ser de conocimiento de la justicia ordinaria porque son claras transgresiones 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 condiciones mínimas y básicas de la organización social y, por lo mismo, nunca podrán considerarse como un acto relacionado con el servicio.³³⁴

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 159 y 160 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 156 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 155 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

334 Corte Constitucional, sentencia SU-1184 de 2001, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

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 transgresiones al derecho humanitario.

Sin embargo, estas consideraciones sobre el derecho humanitario en el Código Penal Militar quedan seriamente afectadas con la aprobación del proyecto de Acto Legislativo No. 16 de 2012 de Senado de la República y 192 de 2012 de la Cámara de Representantes que reforma la justicia penal militar. Este Acto Legislativo reforma los artículos 116, 152 y 221 de la Constitución, y propone que el inciso segundo del artículo 221 constitucional quede así:

En ningún caso la Justicia Penal Militar o policial conocerá de los crímenes de lesa humanidad, ni de los delitos de genocidio, desaparición forzada, ejecución extrajudicial, violencia sexual, tortura y desplazamiento forzado. Las infracciones al Derecho Internacional Humanitario cometidas por miembros de la Fuerza Pública, salvo los delitos anteriores, serán conocidas exclusivamente por las cortes marciales o tribunales militares o policiales.

De estos siete delitos que deben ser de conocimiento de la jurisdicción militar, dos no aparecen expresamente definidos por el actual código penal ordinario como son los crímenes de lesa humanidad y las ejecuciones extrajudiciales. Como ya se indicó, el este código no cuenta con tipos penales que obedezcan a las características del crimen de lesa humanidad³³⁵ y aunque existen similitudes entre el homicidio, el homicidio agravado y el homicidio en persona protegida con el concepto de ejecuciones extrajudiciales, esta categoría propia del derecho internacional de los derechos humanos está reservada para los casos de privación de

335 Véase supra p. 369 y ss.

la vida como consecuencia de homicidios perpetrados por agentes del Estado o con su apoyo o tolerancia³³⁶.

Según esta reforma, casi todos los delitos contemplados en el Título II de la parte especial del código penal colombiano no serían imputables a los miembros de la fuerza pública; de acuerdo al listado del segundo inciso del artículo 221, solo podrían imputarse de ese título los tipos de los artículos 137 sobre tortura, 138 sobre acceso carnal violento y 159 sobre desplazamiento forzado, se encuentran fuera del Título II los artículos 101 sobre genocidio y 165 sobre desaparición forzada. Otros delitos que eventualmente cometan militares o policías colombianos que a todas luces son infracciones graves o crímenes de guerra serían de competencia de la jurisdicción penal militar, lo que no es compatible con los estándares internacionales e iría en contravía de la jurisprudencia de la corte constitucional atrás citada que limita el fuero militar a actos propios del servicio. “Equiparar los crímenes de guerra o las infracciones al Derecho Internacional Humanitario al delito estrictamente militar o al ‘delito de función’ no tiene, desde la perspectiva del derecho penal sustantivo, ninguna lógica jurídica ni fundamento conceptual”.³³⁷

La jurisdicción penal militar no debe ser la competente para investigar infracciones al derecho internacional humanitario. Los funcionarios del fuero militar no son el juez natural³³⁸ y carecen de independencia e imparcialidad³³⁹ para investigar graves violacio-

336 Véase Alejandro Valencia Villa, “Las ejecuciones extrajudiciales o arbitrarias: una aproximación jurisprudencial”, en Protocolo de Minnesota, Protocolo modelo para la investigación legal de ejecuciones extralegales, arbitrarias y sumarias, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, s. f., en particular la pp. 8 y ss.

337 Federico Andreu –Guzmán, *Tribunales militares y graves violaciones de derechos humanos*, Comisión Colombiana de Juristas, Bogotá, 2011, p. 110.

338 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la masacre de La Rochela vs Colombia, sentencia del 11 de mayo de 2007, párr. 200.

339 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Durand y Ugarte vs Perú, sentencia del 16 de agosto de 2000, párr. 125.

nes de derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario. Como lo ha mencionado en repetidas ocasiones la Corte Interamericana de Derechos Humanos,³⁴⁰ este fuero es excepcional y restringido y no es propio de su naturaleza la de investigar y juzgar crímenes de guerra. Si lo hace se estaría atentando contra la debida diligencia en la investigación de violaciones de derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario. Como lo ha señalado André Andreis, el primer abogado general ante la Corte de Casación de Bélgica, en el XIV Congreso de la Sociedad Internacional de Derecho Militar y Derecho de Guerra:

... la opción de confiar la represión de los crímenes de guerra e infracciones al Derecho Internacional Humanitario a los tribunales militares es problemática toda vez que estos crímenes tienen su fundamento en la necesidad de proteger un orden jurídico mundial, mientras que la jurisdicción penal militar tiene su razón de ser en el mantenimiento de la disciplina militar en provecho de los intereses nacionales o, en otras palabras, de los gobiernos.³⁴¹

Según la exposición de motivos del proyecto de Acto Legislativo:

Las actuaciones de la Fuerza Pública en el contexto de un conflicto armado, requieren de una evaluación técnica por parte de jueces especializados para la determinación de responsabilidad penal, incluso si se aduce que hubo una infracción al derecho internacional humanitario. Por esa razón, se considera que, salvo las excepciones mencionadas que son una lista cerrada, las infracciones al derecho internacional humanitario deben ser conocidas por la justicia penal militar.

340 Una de las últimas decisiones al respecto es la del Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, Sentencia de 23 de noviembre de 2009, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), en particular los párrafos 260 a 314.

341 Citado por Federico Andreu –Guzmán, *Tribunales militares y graves violaciones de derechos humanos*, ob. cit., pp. 102 y 103.

Sobre este particular se puede señalar:

... resulta infundado el argumento según el cual el conocimiento de los crímenes de guerra y las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario requiere que el juzgador tenga conocimientos jurídicos propios del Derecho Penal Militar. En primer lugar, no existe ninguna correlación entre los bienes jurídicos tutelados mediante los crímenes de guerra y aquellos protegidos por el Derecho Penal Militar. En segundo lugar, si la investigación y juzgamiento de determinados crímenes de guerra pueden requerir de conocimientos especializados en materia militar y de derecho internacional humanitario, estas pericias no son propias del Derecho Penal Militar. ... Cuando se requieren conocimientos especializados en asuntos técnicos y operacionales militares, fiscales y jueces de las jurisdicciones internacionales han recurrido a los peritajes.³⁴²

Debe ser la jurisdicción ordinaria la competente y por eso se la debe revestir de todos los conocimientos jurídicos y técnicos, ya sea a través de la formación de sus funcionarios y con la posibilidad que recurra a peritajes, para que investigue y juzgue las infracciones al derecho internacional humanitario que se presenten con ocasión y en desarrollo del conflicto armado.

Según el Acto Legislativo, el inciso tercero del artículo 221 constitucional quedaría así:

Cuando la conducta de los miembros de la Fuerza Pública en relación con un conflicto armado sea investigada y juzgada por las autoridades judiciales, se aplicará siempre el Derecho Internacional Humanitario. Una ley estatutaria especificará sus reglas de interpretación y aplicación, y determinará la forma de armonizar el derecho penal con el derecho internacional humanitario.

Sobre el particular dijo la exposición de motivos del proyecto de Acto Legislativo:

342 *Ibíd.*, pp. 104 y 105.

... el ordenamiento jurídico colombiano ... debe incorporar en su estructura normativa una norma especial de integración de incriminación específica para definir de manera explícita toda la estructura de imputación y exoneración contenidas en el DIH. Esta norma de armonización del DIH con el derecho penal permite construir causales de exoneración de responsabilidad penal que reflejen las reglas específicas del DIH sobre la conducción de hostilidades.

No es adecuado que una ley estatutaria establezca reglas de interpretación y aplicación del derecho humanitario a favor de la fuerza pública. Si lo que el derecho humanitario establece es prohibiciones y limitaciones en la conducción de las hostilidades, no es muy comprensible determinar con precisión el propósito de la ley. En ningún caso esta puede constituir una patente de corzo para legalizar conductas u operaciones militares contrarias a los derechos humanos. El respeto del derecho humanitario no depende de leyes sino de la voluntad inequívoca de quienes participan directamente en las hostilidades.

A la fecha de la entrega de esta publicación para la imprenta, la Corte Constitucional no se había pronunciado sobre la constitucionalidad de dicho Acto Legislativo, aunque previa a su aprobación tanto organismos del sistema universal³⁴³ como interamericano³⁴⁴ de derechos humanos, como organismos no gubernamentales³⁴⁵ se habían pronunciado en contra de dicha reforma.

343 El 27 de noviembre de 2012 la Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos se pronunció a este respecto y el 22 de octubre de 2012, once expertos de las Naciones Unidas (relatores especiales y miembros de grupos de trabajo) hicieron un llamamiento a las autoridades gubernamentales para que reconsideraran esta reforma.

344 La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el anexo al comunicado de prensa 144/12 al culminar su visita in loco a Colombia, el 7 de diciembre de 2012, manifiesta entre otras las preocupaciones a esta reforma y como varias de sus disposiciones serían incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

345 A modo de ilustración se señalan dos ejemplos uno a nivel internacional y otro a nivel nacional: Human Rights Watch, el 25 de octubre le envió una

9. 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 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. Vale la pena agregar que el mismo Código Disciplinario Único señala en el artículo 34.1 entre otras que “son deberes de todo servidor público: cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, los tratados de Derecho Internacional Humanitario, los demás tratados ratificados por el Congreso, ...”, en esa medida si un agente del Estado no cumple o no hace respetar el derecho internacional humanitario va en contravía de sus deberes según el estatuto disciplinario.

La expresión “grave” fue demandada como inexequible 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 exequibilidad de la expresión “graves”, y señaló que:

En suma, los tratados internacionales que recogen el derecho internacional humanitario hacen referencia a algunas infracciones al mis-

carta al presidente de la República de Colombia criticando la ampliación del fuero militar y DeJusticia el 10 de diciembre de 2012 presentó unas observaciones al proyecto de reforma constitucional sobre fuero militar.

mo, 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.³⁴⁶

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.³⁴⁷ 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 solicitud 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.³⁴⁸

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.

346 Corte Constitucional, sentencia C-1076 del 5 de octubre de 2002, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

347 Véase supra pp. 316, 317, 328 y 333.

348 Sobre este particular véase Corte Constitucional, sentencia C-014 del 20 de enero de 2004, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

10. COMPARACIÓN ENTRE LOS CRÍMENES DE GUERRA DEL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, LAS INFRACCIONES GRAVES DE LOS CONVENIOS DE GINEBRA DE 1949 Y EL PROTOCOLO I DE 1977 Y LOS DELITOS CONTRA LAS PERSONAS Y BIENES PROTEGIDOS POR EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO DEL CÓDIGO PENAL¹

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. 50. Homicidio intencional	Art. 51. Homicidio intencional	Art. 130. Homicidio intencional	Art. 147. Homicidio intencional		Art. 135. Homicidio en persona protegida
Art. 2.a) i). Matar intencionalmente	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) ii). Someter a torturas o a otros tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos						

¹ Este cuadro se elaboró con base en otros dos cuadros, uno de Roberto Augusto Moreno "Los crímenes de guerra, receptación en el ordenamiento jurídico argentino" en Valladares, Gabriel Pablo (comp.), *Lecciones y Ensayos, Derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, págs 468 a 478 y Ambos, Kai, y. Malarino, Ezquiel (eds.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Fundación Konrad-Adenauer, Uruguay, 2003, págs 640 a 652.

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
<p>Art. 2 a) iii). Infligir deliberadamente grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud.</p>	<p>Art. 50 El hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud.</p>	<p>Art. 51. El hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud.</p>	<p>Art. 130. El hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud.</p>	<p>Art. 147. El hecho de causar liberadamente grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud.</p>		<p>Art. 137. Tortura en persona protegida.</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. 154. Destrucción y apropiación de bienes protegidos. Art. 157. Ataque contra obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas.</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. Constreñimiento a apoyo bélico.</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) vi). Privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a otra persona de sus derechos a un juicio justo e imparcial;			Art. 130. El hecho de privarlo de su derecho a ser juzgado imparcialmente según las prescripciones del presente Convenio.	Art. 147. El hecho de privarla de su derecho a ser juzgada legítima e imparcialmente según las prescripciones del presente Convenio.	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	Art. 149. Detención ilegal y privación del debido proceso.
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. 2 a) viii). Toma de rehenes.				Art. 147. Toma de rehenes		Art. 148. 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:						

Art. 8 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional	Convenios o protocolos	Código Penal Colombiano
<p>2. b) i). Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil en cuanto tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades:</p>	<p>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)</p>	
<p>2. b) ii). Dirigir intencional ataques contra objetos civiles, es decir, objetos que no son objetivos militares.</p>	<p>Protocolo I. Se eleva a la categoría de tipo penal autónomo la conculcación de la obligación de protección general de los bienes de carácter civil Art. 52.1. Los bienes de carácter civil no será objeto de ataque ni de represalias.</p>	<p>Art. 154. Destrucción y apropiación de bienes protegidos. Art. 158. Represalias.</p>
<p>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>	<p>Nuevo</p>	
<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 medio ambiente.</p>

Art. 8 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional	Convenios o protocolos	Código Penal Colombiano
<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. 59. 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>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 péfido, 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>

Art. 8 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional	Convenios o protocolos	Código Penal Colombiano
<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. 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 aislados los enfermos y heridos, a condición de que no se destinen para fines militares. 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. Art. 155. Destrucción de bienes e instalaciones de carácter sanitario</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: a) las mutilaciones físicas; b) los experimentos médicos o científicos;</p>	<p>Art. 146. Tratos inhumanos y degradantes y experimentos biológicos en persona protegida.</p>
<p>2 b) xi). Matar o herir a traición a personas pertenecientes a la nación o al ejército enemigo.</p>	<p>Protocolo I. (37) 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>

Art. 8 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional	Convenios o protocolos	Código Penal Colombiano
2 b) xii). Declarar que no se dará cuartel.	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. 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.	Art. 145. Actos de barbarie.
2 b) xiii). Destruir o confiscar bienes del enemigo a menos que las necesidades de la guerra lo hagan imperativo.	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;	Podría aplicarse el Art. 154.
2 b) xiv). Declarar abolido, suspendido o inadmisible ante un tribunal los derechos y acciones de los nacionales de la parte enemiga.	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.	Art. 149. Detención ilegal y privación del debido proceso.
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.	Convenio de Ginebra III. Art. 130. Ver art- 8.2 a)iv). Convenio de Ginebra IV. Art. 147. Ver art- 8.2 a)iv). 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.	
2 b) xvi). Saquear una ciudad o una plaza, incluso cuando es tomada por asalto.	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.	Podría aplicarse el Art. 151. Despojo en el campo de batalla.

Art. 8 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional	Convenios o protocolos	Código Penal Colombiano
2 b) xvii). Emplear veneno o armas envenenadas	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	Art. 142. Utilización de medios y métodos de guerra ilícitos.
2 b) xviii). Emplear gases asfixiantes, tóxico o similares o cualquier líquido, materia o dispositivo análogo.	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).	Art. 142. Utilización de medios y métodos de guerra ilícitos.
2 b) xix). Emplear balas que se abran o aplastan fácilmente en el cuerpo humano, con balas de camisa dura que no recubra totalmente la parte interior o que tenga incisiones.	Declaración prohibiendo el empleo de las balas que se hinchaban o aplastan fácilmente en el cuerpo humano. (La Haya, 29 de julio de 1899).	Art. 142. Utilización de medios y métodos de guerra ilícitos.
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.	Nuevo (Se evita enumerar las armas de destrucción masiva complementadas en las más modernas convenciones). (Se evita enumerar las armas de destrucción masiva complementadas en las más modernas convenciones). 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).	Art. 142. Utilización de medios y métodos de guerra ilícitos.

Art. 8 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional	Convenios o protocolos	Código Penal Colombiano
<p>2 b) xxif) 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. Conflictos armados internos: Protocolo II. Art. 4.2. 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. Tribunal Penal Internacional para Rwanda: Art. 4.e.</p>	<p>Art. 146. Tratos inhumanos y degradantes y experimentos biológicos en persona protegida. Art. 147. Actos de discriminación racial.</p>
<p>2 b) xxij) 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>Nuevo Convenio de Ginebra I. Art. 27. Protocolo I. Art. 75.2.b. Protocolo II. Art. 4.2.c. Tribunal Penal Internacional para Rwanda: Art. 4.e.</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>Nuevo 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>	

Art. 8 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional	Convenios o protocolos	Código Penal Colombiano
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.	Nuevo	Art. 153. Obstaculización de tareas sanitarias y humanitarias. Art. 155. Destrucción de bienes e instalaciones de carácter sanitario.
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.	Nuevo Protocolo I. Art. 54.1 Queda prohibido, como método de guerra, hacer padecer hambre a las personas civiles.	Podría aplicarse el Art. 160. Atentados a la subsistencia y devastación.
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.	Nuevo 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.	Art. 162. Reclutamiento ilícito.
Crímenes de guerra en conflictos armados no internacionales		
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.	Nuevo 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.	Art. 155. Homicidio en persona protegida. Art. 136. Lesiones en persona protegida. Art. 137. Tortura en persona protegida.

Art. 8 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional	Convenios o protocolos	Código Penal Colombiano
2 c) ii) Los ultrajes contra la dignidad personal, en particular los tratos humillantes o degradantes.	Nuevo Art. 3 común a los Convenios de Ginebra. 1.c. Los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes o degradantes.	Art. 146. Tratos inhumanos y degradantes y experimentos biológicos en persona protegida. Art. 147. Actos de discriminación racial.
2 c) iii) La toma de rehenes	Nuevo Art. 3 Común a los Convenios de Ginebra. 1.b. La toma de rehenes.	Art. 148. Toma de rehenes.
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.	Nuevo 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.	Art. 149. Detención ilegal y privación del debido proceso.
2 e) j). 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:		
2 e) j). Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil como tal o contra civiles que no participan directamente de las hostilidades.	Nuevo 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.	

Art. 8 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional	Convenios o protocolos	Código Penal Colombiano
<p>2 e) ii). Dirigir intencionalmente ataques contra la 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>Nuevo 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>Nuevo</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>Nuevo 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>Nuevo Protocolo II. Art. 4. inc. 2.º, g) El pillaje.</p>	<p>Podría aplicarse el Art. 151. Despojo en el campo de batalla.</p>

Art. 8 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional	Convenios o protocolos	Código Penal Colombiano
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.	Nuevo 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	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.
2.e) vii). Reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o utilizarlos para participar activamente en hostilidades.	Nuevo 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.	Art. 162. Reclutamiento ilícito.
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.	Nuevo Protocolo II. Art. 17, inc. 1º. 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.	Art. 159. Deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil.
2.e) ix). Matar o herir a traición a un combatiente enemigo.	Nuevo	Art. 145. Actos de barbarie.
2.e) x). Declarar que no se dará cuartel.	Nuevo	Art. 145. Actos de barbarie.

Art. 8 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional	Convenios o protocolos	Código Penal Colombiano
<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>Nuevo</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>Nuevo</p>	<p>Podría aplicarse el Art. 154.</p>
<p>xiii) Emplear veneno o armas envenenadas;¹</p>	<p>Nuevo</p>	<p>Art. 142. Utilización de medios y métodos de guerra ilícitos.</p>
<p>xiv) Emplear gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivo análogos;[*]</p>	<p>Nuevo</p>	<p>Art. 142. Utilización de medios y métodos de guerra ilícitos.</p>
<p>xv) Emplear balas que se ensanchan o aplastan fácilmente en el cuerpo humano, como balas de camisa dura que no recubra totalmente la parte interior o que tenga incisiones. [*]</p>	<p>Nuevo</p>	<p>Art. 142. Utilización de medios y métodos de guerra ilícitos.</p>

* Estos literales xiii), xiv) y xv) que están entre comillas fueron incluidos por la Resolución RC/Res.5, aprobada por consenso en la 12^a sesión plenaria el 10 de junio de 2010 de la Asamblea de los Estados Partes del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Estos literales son idénticos a los numerales xvii), xviii) y xix) respectivamente del numeral 2.b) del mismo artículo 8.

11. ANÁLISIS DE ALGUNAS INFRACCIONES

A continuación se hace un análisis de algunas de las transgresiones 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 transgresiones al derecho humanitario que se presentan en Colombia, ni hacer un análisis sobre este particular. Organizaciones gubernamentales y no gubernamentales nacionales e internacionales realizan este trabajo y han elaborado documentos e informes al respecto.³⁴⁹ De lo que se trata es de ofrecer un análisis básico de conceptos, características y elementos de cada transgresión. 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: “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 análoga.³⁵⁰

349 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.cinep.org.co y www.coljuristas.org. A nivel gubernamental el Observatorio de derechos humanos y derecho humanitario de la Presidencia de la Republica también elabora estadísticas sobre el particular, véase www.derechoshumanos.gov.co/observatorio.

350 Según el derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, es norma consuetudinaria para conflictos armados internacionales y no internacionales,

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.³⁵¹

Según el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia:

“[P]ara probar el delito de asesinato conforme al artículo 3 del Estatuto, la Fiscalía tiene la carga de probar: 1) la muerte de la víctima que no tomaba parte activa en las hostilidades; 2) que la muerte fue resultado de un acto u omisión del acusado o de una o más personas por las que el acuso es penalmente responsable; 3) la intención del acusado o de la persona o personas por las que es penalmente responsable: a) de matar a la víctima; o b) de causarle deliberadamente lesiones corporales graves que el perpetrador razonablemente sabría que probablemente la conducirían a la muerte”.³⁵²

en relación con las personas civiles o fuera de combate, la siguiente: “Norma 89. Queda prohibido el homicidio”. Véase Jean –Marie Henkaerts, Louise Doswald – Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob. cit., pp. 355 a 359.

351 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.

352 Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso Kvočka et al., (Sala de Apelaciones), 28 de febrero de 2005, párr. 261. Véase también Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia caso Brdjanin, (Sala de Primera Instancia), 1 de septiembre de 2004, párr. 381. Este último fallo citado también por la Corte Constitucional en su sentencia C – 291 de 2007, magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinoza, p. 116: “la muerte de

El mismo Tribunal ha dicho que no se requiere “que se presente el cadáver como prueba de la muerte. Sin embargo, debe haber prueba para ligar las lesiones recibidas con la muerte resultante”.³⁵³

“[L]os factores relevantes [para inferir que la víctima ha muerto si se carece del cadáver como prueba] incluyen, pero no se limitan a, que el tiempo coincida o casi coincida con el de la muerte de otras víctimas; que las víctimas estuvieran presentes en el área donde tuvo lugar un ataque armado; cuándo, dónde y las circunstancias en las que la víctima fue vista por última vez; y, el comportamiento de los soldados en la cercanía, así como hacia otros civiles, en el periodo relevante”.³⁵⁴

También ha señalado este Tribunal Penal Internacional que el requisito del *mens rea* para homicidio intencional es que el acusado “pretendía causar la muerte o infringir lesiones corporales graves que, como es razonablemente asumir, y éste debía comprender, probablemente llevarían a la muerte ...”.³⁵⁵ Que tampoco se requiere premeditación³⁵⁶ y que “[E]l asesinato en y por sí mismo

la víctima que resulta de un acto u omisión del acusado, cometido con la intención de matar o de causar daño corporal serio, con el conocimiento razonable de que probablemente causaría la muerte”.

- 353 Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso Brdjanin, (Sala de Primera Instancia), 1 de septiembre de 2004, párrs. 383, 385.
- 354 Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso Halilovic, (Sala de Primera Instancia), 16 de noviembre de 2005, párr. 37.
- 355 Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso Kordic y Cerkez, (Sala de Apelaciones), 17 de diciembre de 2004, párr. 36. El mismo Tribunal en el caso Limaj dijo que el *mens rea* por asesinato requiere “la intención del perpetrador, al momento del acto u omisión, de matar a la víctima o, en ausencia de dicha intención específica, con el conocimiento de que la muerte sería una consecuencia probable del acto u omisión”. Caso Limaj et al., (Sala de Primera Instancia), 30 de noviembre de 2005, párr. 241 Ver también Strugar (Sala de Primera Instancia), 31 de enero de 2005, párr. 236.
- 356 Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso Brdjanin, (Sala de Primera Instancia), 1 de septiembre de 2004, párr. 386.

no puede ser considerado como un ultraje contra la dignidad personal. El asesinato causa la muerte, que es diferente del concepto de humillación, degradación o ataques graves a la dignidad humana.³⁵⁷

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 [armado] interno. Como 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,

357 Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso *Kvočka et al.*, (Sala de Primera Instancia), 2 de noviembre de 2001, párr. 172.

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.³⁵⁸

Los Elementos de los Crímenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional señalan como los tres primeros 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 religioso³⁵⁹ que no tomaban parte activa en las hostilidades.
3. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían esa condición.

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

358 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Bámaca Velázquez*, sentencia del 25 de noviembre de 2000, párrs. 207, 209 y 210.

359 En la expresión “personal religioso” se incluye el personal militar no confesional y no combatiente que realiza una función análoga.

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.

Aunque el código penal colombiano no contempla un tipo penal de feminicidio, que no es otra cosa que la muerte violenta de mujeres por razones de género, los crímenes de guerra proporcionan un contexto posible en el que pueden ocurrir feminicidios, pero tampoco son la figura adecuada para su tipificación, ya que se requiere la concurrencia de elementos adicionales relativos al contexto en que se cometen dichos crímenes.³⁶⁰ De todos, modos, el artículo 27 de la ley 1257 de 2008, por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, adiciona el artículo 135 con un inciso aumentando la pena “de la tercera parte a la mitad cuando se cometiere contra una mujer por el hecho de ser mujer”.

La Procuraduría General de la Nación expidió la Directiva 011 el 14 de julio de 2010 en que establece una serie de directrices para abordar el análisis de este tipo penal, en la que concluye que los llamados “falsos positivos”, que no son otra cosa que civiles asesinados que son presentados como guerrilleros muertos en combate, deben ser considerados en principio homicidios en persona protegida.³⁶¹

360 Véase Patsilí Toledo Vásquez, *Femicidio*, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, México, 2009, p. 56.

361 Procuraduría General de la Nación, “Directiva 011, Directrices para abordar el análisis del tipo penal denominado homicidio en persona protegida, artículo 135 del código penal colombiano”, 14 de julio de 2010.

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 previsión, 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.³⁶² “[N]o sólo se prohíbe dar la orden de matar, sino también la amenaza y la ejecución, con o sin órdenes”.³⁶³ “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”.³⁶⁴

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 se penaliza, en el artículo 145, entre otras, los “actos de no dar cuartel” y los “actos dirigidos a no dejar sobrevivientes o a rematar los heridos y enfermos”. Los tres primeros elementos del crimen de guerra de no dar cuartel en el Estatuto de la Corte Penal Internacional son los siguientes:

362 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.

363 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. 1595.

364 *Ibíd.*, párr. 1589.

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.
3. Que el autor haya estado en situación de mando o control efectivo respecto de las fuerzas subordinadas a las que haya dirigido la orden o la declaración.

Según el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, 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.³⁶⁵

La investigación del Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, señala que “[l]a Corte Constitucional de Colombia resolvió que esta prohibición era constitucional, ya que su finalidad era proteger la vida y la dignidad de las personas. Asimismo, sostuvo que no debían obedecerse las órdenes superiores que implicasen homicidios fuera de combate”.³⁶⁶ En efecto, la Corte Cons-

365 Véase Jean-Marie Henkaerts, Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob. cit., pp. 179 a 192. .

366 *Ibíd.*, p. 181.

titucional en su sentencia C – 225/95 cita la sentencia T-409/92, sobre el tema de obediencia debida y señala que:

*... bien podría negarse un subalterno a obedecer la orden impartida por su superior si ella consiste ... en ocasionar la muerte fuera de combate, pues semejantes conductas, por su sola enunciación y sin requerirse especiales niveles de conocimientos jurídicos, lesionan de manera abierta los derechos humanos y chocan de bulto con la Constitución.*³⁶⁷

c) La tortura y los tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes

“Los caníbales comen la carne de los muertos y nosotros reaccionamos con horror, pero somos nosotros los que torturamos y perseguimos a los vivos”. Esta frase pertenece a un revelador texto “En primer lugar la crueldad” escrito por Judith N. Shklar, que subraya porque los seres humanos recurrimos a esta práctica.³⁶⁸

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 donde ambos cuerpos de normas se refuerzan recíprocamente”.³⁶⁹ 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, inhumanas 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

367 Corte Constitucional, sentencia C-225/95, magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero, párr. 36.

368 Judith N. Shklar, “En primer lugar la crueldad”, Daedalus, Vol 111, No. 3, American Academy of Arts and Sciences & MIT Press, Boston, Summer 1982, traducción no oficial de Hernando Valencia Villa, pp. 17 a 28.

369 Walter Käldin, “La lucha contra la tortura”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, No. 147, septiembre 1998, Ginebra, p. 471.

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”.³⁷⁰ 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...

Este tipo penal merece varios comentarios relevantes. Existe diferencia entre el título del artículo y el sujeto pasivo protegido por la norma. El título hace referencia a persona protegida y la norma a persona, expresiones que son bien distintas a la luz del derecho humanitario. Aunque pueda sostenerse que toda víctima al momento de ser torturada es una persona protegida,³⁷¹ ya

370 Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso Celebici, sentencia del 16 de noviembre de 1998. Según el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, es norma consuetudinaria para conflictos armados internacionales y no internacionales, en relación con las personas civiles o fuera de combate, la siguiente: “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. Jean –Marie Henkaerts, Louise Doswald – Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob. cit., pp. 359 a 364.

371 El elemento tres del crimen de guerra de tortura del Estatuto de la Corte Penal Internacional (artículo 8.2.c.i.4), lo da entender así cuando señala “[q]ue esa persona o personas hayan estado fuera de combate o hayan

que materialmente es imposible torturar a una persona mientras participa directamente en las hostilidades (persona no protegida), puesto que la tortura está prohibida de manera absoluta por el derecho internacional³⁷² y por ende no se debe torturar a nadie, la interpretación más acorde debe ser la del texto del artículo.

También como ya se señaló,³⁷³ lo que se define como tortura en este tipo penal es muy similar a lo que consagra el derecho internacional de los derechos humanos. Este artículo, tiene mucho en común con las definiciones de tortura de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes de 1984 y de la Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura de 1985. En particular, la redacción es casi textual a la Convención de Naciones Unidas de 1984: “se entenderá por el término “tortura” todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin 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, ...” (artículo 1.1). Recoge pues dos de los elementos centrales del concepto de tortura como son el de los actos que causen dolor o sufrimiento y las finalidades.

La jurisprudencia de los tribunales penales internacionales, le dan relevancia a la definición de la Convención de Naciones Unidas.³⁷⁴ En la sentencia del caso Furundzija, la sala de primera instancia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugosla-

sido personas civiles o miembros del personal sanitario o religioso que no tomaban parte activa en las hostilidades”.

372 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Bueno Alves vs. Argentina, Sentencia de 11 de mayo de 2007, párr. 76.

373 Véase supra p. 398, nota de pie de página 208.

374 Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso Celebici, sentencia del 16 de noviembre de 1998, párrs. 452 y ss.

via, señala, entre otros, 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; ...³⁷⁵

Requisitos que coinciden también con los dos primeros elementos del crimen de guerra de tortura del Estatuto de la Corte Penal Internacional (artículo 8.2.c.i.4):

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.

“No se requiere haber causado una lesión permanente para configurar tortura; no se requiere que la prueba del sufrimiento sea visible después de la comisión del delito”.³⁷⁶ “[L]a [tortura] puede cometerse en un solo acto o puede ser el resultado de una combinación o una acumulación de varios actos que, tomados de manera individual y fuera de contexto, pueden parecer anodinos. [...] Hay que evaluar la gravedad de los actos considerados en su conjunto,

375 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.

376 Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso Brdjanin, (Sala de Primera Instancia), 1 de septiembre de 2004, párr. 484.

en la medida en que se pueda demostrar que existe una correlación entre esos actos que se suceden en el tiempo o se repiten”.³⁷⁷

La expresión “graves” que aparece en corchetes en el artículo 137 del código penal 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”.³⁷⁸

El tipo penal del artículo 137 se diferencia en dos aspectos del artículo 178 denominado tortura, norma correspondiente al capítulo quinto de los delitos contra la autonomía personal del título III de los delitos contra la libertad individual y otras garantías. La primera diferencia, es que el artículo 137 trae el ingrediente normativo “con ocasión y en desarrollo del conflicto armado” y el 178 no, por las obvias razones que aquí se han señalado. La segunda, es que el artículo 178 contempla en el segundo inciso la posibilidad de cualquier otro fin (“[e]n la misma pena incurrirá el que cometa la conducta con fines distintos a los descritos en el inciso anterior”), como lo establece el artículo 2 de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura; es decir, el artículo 137 trae tres finalidades bien definidas (1º obtener de ella o de un tercero información o confesión, 2º de castigarla por un acto por ella cometido o que se sospeche que ha cometido, o 3º de intimarla o coaccionarla por cualquier razón que comporte algún tipo de discriminación), mientras que el artículo 178 trae esas mismas fi-

377 Sentencia del caso Krnojelac del Tribunal Penal de la antigua Yugoslavia, párr. 182, citado por Hernán Reyes, “Las peores cicatrices no siempre son físicas. La tortura psicológica”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, septiembre de 2007 No. 867 de la versión original, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, selección de artículos 2007, sin ciudad ni fecha, p. 309.

378 Corte Constitucional, sentencia C-148 del 22 de febrero de 2005.

nalidades más esta otra que es indeterminada. Bueno precisar que se debe tratar en cualquier caso de un fin prohibido, como lo ha sostenido la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia.³⁷⁹ Por lo demás, la Corte Constitucional en la sentencia C – 148 de 2005, también declaró inexecutable la palabra “graves” del artículo 178 por los mismos argumentos enunciados en el párrafo anterior.

Aunque el tercer inciso del artículo 178 (“[n]o se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o inherente a ellas”), no esté contemplado en el artículo 137, más que otra diferencia, es un enunciado propio de cualquier concepto de tortura, que también debe aplicarse para este último tipo penal. Tal formulación aparece en las Convenciones Interamericana (segundo inciso del artículo 2) y de Naciones Unidas (artículo 1) y por tal razón debe tenerse en cuenta al momento de interpretarse el artículo 137 conforme al artículo 93 constitucional.

Aunque los instrumentos internacionales de derechos humanos exigen que el sujeto activo sea un agente del Estado o un particular que actúe con su apoyo o aquiescencia, el Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia, en el caso Kunarac “confirmó la innecesaria existencia de agentes del estatales para la determinación de tortura desde la perspectiva del derecho internacional humanitario”.³⁸⁰ En esta sentencia, el Tribunal consideró que la determinación de

379 La tortura debe haber sido llevada a cabo para un propósito prohibido, Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso Kvočka et al., (Sala de Apelaciones), 28 de febrero de 2005, párr. 289.

380 Elizabeth Santalla Vargas, “La múltiple faceta de la tortura y los otros tratos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de los Tribunales Penales Internacionales”, en Kai Ambos, Ezequiel Malarino (editores), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, ob. cit., pp. 248 y 249. Esta interpretación se ha dado en otros casos como en Krnojelac, tanto para crímenes de guerra como de lesa humanidad.

la tortura radica más en la naturaleza del acto que en la calidad del sujeto activo.³⁸¹ En el Estatuto de la Corte Penal Internacional en el caso de tortura como crimen de guerra no se hace referencia a la calidad del sujeto activo³⁸² al igual que en los dos tipos penales del código colombiano donde el sujeto activo también es indeterminado.

La tortura también se diferencia del tipo penal de lesiones personales (art. 111). En ésta, la conducta puede ser culposa, que consiste en un daño en el cuerpo o en la salud y la finalidad no es un ingrediente normativo del tipo penal. La tortura es dolosa y siempre exige una finalidad. Si se hace un juego de palabras entre la tortura y las expresiones de la descripción de la conducta de lesiones personales, se puede decir que toda tortura es un daño al cuerpo o a la salud pero no todo daño al cuerpo o a la salud es tortura.

El código colombiano en el Título II trae dos tipos penales sobre los tratos inhumanos o degradantes (arts. 146 y 147), lo que da entender que es una conducta diversa a la tortura. Lo curioso es que como se verá de manera inmediata, para el actual derecho internacional de los derechos humanos, no son claras y objetivas las distinciones entre la tortura y un trato inhumano y degradante. Sin embargo, la diferenciación es pertinente hacerla sobre todo para determinar con claridad cuándo se puede imputar una conducta con base en el artículo 137 o en el artículo 146 o 147.

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.³⁸³ Las amenazas de realizar tales actos también son prohibidas por

381 *Ibíd.*, p. 246.

382 *Ibíd.*, p. 253.

383 Según se señaló en supra p. 94, estas prohibiciones también son de derecho consuetudinario.

el artículo 4.2.h del Protocolo II de 1977 contra quienes no participan 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.

Durante varios años, la doctrina y la jurisprudencia internacional señaló la gravedad como el criterio diferenciador entre la tortura, los tratos o penas crueles y los tratos o penas inhumanas o degradantes, donde lo más grave era la tortura y lo menos grave los tratos o penas inhumanas o degradantes. “[E]l grado de sufrimiento físico o mental requerido para demostrar trato cruel es inferior al que se requiere para tortura, ...”.³⁸⁴ Sin embargo, este elemento se ha venido abandonando en los últimos años como concepto para distinguir estas conductas. “... La noción de la ‘intensidad del sufrimiento’ no se presta a una gradación precisa y, en el caso de un sufrimiento principalmente mental, en oposición a un sufrimiento físico, puede existir una zona de incertidumbre acerca de la manera [...] [de evaluar] la cuestión en cada caso”.³⁸⁵

La gravedad no es un criterio diferenciador para estos crímenes en el Estatuto de Roma, ya que aparece en cada uno de ellos. Los Elementos de los Crímenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional señalan los graves dolores o sufrimientos físicos o mentales como el primer elemento del crimen de guerra tanto de la tortura (artículo 8.2.c.i.-4) como de tratos crueles (art. 8 2.c.i-3) y los

384 Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso Kvočka et al., (Sala de Primera Instancia), 2 de noviembre de 2001, párr. 161. En el mismo sentido el caso Naletilic y Martinovic, (Sala de Primera Instancia), 31 de marzo de 2003, párr. 246

385 Hernán Reyes, “Las peores cicatrices no siempre son físicas. La tortura psicológica”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, ob. cit., p. 287.

tratos humillantes o degradantes como uno de los elementos del crimen de guerra de atentados contra la dignidad personal (art. 8 2.c.ii), agregando para éste último crimen que “haya sido tan grave que esté reconocido generalmente como ultraje contra la dignidad personal”.³⁸⁶ Pareciera ser más diferenciador el elemento de la finalidad,³⁸⁷ que aparece señalado solamente para el crimen de tortura así: “2. que el autor haya inflingido 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”. “El elemento que distingue el trato inhumano de la tortura es que no está presente el criterio de que el trato debe inflingirse con una finalidad precisa”.³⁸⁸

386 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 deliberada y que causa un serio daño mental o corporal o sufrimiento físico, y constituye un serio ataque contra la dignidad humana. 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. Véase también los casos Naletilic y Martinovic, (Sala de Primera Instancia), 31 de marzo de 2003, párr. 246 y Blaskic, (Sala de Apelaciones), 29 de julio de 2004, párr. 595. 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. *Ibíd.*, caso Kordic y Cerkez, sentencia del 26 de febrero de 2001, párr. 256.

387 “El requisito de un propósito prohibido que es característico del delito de tortura es un elemento substancialmente distinto que no se requiere en el caso de los delitos de trato cruel”. Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso Kvočka et al., (Sala de Primera Instancia), 2 de noviembre de 2001, párr. 226.

388 Jean –Marie Henkaerts, Louise Doswald – Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob. cit., p. 363.

La gravedad es un criterio que depende de las características del trato o caso y de las condiciones de la víctima:

“Con respecto a la determinación de la gravedad de los actos que se imputan como tortura, la jurisprudencia previa del Tribunal ha sostenido que se deben considerar todas las circunstancias del caso y en particular la naturaleza y contexto en el que se infringe el dolor, la premeditación e institucionalización del maltrato, la condición física de la víctima, la manera y métodos empleados y la posición de inferioridad de la víctima. También es relevante para la determinación de la Sala el efecto físico o mental del trato dado a la víctima, la edad de la víctima, su sexo o estado de salud. Incluso, si el maltrato ha ocurrido durante un periodo de tiempo prolongado, ...”³⁸⁹

El Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, ha dicho que los actos que no correspondan a la definición del artículo 1º de la Convención contra la tortura,

en particular los actos que carezcan de los elementos de intencionalidad o que no hayan sido cometidos con los fines especificados, pueden constituir tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes con arreglo al artículo 16 de la Convención. Los actos encaminados a humillar a la víctima constituyen un trato o pena degradante aun cuando no se hayan infligido dolores graves.³⁹⁰

... un análisis a fondo de los *travaux préparatoires* de los artículos 1 y 16 de la Convención contra la Tortura y una sistemática interpretación de ambas disposiciones a la luz de la práctica del Comité contra la Tortura obligan a inferir que los criterios determinantes para distinguir la tortura de tratos o penas crueles, inhumanos o degradan-

389 Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso Limaj et al., (Sala de Primera Instancia), 30 de noviembre de 2005, párr. 237. En el mismo sentido véase el caso Brdjanin, (Sala de Primera Instancia), 1 de septiembre de 2004, párr 484.

390 Naciones Unidas, Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura, E/CN.4/2006/6, 16 de diciembre de 2005, párr. 35.

tes son más bien el propósito de la conducta y la indefensión de la víctima, antes que la intensidad de los dolores o sufrimientos infligidos, como argumentan el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y muchos estudiosos.³⁹¹

La Corte Interamericana, por su parte, recomienda valorar caso por caso.³⁹²

La Corte ya ha establecido que “[la] infracción del derecho a la integridad física y psíquica de las personas es una clase de violación que tiene diversas connotaciones de grado y que abarca desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos que deberán ser demostrados en cada situación concreta.”³⁹³

Es decir, las características personales de una supuesta víctima de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes, deben ser tomadas en cuenta al momento de determinar si la integridad personal fue vulnerada, ya que tales características pueden cambiar la percepción de la realidad del individuo, y por ende, incrementar el sufrimiento y el sentido de humillación cuando son sometidas a ciertos tratamientos.³⁹⁴

Al apreciar la severidad del sufrimiento padecido, la Corte debe tomar en cuenta las circunstancias específicas de cada caso, teniendo en cuenta factores endógenos y exógenos. Los primeros se refieren a

391 *Ibíd.*, párr. 39.

392 Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Interamericana no es unánime en la distinción entre tortura y otros tratos y no es fácil colegir parámetros constantes de interpretación. Elizabeth Santalla Vargas, “La múltiple faceta de la tortura y los otros tratos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de los Tribunales Penales Internacionales”, en Kai Ambos, Ezequiel Malarino (editores), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, ob. cit., p. 239 y ss.

393 Corte Interamericana, Caso Caesar, párr. 69; Caso Loayza Tamayo, Sentencia de 17 de septiembre de 1997, párr. 57; Caso Caso Ximenes Lopes C.. Brasil, párr. 127.

394 Corte Interamericana, caso Caso Ximenes Lopes c. Brasil, párr. 127.

las características del trato, tales como la duración, el método utilizado o el modo en que fueron infligidos los padecimientos, así como los efectos físicos y mentales que éstos tienden a causar. Los segundos remiten a las condiciones de la persona que padece dichos sufrimientos, entre ellos la edad, el sexo, el estado de salud, así como toda otra circunstancia personal.³⁹⁵

Por su parte, el Comité contra la Tortura, en su Observación General No. 2 sigue la línea del Relator y manifiesta que “en comparación con la tortura, los malos tratos difieren en la gravedad del dolor y el sufrimiento y no requieren la prueba de fines inaceptables.”³⁹⁶ Agrega lo siguiente:

En la práctica, no suele estar claro el límite conceptual entre, los malos tratos y la tortura. La experiencia demuestra que las condiciones que dan lugar a malos tratos suelen facilitar la tortura y, por consiguiente, las medidas necesarias para impedir la tortura han de aplicarse para impedir los malos tratos. Por consiguiente, el Comité considera que la prohibición de los malos tratos tiene también carácter absoluto en la Convención, y que su prevención debe ser efectiva e imperativa.³⁹⁷

Son pues nociones que forzosamente se superponen donde es muy difícil trazar una línea clara de entre diferentes umbrales de sufrimiento,³⁹⁸ máxime cuando en relación con ambos tipos penales colombianos, la gravedad no debe ser uno de los criterios adecuados para establecer una distinción entre tortura y trato inhumano y degradante, porque la declaratoria de inexecutable

395 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Bueno Alves c. Argentina, párr. 83

396 Comité contra la Tortura, Observación General No. 2 (2008), párr. 10.

397 Comité contra la Tortura, Observación General No. 2 (2008), párr. 3.

398 Véase Cordula Droege, “El verdadero Leimotiv: la prohibición de la tortura y otras formas de malos tratos en el derecho internacional”, en Comité Internacional de la Cruz Roja, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Ginebra, Septiembre de 2007, No. 867, Selección de artículos 2007, p. 222.

precisamente de esa palabra por parte de la Corte Constitucional, borra los límites que entre ambas figuras podría establecerse a partir de ese adjetivo.

Incluso la tendencia cada vez mayor de los organismos internacionales es a no establecer distinciones tan concluyentes entre cada una de estas categorías. Ha dicho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

“Teniendo en consideración que la Convención [Europea de Derechos Humanos] es un instrumento vivo que debe ser interpretado a la luz de las condiciones del presente, la Corte considera que ciertos actos que en el pasado fueron considerados como “tratos inhumanos y degradantes” como opuestos a tortura, podrían ser clasificados en forma diferente en el futuro. Se parte del elevado estándar que se requiere para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales que exigen inevitablemente gran firmeza para enfrentar la violaciones de los valores fundamentales de las sociedades democráticas”.³⁹⁹

Otra práctica cercana a la tortura y a los tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes, son los experimentos médicos que no tengan fundamento en la salud de la persona. 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”. 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

399 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Selmouni vs Francia, 28 de julio de 1999.

transgresión se debe a las prácticas médicas y científicas adelantadas contra personas durante la Segunda Guerra Mundial.⁴⁰⁰ 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.

Los tratos crueles, inhumanos y degradantes y la tortura aparecen como agravante tanto de manera general como en algunos tipos específicos del Código penal colombiano. Como criterio para determinar la punibilidad, el artículo 58 número 8º establece “circunstancias de mayor punibilidad, siempre que no hayan sido previstas de otra manera: aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito”. El artículo 166 establece como circunstancias de agravación de la desaparición forzada “7. Si se somete a la víctima a tratos crueles, inhumanos o degradantes durante el tiempo en que permanezca desaparecida, siempre y cuando la conducta no configure otro delito. 8. Cuando por causa o con ocasión de la desaparición forzada le sobrevenga a la víctima la muerte o sufra lesiones físicas o psíquicas”. El artículo 181 consagra como circunstancias de agravación del desplazamiento forzado “5. Cuando se sometiere a la víctima a tratos crueles, inhumanos o degradantes”. También aparece la tortura como circunstancia de agravación punitiva del prevaricato en el artículo 415.

400 Según el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, es norma consuetudinaria para 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 de la persona concernida y que no sea conforme a las normas médicas generalmente aceptadas”. Véase Jean -Marie Henkaerts, Louise Doswald - Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob. cit., pp. 366 a 368.

Aunque con excepción de este último artículo, la descripción de estos agravantes esté más cercana a la noción de trato cruel, inhumano y degradante que de la tortura, se debe tener en cuenta lo señalado en el punto anterior sobre las dificultades de establecer un lindero estricto entre ambos conceptos.

Sobre los actos que causen dolor o sufrimiento, físico o mental, y sobre la finalidad también existe abundante jurisprudencia internacional tanto de los organismos de los sistemas internacionales de protección derechos humanos⁴⁰¹ como de los tribunales penales internacionales.⁴⁰² La imaginación del ser humano es increíble, incluso para cometer conductas que inflijan la dignidad humana, lo cual hace ilimitado un listado de cuáles pueden ser esos actos y de las finalidades que pueden adecuarse a la tortura. Como ilustración, los siguientes son algunos ejemplos de tortura que no constituyen una lista exhaustiva que aparecen en la jurisprudencia, además de la violación sexual que será tratada en el apartado siguiente:

una paliza seguida de tres días de detención durante los cuales la víctima no recibe comida ni agua ni puede utilizar el lavabo, descargas eléctricas, enterramiento con vida, asfixia bajo agua, suspensión de las muñecas, palizas severas, sobre todo golpes en las plantas de los pies, simulacros de ejecución, amenazas de disparar o matar, exposición de detenidos bajo interrogación a condiciones de frío extremo por períodos prolongados, una combinación de los siguientes métodos: inmovilizar en situaciones muy dolorosas, encapuchar en situaciones especiales, poner música fuerte durante períodos prolon-

401 Véase por ejemplo el Capítulo 2 del libro Derecho internacional de los derechos humanos; normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano, ob. cit.

402 Véase Cordula Droege, “El verdadero Leimotiv: la prohibición de la tortura y otras formas de malos tratos en el derecho internacional”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, ob. cit., que trae un actualizado y buen resumen de la jurisprudencia de los organismos de derechos humanos y de los tribunales penales internacionales.

gados, formular amenazas, incluidas amenazas de muerte, dar sacudidas violentas y utilizar aire frío para enfriar.⁴⁰³

Entre los métodos psicológicos utilizados en los interrogatorios se incluyen: la privación del sueño, aislamiento celular, miedo y humillación, humillaciones sexuales y culturales graves, recurso a amenazas y fobias para inducir al miedo a morir o a recibir heridas, recurso a ‘técnicas’ como la desnudez forzada, la exposición a temperaturas glaciales, la privación de la luz, etc.⁴⁰⁴

En fin, cuando se somete a una persona a dolores o sufrimientos físicos o mentales con una finalidad relacionada con el conflicto armado, de castigo, de intimidación o para obtener información, el tipo aplicar es el artículo 137. Cuando el hecho está vinculado con el conflicto armado pero no es clara la intensidad o la finalidad en el dolor o sufrimiento que se aplica y según las características del trato o de las condiciones de la víctima, se puede aplicar el artículo 146. Cuando el trato inhumano o degradante esté basado

403 *Ibíd.*, p. 232. Otro listado también ilustrativo de algunos de los factores que solos o combinados, equivalen a trato cruel, inhumano o degradante es el siguiente: falta de espacio mínimo por persona / hacinamiento (la Comisión Europea contra la Tortura ha establecido una superficie mínima de 7 m² por persona en una celda de detención); falta de luz natural o luz de día; luz artificial de día y de noche; falta de aire fresco o de ventilación; insuficientes posibilidades de salir de las celdas y hacer ejercicio; alimentos y agua inadecuados; condiciones materiales inadecuadas (falta de ropa de cama y vestimenta limpias o falta de materiales de limpieza); condiciones sanitarias e higiénicas inadecuadas; falta o denegación de atención médica, también psicológica; temperaturas excesivamente altas o bajas; exposición a inclemencias climáticas; ilicitud de la detención; aislamiento o confinamiento en celda de castigo; falta de contacto con el mundo exterior; falta de ocupación significativa o de trabajo en condiciones laborales lícitas; falta de respeto por las necesidades religiosas o espirituales; falta de segregación y de protección de los detenidos contra otros detenidos; violencia entre prisioneros; período de tiempo durante el cual la persona se encuentra detenida o retenida en tales condiciones. *Ibíd.*, pp. 240 y 241.

404 Hernán Reyes, “Las peores cicatrices no siempre son físicas. La tortura psicológica”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, ob. cit., p. 289.

en otras distinciones de carácter desfavorable que entrañen ultraje a la dignidad personal, la norma a tener en cuenta es el artículo 147. Cuando el dolor o sufrimiento físico o mental tiene cualquier finalidad y no es con ocasión y en desarrollo del conflicto armado, se debe imputar con base en el artículo 178.

d) La violación sexual y otros actos de violencia sexual

“[L]a guerra siempre va acompañada de la violación, que la sigue en su camino, aún cuando las estadísticas no la registran”.⁴⁰⁵ En particular, la violencia sexual afecta a las mujeres:

“Las razones por las cuales resultan las principales víctimas de esta violencia, como así mismo las formas en que son afectadas, difieren considerablemente de las experiencias sufridas por los hombres. Las mujeres enfrentan amenazas a su salud que derivan de sus diferencias biológicas. Para una mujer, existe el riesgo de quedar embarazada como resultado de la violación. A lo manifestado, se suma el daño permanente al sistema reproductivo, que a menudo resulta de la violencia sexual y la transmisión de enfermedades sexuales, incluido el sida. Asimismo, en muchas sociedades, las mujeres luego de ser atacadas sexualmente, son evitadas, desterradas, se las considera no aptas para contraer matrimonio y también resultan discriminadas y maltratadas dentro de la familia y la comunidad debido a la subordinación y devaluación de las mujeres y niñas y de sus roles en la sociedad. Este rechazo social refuerza en las víctimas los sentimientos de vergüenza, culpa, soledad y depresión. Muy pocas víctimas de estos delitos denuncian lo que les ha ocurrido. Viven en silencio con las horribles consecuencias de las atrocidades cometidas contra ellas. No son fáciles de obtener estadísticas reales, aquellas que se encuentran disponibles están a menudo basadas en datos referidos a víctimas que buscan ayuda médica, debido a embarazos, enfermedades transmitidas sexualmente o culminación de embarazos”.⁴⁰⁶

405 James Hillman, *Un terrible amor por la guerra*, ob. cit., p. 68

406 María Julia Moreyra, *Conflictos armados y violencia sexual contra las mujeres*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007, p. 2 y 3.

La violencia sexual es un ejercicio de dominación de la sexualidad pero también se usa para regular las relaciones y comportamientos, callar, obtener información, castigar, expropiar, disolver una organización, recompensar y cohesionar a los miembros de un grupo armado.⁴⁰⁷ Además reviste de formas diferentes a la violación sexual: mutilación sexual, desnudez forzada, esclavitud sexual, imposición de códigos de conducta, acoso u hostigamiento sexual, intento de violación, aborto forzado, anticoncepción forzada, manoseo, prostitución infantil, prostitución forzada, unión forzada y control de relaciones afectivas.⁴⁰⁸

“En la práctica se ha especificado que la prohibición de la violencia sexual tiene carácter no discriminatorio, es decir, que tanto los hombres como las mujeres, los adultos como los niños, están protegidos por la prohibición”.⁴⁰⁹ Salvo el embarazo forzado y el aborto forzado, los demás actos de violencia sexual están prohibi-

407 Humanas, Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género, *Guía para llevar casos de violencia sexual*, Bogotá, 2009, p. 23. La Relatora de la mujer para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos identificó cuatro finalidades de la violencia que afecta a las mujeres en el conflicto armado colombiano: orientada a atemorizar, lesionar y atacar al enemigo; dirigida a lograr el desplazamiento forzado; encaminada al reclutamiento forzado y a rendir servicios sexuales a los miembros de los grupos armados y destinada a mantener pautas de control social. CIDH, 2006, párr. 46. citada por Humanas, *Ibíd.*, p. 19.

El proyecto de ley 037 de 2012, “por el cual se modifican algunos artículos de las leyes 599 de 2000, 906 de 2004 y se adoptan medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial la violencia sexual con ocasión al conflicto armado, y se dictan otras disposiciones”, en su artículo 10º entiende por violencia “el uso de la fuerza, o la amenaza de la fuerza o la coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, la utilización de entornos de coacción que impidan a la víctima dar su libre consentimiento”.

408 *Ibíd.*, p.39.

409 Jean -Marie Henkaerts, Louise Doswald - Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob. cit., p. 373.

dos contra todo tipo de persona y no sólo contra las mujeres. No obstante, “[l]a mayoría de las normas del derecho humanitario se centran en la protección de la mujer, en vez de encarar la prohibición de las atrocidades basadas en el género”⁴¹⁰

Aunque existe un mayor reconocimiento de que los hombres y los niños pueden ser víctimas de la violencia sexual en conflictos armados, dicho reconocimiento no se ha traducido en acciones concretas y la atención prestada a esta problemática no es suficiente y poco se sabe de la violencia contra los hombres.⁴¹¹

Aunque la mayoría de las víctimas de la violencia sexual en el marco de los conflictos armados y los contextos de violencia política son mujeres, algunas investigaciones han puesto de manifiesto que el número de hombres víctimas de esta violencia ha sido subestimado con frecuencia. La violencia sexual contra los hombres es un fenómeno apenas abordado tanto desde el punto de vista de los derechos humanos como por otros actores relevantes y por los medios de comunicación. Sin embargo, algunas estimaciones apuntan a que el 3% de los hombres han sido violados a lo largo de su vida (frente al 13% de las mujeres). La OMS señala que entre el 5 y el 10% de los hombres han sufrido violencia sexual durante su infancia.

Sin embargo, las escasas organizaciones que atienden a las víctimas masculinas denuncian que la violencia sexual contra los hombres es un fenómeno silenciado. Los hombres que sufren la violencia sexual son condenados al ostracismo y apenas reciben atención psicosocial, puesto que ésta se ofrece principalmente a las mujeres. Los estereotipos de género refuerzan este silenciamiento que hace que los hombres no puedan presentarse como víctimas sin que su hombría sea

410 Amy Barrow, “Las resoluciones 1325 y 1820 del Consejo de Seguridad: promover las cuestiones de género en los conflictos armados y en el derecho internacional humanitario”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Marzo de 2010, No. 877, Selección de artículos 2010, p. 161.

411 Véase Sandesh Sivakumaran, “Del dicho al hecho: la ONU y la violencia contra hombres y niños durante conflictos armados”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Marzo de 2010, No. 877, Selección de artículos 2010.

cuestionada. Estos estereotipos que refuerzan la victimización de las mujeres y el enquistamiento del rol masculino en el de agresor tienen profundas consecuencias tanto para hombres como para mujeres, puesto que el sufrimiento de los primeros es ignorado, y en el caso de las mujeres se las encasilla en el papel de víctimas sin considerar su capacidad de agencia y autonomía.⁴¹²

En tiempo de conflicto armado, los hombres y los niños son especialmente vulnerables cuando están detenidos o cuando se los recluta de manera forzada con uno de los actores armados.⁴¹³ “Al igual que las mujeres y las niñas, los hombres y los niños pueden perder su capacidad reproductiva como consecuencia directa del abuso físico —que puede consistir en la castración o mutilación de genitales— o de los efectos psicológicos del abuso”.⁴¹⁴ El hombre víctima de una agresión sexual es “feminizado” por el perpetrador, quien lo obliga a ocupar la posición estereotipada de la mujer sumisa y subordinada.⁴¹⁵ L. Stemple sostiene que el cuestionamiento de los presupuestos relativos al género es la única forma de encarar cabalmente la violencia sexual tanto contra las mujeres como contra los hombres:

“Las agresiones sexuales contra los hombres sólo disminuirán cuando éstos sean percibidos como algo más que una clase monolítica de perpetradores y se reconozca que los hombres y los niños pueden y deben constituir un grupo con derecho a hacer valer sus derechos. El

412 Escuela de Cultura de Paz de la Universidad Autónoma de Barcelona, *Barómetro 27*, sobre conflictos y construcción de paz, julio – septiembre de 2011, p. 153.

413 Sandesh Sivakumaran, “Del dicho al hecho: la ONU y la violencia contra hombres y niños durante conflictos armados”, en *ob. cit.*, p. 187.

414 *Ibíd.*, p. 182.

415 Helen Durham y Katie O’Byrne, “El diálogo de la diferencia: el derecho internacional humanitario y las perspectivas de género”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Marzo de 2010, No. 877, Selección de artículos 2010, p. 54.

hecho de que los instrumentos de derechos humanos no tengan en cuenta esos derechos promueve la instauración de normas regresivas sobre la masculinidad, en lugar de poner en tela de juicio el nocivo *status quo*. Sería más útil comprender cómo las normas regresivas en cuanto a género dañan tanto a los hombres como a las mujeres. Es posible tener en cuenta el sexo y el género sin trazar falsas divisiones que enfrentan a todos los hombres contra todas las mujeres, a villanos contra damiselas en apuros”.⁴¹⁶

“La perspectiva de género aplicada al DIH hace hincapié en dos principios: primero, que cuando las mujeres (y los hombres) participan en la guerra, habría que reconocer la validez de sus experiencias, en lugar de excluirlas del discurso o reducirlas a estereotipos; y segundo, que las normas del DIH se aplican a todos los participantes en la guerra, con independencia de su sexo, tanto en el sentido de la protección como de la reglamentación”.⁴¹⁷

La violación sexual y otras formas de violencia sexual se encuentran prohibidas por el derecho humanitario.⁴¹⁸ 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 expresamen-

416 Citado en *Ibíd.*, p. 55.

417 *Ibíd.*, p. 57.

418 Las mujeres son las principales víctimas de estos hechos de violencia. Según el Derecho Humanitario Consuetudinario, 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 Jean –Marie Henkaerts, Louise Doswald – Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob. cit., pp. 537 a 541.

te establece la protección de las mujeres contra la violación sexual y cualquier otra forma de atentado contra el pudor.⁴¹⁹ 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 Nüremberg 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.

Este lenguaje fundado en el pudor y en el honor es criticado por obsoleto.⁴²⁰ De las 42 disposiciones específicamente relacionadas con la mujer que figuran en los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales de 1977, casi la mitad se refiere a las mujeres en su papel de embarazadas o de madres que amamantan.⁴²¹ “En el derecho internacional humanitario, el concepto de violación no se basa en la agresión, sino en la idea de la mujer como una propiedad y como despojo de guerra”.⁴²² La percepción de la violación como arma de guerra es importante, porque ayuda a establecer la violación como un crimen que causa daños, en vez de un crimen contra el honor.⁴²³ Parfraseando a María B. Olujic, a propósito de

419 Se critica por incorrecta la cuestión del honor en el derecho humanitario, ya que la única parte sin honor es la del perpetrador y la violación sexual es ante todo un crimen de violencia. María Julia Moreyra, *Conflictos armados y violencia sexual contra las mujeres*, ob. cit., p. 33.

420 Amy Barrow, “Las resoluciones 1325 y 1820 del Consejo de Seguridad: promover las cuestiones de género en los conflictos armados y en el derecho internacional humanitario”, ob. cit., p. 164.

421 Helen Durham y Katie O’Byrne, “El diálogo de la diferencia: el derecho internacional humanitario y las perspectivas de género”, ob. cit., p. 39.

422 Amy Barrow, “Las resoluciones 1325 y 1820 del Consejo de Seguridad: promover las cuestiones de género en los conflictos armados y en el derecho internacional humanitario”, ob. cit., p. 162.

423 *Ibíd.*, p. 164.

lo ocurrido en la antigua Yugoslavia, “las violaciones no serían un arma de tortura y de terror tan eficaz si no fuese por los conceptos de honor, vergüenza y sexualidad que se atribuyen al cuerpo de la mujer en tiempo de paz”.⁴²⁴

La prohibición de la violación y la violencia sexual tienen estatus de derecho consuetudinario a la luz del derecho internacional humanitario y el derecho penal internacional.⁴²⁵ Sin embargo, los tratados de derecho humanitario no la definen ni la establecen de manera expresa como infracción grave.⁴²⁶

En el Título II del Código Penal se tipifican como delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho humanitario el acceso 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 interna-

424 La frase de María B. Olujic aparece en *Ibíd.*, p. 161.

425 Según el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, 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”. Jean –Marie Henkaerts, Louise Doswald – Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob. cit., pp. 369 a 373. Womens Link Wordwilde, “Crímenes de género en el derecho penal internacional”, Guatemala, agosto de 2011, p. 4.

426 “Cabe destacar que la violencia sexual no está expresamente numerada como una infracción grave [a los Convenios de Ginebra de 1949 y al Protocolo I de 1977]. Ha ganado aceptación la opinión que la misma se encuentra comprendida dentro de otras categorías de infracciones graves, tales como “causar deliberadamente grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud” y “tortura o tratos inhumanos o degradantes” [artículo 147 del Convenio IV de 1949]. Sin embargo, la ausencia de una expresa referencia a la violencia sexual como una infracción grave da cuenta del histórico fracaso de la comunidad internacional de considerar la seriedad de la violencia sexual en los conflictos armados”. María Julia Moreyra, *Conflictos armados y violencia sexual contra las mujeres*, ob. cit., p. 30.

cional denomina violación. Los actos sexuales es lo que el derecho internacional denomina violencia sexual.

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”.⁴²⁷

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 uno y dos de los crímenes de guerra de dicho Estatuto (art. 8 2.e.vi-1) establecen lo siguiente:

1. Que el autor haya invadido⁴²⁸ 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 aprove-

427 El proyecto de ley 037 de 2012, “por el cual se modifican algunos artículos de las leyes 599 de 2000, 906 de 2004 y se adoptan medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial la violencia sexual con ocasión al conflicto armado, y se dictan otras disposiciones”, en su artículo 9º trae la misma definición, con la novedad que incluye la expresión “por insignificante que fuera”, después de la palabra penetración, como lo establecen los elementos de los crímenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

428 El concepto de “invasión” se utiliza en sentido amplio, para que resulte neutro en cuanto al género.

chando el entorno coercitivo, o se haya realizado en condiciones en que la persona era incapaz de dar su libre consentimiento.⁴²⁹

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.⁴³⁰

Los aportes de la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales en cuanto al tema de la violación sexual han girado sobre todo en relación con los elementos de la penetración y el consentimiento. “Con anterioridad, se entendía que existía violación cuando se producía penetración vaginal de la víctima, sin su consentimiento, con el pene del agresor. Estos tribunales han ampliado el concepto de penetración y han establecido en qué casos podemos considerar *per se* que no existe consentimiento de la víctima”.⁴³¹ Un ejemplo es el caso *Prosecutor vs. Issa Hassan Sesay*,

429 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 8 2) e) vi)-3, 5 y 6.

430 Amnistía Internacional, *Cómo utilizar el derecho penal internacional para impulsar reformas legislativas que incorporen la perspectiva de género*, Londres, 2005, pp. 20 y 21.

431 Womens Link Wordwilde, “Crímenes de género en el derecho penal internacional”, ob. cit., p. 4.

Un buen resumen de las contribuciones iniciales de los tribunales penales internacionales es el 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.

Morris Kallon y Augustine Gbao, conocido como caso *RUF*, del Tribunal Especial para Sierra Leona que

considera que existe violación cuando el acusado invade el cuerpo de otra persona mediante cualquier conducta que resulte en la penetración, por mínima que sea, de cualquier parte del cuerpo de la víctima, utilizando su órgano sexual o penetrando el ano o genitales de la víctima con cualquier objeto o cualquier parte de su cuerpo, siempre que la invasión haya sido el resultado del uso de la fuerza o la coacción. El Tribunal considera que el uso de la fuerza o su amenaza se producen de tal manera que la víctima sufre un temor a la violencia, la agresividad, la detención, la opresión psicológica o un temor por el abuso de poder, contra ella misma o alguna otra persona, o aprovechando un ambiente de coacción.⁴³²

El Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia ha sostenido desde el caso *Celibici*,⁴³³ siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda en el caso *Jean-Paul Akayesu*,⁴³⁴ 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 con los elementos de este delito como son la intencionalidad, que causen dolor o sufrimiento físico o psicológico, la existencia de una finalidad y que sea perpetrado por un agente del Estado o por un particular con su apoyo o tolerancia.⁴³⁵

432 Citado por Womens Link Wordwilde, “Crímenes de género en el derecho penal internacional”, ob. cit., p. 6.

433 Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso *Celibici*, sentencia del 16 de noviembre de 1998, párr. 479.

434 Tribunal Penal Internacional para Rwanda, caso *Akayesu*, sentencia del 2 de septiembre de 1998, párr. 688.

435 Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso *Celibici*, sentencia del 16 de noviembre de 1998, párrs. 494 a 496.

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,⁴³⁶ como en las decisiones de la Comisión Interamericana⁴³⁷ y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁴³⁸ Los actos de violación y violencia sexual que causen graves dolores y sufrimiento deben considerarse tortura.⁴³⁹ Teniendo en cuenta esta postura internacional, podría predicarse un concurso de delitos entre el acceso carnal y la tortura. Sobre este particular ha dicho el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia:

Algunos actos como la violación sexual, por su propia definición, parecen cumplir con el requisito del límite de gravedad. Como la tortura, la violación es una transgresión a la dignidad personal y se utiliza para fines tales como la intimidación, degradación, humillación y discriminación, castigo, control o destrucción de una persona. El sufrimiento o dolor grave, tal como lo requiere la definición del delito de tortura, puede considerarse establecido una vez que se ha demostrado el delito de violación, ya que el acto de violación necesariamente implica dicho dolor o sufrimiento.⁴⁴⁰

436 Corte Europea de Derechos Humanos, case of Aydin v. Turkey, 23178/94, 25 de septiembre de 1997.

437 CIDH, caso 10.970 (Perú), Informe 5/96 aprobado el 1° de marzo de 1996.

438 Son relevantes las sentencias de los casos Campo Algodonero vs México, sentencia del 16 de noviembre de 2009; Rosendo Cantú y otros vs. México, sentencia del 31 de agosto de 2010 y Fernández Ortega y otros vs México, sentencia del 30 de agosto de 2010. Un buen resumen de la jurisprudencia del sistema interamericano puede verse en Womens Link Wordwilde, “Crímenes de género en el derecho penal internacional”, ob. cit., p. 20 y ss.

439 Amnistía Internacional, *Violación y violencia sexual, leyes y normas de derechos humanos en la Corte Penal Internacional*, Madrid, 2011, p. 38 y ss.

440 Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso Brđjanin, (Sala de Primera Instancia), 1 de septiembre de 2004, párr. 485. El Tribunal Penal Internacional para Ruanda en el caso Akayesu, señaló: “como la tortura, la violación es usada para propósitos tales como intimidación, degradación, humillación, discriminación, castigo, control o destrucción de una

Sin embargo, la Sala de Cuestiones Preliminares II de la Corte Penal Internacional en el caso Bemba en una controvertida interpretación no confirmó el cargo de tortura como crimen de lesa humanidad por considerarlo subsumido en el crimen de violación sexual. Señala que no habiéndose aportado pruebas distintas a la violación que llevaran a demostrar la tortura, confirmó el cargo de violación y consideró innecesaria y en detrimento del acusado, la acumulación de cargos.⁴⁴¹

En relación con el consentimiento de la víctima, la Regla 70 de procedimiento y prueba del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que contiene los principios de la prueba en casos de violencia sexual, es muy categórica en señalar que:

- a) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre;
- b) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre;

persona. Como la tortura, la violación es una vulneración a la dignidad de la persona”, sentencia citada por Humanas, Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género, *Guía para llevar casos de violencia sexual*, ob. cit., p. 63.

441 Elizabeth Santalla Vargas, “La múltiple faceta de la tortura y los otros tratos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de los Tribunales Penales Internacionales”, en Kai Ambos, Ezequiel Malarino (editores), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, ob. cit., 2011, p. 254.

Vale la pena señalar, que en la mayoría de las decisiones jurisprudenciales, la violencia sexual contra hombres es caracterizada como tortura y no como violencia sexual tal. Sandesh Sivakumaran, “Del dicho al hecho: la ONU y la violencia contra hombres y niños durante conflictos armados”, en ob. cit, p. 190.

- c) El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual;
- d) La credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo.⁴⁴²

“La libertad sexual es la facultad que tiene la persona para auto determinar y auto regular su vida sexual”,⁴⁴³ y “cuando se vulnera este derecho, se coarta inexorablemente el derecho de la víctima a elegir, rechazar, aceptar y autodeterminar su comportamiento sexual, se le niega la posibilidad de disponer de su cuerpo y su sexualidad libremente”.⁴⁴⁴ Para que sean legítimos, los actos sexuales

442 El proyecto de ley 037 de 2012, “por el cual se modifican algunos artículos de las leyes 599 de 2000, 906 de 2004 y se adoptan medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial la violencia sexual con ocasión al conflicto armado, y se dictan otras disposiciones”, en su artículo 17 establece los siguientes principios de prueba en casos de violencia sexual: “El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra, gesto o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre; 2. El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra, gesto o conducta de la víctima cuando esta sea sin un consentimiento voluntario y libre; 3. El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual; 4. La credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo, sus representantes o familiares, no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo; 5. No se investigará el comportamiento sexual anterior o ulterior de la víctima o de un testigo. 6. El Juez o Magistrado no admitirá pruebas sobre el comportamiento sexual anterior o ulterior de la víctima o de un testigo. 7. El Juez o Magistrado no admitirá pruebas que propicien discriminaciones por razones religiosas, étnicas, ideológicas o políticas”.

443 Corte Suprema de Justicia, proceso 18455 de 2005 citado por Humanas, Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género, Guía para llevar casos de violencia sexual, Bogotá, 2009, p. 41.

444 *Ibíd.*, p. 62.

deben ser acordados por ambas partes por igual;⁴⁴⁵ la fuerza, la amenaza de la fuerza y la coacción menoscaban la autonomía sexual de la persona.⁴⁴⁶ Toda referencia al término “consentimiento” debe interpretarse siempre de un modo compatible con las leyes y normas de derechos humanos.⁴⁴⁷ En particular, los crímenes de violación y violencia sexual contra menores deben entenderse en función de la coacción, no del consentimiento.⁴⁴⁸ “... existen al menos cuatro condiciones en las que, a primera vista, se presume que se ha puesto en peligro el ejercicio de la autonomía sexual, reflejadas en la definición de violación y violencia sexual de los Elementos de los Crímenes [del Estatuto de la Corte Penal Internacional]:

1. Situaciones en las que el autor o la autora usó la fuerza o amenazó con usarla;
2. El autor o la autora usó la coacción o, genera miedo a la violencia, ejerce intimidación (incluida la detención), opresión psicológica, o abusa de su poder;
3. Entornos de coacción en los que el autor o la autora se aprovecha de una víctima; u
4. Otras condiciones, como la edad, que conllevan diversas formas de incapacidad natural o capacidad reducida que afectan a las personas a la hora de dar su libre consentimiento”.⁴⁴⁹

La prostitución forzada y la esclavitud sexual son definidas por el código penal en función de una prestación de servicios sexuales mediante el uso de la fuerza. Ambas conductas son definidas de manera igual por este artículo cuando son conceptos diferentes.

445 Amnistía Internacional, *Violación y violencia sexual, leyes y normas de derechos humanos en la Corte Penal Internacional*, ob. cit., p. 11 y ss.

446 *Ibíd.*, p. 15 y ss.

447 *Ibíd.*, p. 28 y ss.

448 *Ibíd.*, p. 31 y ss.

449 *Ibíd.*, p. 16.

Pareciera que el tipo consagra aspectos más cercanos a lo que se entiende por prostitución pero no ofrece elementos claros para definir la esclavitud sexual.⁴⁵⁰ La “prostitución forzada” suele referirse al control ejercido sobre una persona obligada por otra a realizar actividades sexuales mientras que la “esclavitud sexual” es “el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan todos los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos, incluida la disponibilidad sexual mediante la violación u otras formas de violencia sexual”.⁴⁵¹ La detención de mujeres en “campos de violación” o “centros de solaz”,⁴⁵² los “matrimonios” temporales y forzados con soldados, y otras prácticas en que se trata a las mujeres como mercancías, y a otros trabajos forzados que en último término implican actividades sexuales forzadas, incluida la violación, son formas de esclavitud sexual. La esclavitud sexual implica

450 Esta situación se corrige con el proyecto de ley 037 de 2012, “por el cual se modifican algunos artículos de las leyes 599 de 2000, 906 de 2004 y se adoptan medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial la violencia sexual con ocasión al conflicto armado, y se dictan otras disposiciones”, al incluir dos artículos distintos, uno para la prostitución forzada y otro para la esclavitud sexual: la prostitución sigue siendo definida igual al artículo 141 y la esclavitud sexual se define como “el que, con ocasión del conflicto armado, ejerza uno de los atributos del derecho de propiedad sobre persona protegida para que realice uno o más actos de naturaleza sexual”.

451 Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, La violación sistemática, la esclavitud sexual y las prácticas análogas a la esclavitud en tiempo de conflicto armado, Informe final presentado por la Sra. Gay J. McDougall, Relatora Especial, E/CN.4/Sub.2/1998/13, 22 de junio de 1998, párrs. 31 y 27.

452 Es un eufemismo peyorativo que hace referencia a los centros de detención y violación sexual creados por el gobierno del Japón durante la Segunda Guerra Mundial. Véase *Ibíd.* el apéndice del Informe de la Relatora que analiza de la responsabilidad jurídica del Gobierno del Japón por la creación de estos centros. Véase también María Julia Moreyra, *Conflictos armados y violencia sexual contra las mujeres*, ob. cit., p. 12 y ss.

un sometimiento en relación con el control de la sexualidad y la autonomía sexual de la persona.⁴⁵³

El matrimonio forzado, según la jurisprudencia del Tribunal Especial para Sierra Leona, en el caso *Brima, Kamara y Kanu*,

... no es un crimen de naturaleza predominantemente sexual y señala los múltiples aspectos no sexuales que integran el crimen de matrimonio forzado: el movimiento forzado de un lugar a otro, el trabajo doméstico forzado, la exclusividad sexual, el embarazo forzado, el alumbramiento forzado de niños y la obligación de criarlos. A continuación define el crimen de matrimonio forzado como una situación en la que *“el autor mediante sus palabras o su conducta o a través de aquellos de cuyos actos es responsable, obliga a una persona por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o la coacción a servir como cónyuge provocando en la víctima un sufrimiento mental grave así como lesiones físicas, mentales o psicológicas”*. La Cámara señaló que el matrimonio forzado implica una relación de exclusividad de la mujer respecto del “marido” hasta el punto de que el hombre puede castigar disciplinariamente a la “esposa” que es percibida como infiel.⁴⁵⁴

453 *Womens Link Wordwilde*, “Crímenes de género en el derecho penal internacional”, *ob. cit.*, p. 17.

El proyecto de ley 037 de 2012, “por el cual se modifican algunos artículos de las leyes 599 de 2000, 906 de 2004 y se adoptan medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial la violencia sexual con ocasión al conflicto armado, y se dictan otras disposiciones”, se incluye como nuevo delito en el artículo 5°. “Trata de personas en persona protegida con fines de explotación sexual. El que, con ocasión del conflicto armado, capte, traslade, acoja o reciba a persona protegida dentro del territorio nacional o hacia el exterior, con fines de explotación, incurrirá en ... Para efectos de este artículo se entenderá por explotación sexual el obtener provecho económico o cualquier otro beneficio para sí o para otra persona, mediante la explotación de la prostitución ajena, el matrimonio servil, el turismo sexual u otras formas de explotación sexual”.

454 *Ibíd.*, p. 19.

Sin embargo, la Corte Penal Internacional, en su decisión de confirmación de cargos en el caso *Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui*,

... se separa de la línea jurisprudencial establecida por el TESL [Tribunal Especial para Sierra Leona] y, en una definición menos comprensiva de esta grave violación de derechos humanos, entiende que el matrimonio forzado de mujeres y niñas se encuentra entre las situaciones abarcadas por la esclavitud sexual, o como una forma particular de esclavitud que abarca situaciones diversas, entre las que se encuentran el matrimonio forzado temporal con un soldado, la servidumbre doméstica y el trabajo forzoso.⁴⁵⁵

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 dos primeros elementos del crimen de guerra de esclavitud sexual del Estatuto de la Corte Penal Internacional (artículo 8 2.e.vi-2) son 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.⁴⁵⁶ 2. Que el autor haya hecho que esa persona o esas personas realizaran uno o más actos de naturaleza sexual”.

El primer elemento del crimen de guerra de la prostitución forzada (art. 8 2.e.vi-3) del Estatuto de la Corte Penal Internacional señala “[q]ue el autor haya hecho que una o más personas realizaran

455 *Ibíd.*, p. 20.

456 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.

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”. El segundo elemento que establece “[q]ue 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”, es criticado como inapropiado ya que “puede utilizarse para insinuar que las mujeres reciban algún tipo de ventaja pecuniaria del acto”.⁴⁵⁷ “En general, parece que en las situaciones de conflicto armado la mayor parte de los hechos que podrían describirse como casos de prostitución forzada también podrían calificarse de esclavitud sexual y tipificarse y perseguirse de manera más fácil y apropiada como casos de esclavitud”.⁴⁵⁸

Aunque la esclavitud sexual implica “limitaciones de la autonomía, la libertad de circulación y el poder de decidir cuestiones relativas a la propia actividad sexual”,⁴⁵⁹ no se requiere que estos actos se presenten en situaciones de confinamiento, como lo estableció el Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia en el caso Foca.⁴⁶⁰ En vista

457 Amnistía Internacional, *Cómo utilizar el derecho penal internacional para impulsar reformas legislativas que incorporen la perspectiva de género*, ob. cit., p. 19.

458 Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, *La violación sistemática, la esclavitud sexual y las prácticas análogas a la esclavitud en tiempo de conflicto armado*, Informe final presentado por la Sra. Gay J. McDougall, Relatora Especial, E/CN.4/Sub.2/1998/13, 22 de junio de 1998, párr. 33.

459 *Ibíd.*, párr. 29.

460 Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia, sentencia del 26 de junio de 1995. Una buena presentación del caso Foca en María Julia Moreyra, *Conflictos armados y violencia sexual contra las mujeres*, ob. cit., pp. 82 a 92. “Entre los parámetros que el Tribunal adoptó para la verificación de la esclavitud se incluye el control del movimiento y del ambiente físico, el control psicológico, las medidas para prevenir o impedir el escape, el

que el código penal estable de manera autónoma tipos para la esclavitud sexual y el acceso carnal violento y teniendo en cuenta que la violación puede ser una de las formas de la esclavitud sexual, lo que se sugiere cuando se presentan ambas situaciones es imputar un concurso ideal entre las dos conductas punibles, siempre y cuando se respete el principio del *non bis in idem*, esto es que no se utilicen las mismas circunstancias fácticas – imputación fáctica de la violación- para adecuarlas a dos tipos penales distintos – imputación jurídica de acceso carnal violento y de prestación de servicios sexuales. Es necesario reiterar que la práctica internacional subraya que “resulta más viable incoar causas criminales por muchos de los actos de violencia sexual cometidos durante conflictos armados si se consideran casos de esclavitud”.⁴⁶¹

El embarazo forzado no está consagrado en el Código Penal como un delito contra el derecho humanitario.⁴⁶² El artículo 101 lo

uso de la fuerza, la amenaza del uso de la fuerza o coerción, la duración de las medidas restrictivas, la afirmación de exclusividad, el trato cruel y el abuso, el control de la sexualidad y el trabajo forzado”. Citado en Leonardo G. Filippini, “Materiales sobre los elementos específicos de los crímenes contra la humanidad del art. 7º del Estatuto de Roma, en Parenti, Filippini, Folgueiro, *Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el derecho internacional*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007, p. 82. Véase también Womens Link Wordwilde, “Crímenes de género en el derecho penal internacional”, ob. cit., p. 17.

461 Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, La violación sistemática, la esclavitud sexual y las prácticas análogas a la esclavitud en tiempo de conflicto armado, Informe final presentado por la Sra. Gay J. McDougall, Relatora Especial, E/CN.4/Sub.2/1998/13, 22 de junio de 1998, párr. 17.

462 Esta situación también quiere subsanarse con el proyecto de ley 037 de 2012, “por el cual se modifican algunos artículos de las leyes 599 de 2000, 906 de 2004 y se adoptan medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial la violencia sexual con ocasión al conflicto armado, y se dictan otras disposiciones”, con el artículo 7º que incluiría como delito el embarazo forzado en persona protegida en los siguientes términos: El que, con ocasión del conflicto armado, obligue a quien ha quedado en embarazo por la fuerza a continuar con la gestación, “...”.

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). No ha sido posible 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 sólo 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, conforme al 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.

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.

Según los Elementos de los crímenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional, la esterilización forzada implica privar a una o más personas de la capacidad de reproducción biológica sin justificación en un tratamiento médico u hospitalario de la(s) víctima(s) y sin su libre consentimiento (art. 8 2.e.vi-5). Aunque la esterilización forzada no esté expresamente tipificada como un delito en el código penal colombiano,⁴⁶³ al igual que las mutilaciones

463 También en el proyecto de ley 037 de 2012, “por el cual se modifican algunos artículos de las leyes 599 de 2000, 906 de 2004 y se adoptan medidas para

sexuales y el desnudo forzado,⁴⁶⁴ 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.

A modo de recapitulación, aun cuando la violación sexual se puede presentar en casos de prostitución forzada y esclavitud sexual y aunque varios hechos que podrían describirse como casos de prostitución forzada también podrían calificarse de esclavitud sexual, el código penal consagra de manera expresa estos tres delitos de naturaleza sexual relacionados con el conflicto armado. Sin embargo, otros delitos de naturaleza sexual que no tienen una consagración taxativa como el embarazo forzado, la esterilización forzada, las mutilaciones sexuales y el desnudo forzado, pueden

garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial la violencia sexual con ocasión al conflicto armado, y se dictan otras disposiciones”, se incluye como nuevo delito en el artículo 6°. la esterilización forzada en persona protegida: “El que con ocasión del conflicto armado prive por medio de la violencia, a persona protegida de la capacidad de reproducción biológica, incurrirá en ... Parágrafo: No se entenderá como esterilización forzada cuando la privación de la capacidad de reproducción biológica tenga justificación en tratamiento médico o clínico de la víctima”.

464 El proyecto de ley 037 de 2012, “por el cual se modifican algunos artículos de las leyes 599 de 2000, 906 de 2004 y se adoptan medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial la violencia sexual con ocasión al conflicto armado, y se dictan otras disposiciones”, se incluye como nuevo delito en el artículo 8°. desnudez forzada en persona protegida: “El que, con ocasión del conflicto armado, obligue a desnudarse o permanecer desnuda, por medio de la violencia a persona protegida, incurrirá en ...”.

encuadrarse en otros tipos del Título II siempre y cuando se cometan con ocasión y en desarrollo del conflicto armado.

[L]a obligación específica de enjuiciar los crímenes de género ha sido enunciada por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en sus Resoluciones sobre Mujer, Paz y Seguridad. En concreto, destacan la Resolución 1325 (2000), de 31 de octubre de 2000, cuyo párrafo 11 “Subraya la responsabilidad de todos los Estados de poner fin a la impunidad y de enjuiciar a los culpables de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, especialmente los relacionados con la violencia sexual y de otro tipo contra las mujeres y las niñas”; y las Resoluciones 1820 (2008), de 19 de junio de 2008, y 1889 (2009), de 5 de octubre de 2009, cuyos párrafos 4 y 3, respectivamente, ponen de relieve la responsabilidad de los Estados para poner fin a la impunidad y enjuiciar a los culpables de los actos de violencia cometidos contra mujeres y niñas.⁴⁶⁵

“Las resoluciones 1325 y 1820 del Consejo de Seguridad, relacionadas con las mujeres, la paz y la seguridad, se vienen utilizando cada vez más como instrumentos para la incorporación de los conceptos de género y pueden ayudar a elaborar normas clave sobre la mujer y los conflictos armados, así como contribuir a mejorar el entendimiento de las cuestiones de género en el derecho internacional humanitario.⁴⁶⁶

465 Womens Link Wordwilde, “Crímenes de género en el derecho penal internacional”, ob. cit., p. 26, nota de pie de página 3.

466 Amy Barrow, “Las resoluciones 1325 y 1820 del Consejo de Seguridad: promover las cuestiones de género en los conflictos armados y en el derecho internacional humanitario”, en ob. cit., p. 166.

“El análisis de la Resolución [1820] muestra que, cuando se describe el problema de la violencia sexual y cuando se adoptan medidas generales, el texto es inclusivo [es neutro en cuanto al género]. En cambio, cuando se especifican medidas concretas y detalladas de aplicación o de cumplimiento, el texto se torna excluyente [hace referencia a las mujeres pero no a los hombres]”. Sandesh Sivakumaran, “Del dicho al hecho: la ONU y la violencia contra hombres y niños durante conflictos armados”, en ob. cit., p. 184.

e) 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, así como los atentados a la integridad física y mental conforme al numeral a) del artículo 4.2 del Protocolo II de 1977, 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]l 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. También vale la pena señalar que el artículo 145 del código penal penaliza a quien remate a un herido, norma que solo es aplicable si no se sanciona la conducta con una pena mayor, cuestión que deberá determinarse caso por caso, dependiendo de la intención del agente o de la lesión causada, como se acaba de indicar.

f) 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.⁴⁶⁷

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 atentarse contra la vida o la

467 Según el Derecho internacional humanitario consuetudinario, 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 Jean –Marie Henkaerts, Louise Doswald – Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob. cit., pp. 381 a 383.

integridad física de éste”.⁴⁶⁸ “[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 cuyo poder están o de los actos hostiles cometidos contra ellas”.⁴⁶⁹ “El rehén es pues la persona protegida a la que el actor priva de la libertad para asegurar un resultado y que permanece en poder de éste como garantía en tanto no se cumpla por el o los destinatarios de la amenaza la condición impuesta para su seguridad o liberación”.⁴⁷⁰ 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.⁴⁷¹

468 “La actitud del CICR en caso de toma de rehenes”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, No. 162, junio de 2002, p. 175.

469 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.

470 Fernando Pignatelli y Meca, *La sanción de los crímenes de guerra en el derecho español*, ob., cit., p. 405.

471 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 citado en Knut Dormänn, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court*, ob. cit., p. 406.

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.⁴⁷²

En otras decisiones el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia ha dicho:

La Sala de Apelaciones está de acuerdo en que el elemento esencial del delito de toma de rehenes es el uso de una amenaza con respecto a las personas detenidas con objeto de obtener una concesión o ganar una ventaja; existe una situación de toma de rehenes cuando una persona captura o detiene y amenaza con matar, lesionar o continuar deteniendo a otra persona, con objeto de obligar a un tercero a hacer o abstenerse de hacer algo, como condición para la liberación de dicha persona.⁴⁷³

[U]na persona comete el delito de toma de civiles como rehenes cuando amenaza con someter a los civiles, que han sido ilícitamente detenidos, a trato inhumano o a la muerte, para obtener la realización de una condición.⁴⁷⁴

472 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*, ob. cit., p. 298.

473 Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso Blaskic, (Sala de Apelaciones), 29 de julio de 2004, párr. 639.

474 Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso Kordic y Cerkez, (Sala de Primera Instancia), 26 de febrero de 2001, párr. 314.

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.⁴⁷⁵

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.⁴⁷⁶ Los Elementos de los Crímenes del Estatuto de la Corte Penal Interna-

475 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.

476 “La toma de rehenes se caracteriza por la intención específica que la mueve; es precisamente ese factor lo que la diferencia de la privación de la libertad como medida administrativa o judicial”. Véase Jean –Marie Henkaerts, Louise

cional señalan como los primeros cinco 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.

Por su parte, el Código Penal en el artículo 148 describe la toma de rehenes cuando “[e]l 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 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 re-

henes 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 consagrado por la legislación penal.⁴⁷⁷ La Corte Constitucional en su sentencia C – 291 de 2007 resalta que la toma de rehenes se configura en contextos de conflicto armado mientras que el secuestro extorsivo se configura en contextos distintos al de un conflicto armado.⁴⁷⁸

La Corte Constitucional, en esta misma sentencia, 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,⁴⁷⁹ sino a cualquier otro sujeto, tal como lo sugieren

477 Un análisis del secuestro en Colombia a la luz del derecho internacional humanitario puede verse en Caterina Heyck Puyana, *Derecho internacional, acuerdo humanitario y resolución pacífica del secuestro*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2011. Allí la autora señala que el secuestro es una de las más crueles manifestaciones de la degradación y deshumanización del conflicto armado en Colombia y señala que los secuestrados civiles aprehendidos con ocasión y en desarrollo del conflicto armado son rehenes, p. 12 y 334.

478 “[El] tipo penal de la toma de rehenes, no se ve compensad[o] por la existencia del delito de secuestro extorsivo en el Código Penal colombiano. Si bien una y otra figura penales se asemejan en varios de sus elementos constitutivos –en la medida en que ambas conductas punibles implican la privación ilegal de la libertad de una persona para efectos de exigir por su liberación un determinado beneficio–, es claro que el elemento que los distingue es que la toma de rehenes, crimen de guerra proscrito por el Derecho Internacional Humanitario, se configura en contextos de *conflicto armado*, internacional o no internacional, lo cual se confirma por el hecho de que ha sido incluido dentro del capítulo de “Delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario” del Código Penal Colombiano, mientras que el secuestro extorsivo se configura en contextos distintos al de un conflicto armado”. Corte Constitucional, Sentencia C-291/07, Magistrado ponente Manuel José Cepeda, p. 130.

479 Ésta es la interpretación que ofrece la Resolución Defensorial Humanitaria No. 02 de la Defensoría del Pueblo de Colombia, del 27 de agosto de 2001, “Secuestros masivos”, pp. 58 y 59.

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".

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".⁴⁸⁰

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.⁴⁸¹

480 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.

481 CIDH, *Tercer Informe*, ob. cit., párr. 122.

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 enemigo son considerados prisioneros de guerra, estatuto regulado por el Convenio III de Ginebra de 1949, 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.

La expresión “combatientes” no es utilizada por el derecho humanitario aplicable a los conflictos armados no internacionales, 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,⁴⁸² 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.⁴⁸³ Por el contrario, el

482 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.

483 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 4° 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

Estado no pierde su legitimidad para investigar y castigar a quien participa directamente en las hostilidades en un conflicto armado no internacional y es privado de la libertad, puesto que 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.⁴⁸⁴

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 citada 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.

484 *Ibíd.*, párr. 42.

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 a ellas, expandiendo así el ámbito de los beneficios humanitarios,⁴⁸⁵ puesto que la situación de todas las personas pri-

485 Hernán Montealegre, *La seguridad del Estado y los derechos humanos*, ob. cit., p. 586.

Según el Derecho internacional humanitario consuetudinario, son normas consuetudinarias para conflictos armados internacionales y no internacionales, en relación con las personas privadas de la libertad, las siguientes: 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. Véase Jean –Marie Henkaerts, Louise Doswald – Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob. cit., pp. 485 a 510.

Además, según el mismo Derecho internacional humanitario consuetudinario, son normas consuetudinarias para conflictos armados no internacionales, 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

vadas de la libertad en un conflicto armado es idéntica.⁴⁸⁶ “[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”.⁴⁸⁷

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

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. *Ibíd.*, pp. 500 a 503, 506 a 508 y 510 a 516.

486 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.

487 Yasmin Naqvi, “Estatuto de prisionero de guerra: ‘casos de duda’”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, No. 163, septiembre de 2002, p. 235. “La Sala de Apelaciones [del Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia] ha hecho notar que el uso de trabajo forzoso no siempre es ilícito. Sin embargo, el trato de personas detenidas no combatientes puede ser considerado cruel cuando, junto con otros elementos requeridos, el trato causa sufrimiento o lesiones físicas o mentales graves o constituye un ataque grave a la dignidad humana”. Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso Blaskic, (Sala de Apelaciones), 29 de julio de 2004, párr. 597.

juzgue y sancione bajo las normas propias del derecho interno a los individuos responsables por la captura y detención de sus tropas.⁴⁸⁸

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.⁴⁸⁹ “Estas detenciones generalmente no constituyen violaciones del derecho internacional humanitario mientras que los detenidos no se conviertan en rehenes o sean maltratados”.⁴⁹⁰ “...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”.⁴⁹¹

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

488 CIDH, *Tercer Informe*, ob. cit., párr. 132.

489 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.

490 CIDH, *Tercer Informe*, ob. cit., párr. 121.

491 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.

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”.⁴⁹² 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,⁴⁹³ 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.

Vale pena señalar que el artículo 148 también penaliza a quien utilice a una persona como defensa con ocasión y desarrollo del conflicto armado. Esta expresión “que se utilice como defensa”, fue adicionada al proyecto inicial tramitado en el Congreso en la ponencia para segundo debate al Proyecto de Ley 40 de 1998 – Senado, por medio de la cual se expide el Código Penal. 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”.⁴⁹⁴ Esta noción corresponde a lo que el derecho internacional humanitario denomina “escudo humano”,⁴⁹⁵ que no es otra cosa que la intención de usar una persona para prote-

492 Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH), Hoja Informativa, No. 2, p. 3.

493 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.

494 En *Gaceta del Congreso*, No. 63 del 23 de abril de 1999.

495 Según el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, 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 Jean-Marie

ger un objetivo militar, en particular un civil, de modo que su estatus sea una disuasión al enemigo para que no ataque dicho objetivo militar.⁴⁹⁶ “ ... [L]a utilización exige la coexistencia deliberada, en un mismo lugar, de objetivos militares y personas civiles o fuera de combate, con la intención específica de evitar que esos objetivos militares sean atacados”.⁴⁹⁷ El empleo de escudos humanos se ha considerado equivalente de la toma de rehenes.⁴⁹⁸

g) 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 dicha prohibición es considerada una norma obligatoria del derecho consuetudinario internacional en todo tipo de conflictos armados.⁴⁹⁹ 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

Henkaerts, Louise Doswald – Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob. cit., pp. 384 a 387.

496 Véase Stéphanie Bouchié de Belle, “Encadenados a los cañones o con un blanco en la camiseta: los escudos humanos en el derecho internacional humanitario”, en Comité Internacional de la Cruz Roja, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, ob. cit., pp. 361 y 366. Sobre este tema véase el principio de distinción, supra p. 202.

497 Jean –Marie Henkaerts, Louise Doswald – Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob. cit., p. 387.

498 *Ibíd.*, p. 385.

499 Roy Gutman y David Rieff, *Crímenes de guerra, lo que debemos saber*, ob. cit., p. 187. Según El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, 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 Jean –Marie Henkaerts, Louise Doswald – Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob. cit., pp. 373 a 376.

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.

El Estatuto de la Corte Penal Internacional la define como “el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños”, en su artículo 7.2.c) cuando hace referencia a la esclavitud como crimen de lesa humanidad. Según el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, esclavizar ha sido definido por el Tribunal como el ejercicio de uno o todos los poderes que se adhieren al derecho de propiedad sobre una persona. El *actus reus* de la esclavitud es el ejercicio de dichos poderes, y el *mens rea* es el ejercicio intencional de los mismos.⁵⁰⁰

500 Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso Krnojelac, (Sala de Primera Instancia), 15 de marzo de 2002, párrs. 350-351.

En la actualidad, el derecho internacional de los derechos humanos regula también esas diferentes formas de esclavitud o sus prácticas análogas⁵⁰¹ como peores formas de trabajo infantil en el Convenio 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.

Para el Tribunal Penal Internacional de la antigua Yugoslavia, las ‘asignaciones de trabajo forzoso’ pueden constituir la base del crimen de esclavitud.⁵⁰² En esta misma sentencia señaló que el trabajo obligatorio sólo puede ser lícito cuando el ejército de ocupación lo requiere para mantener los servicios públicos, y para la alimentación, alojamiento, vestido, transporte o salud, en beneficio de la población del país ocupado. Sin embargo, los civiles no pueden ser obligados lícitamente a prestar trabajos tales como ‘la construcción de fortificaciones, trincheras o bases aéreas’, ni pueden realizarse trabajos forzados para los intereses tácticos o estratégicos del ejército. Debe subrayarse que el derecho internacional humanitario ha sostenido el principio de interpretación estricta de esta disposición.⁵⁰³ En otra sentencia señaló:

“[L]a determinación respecto a si las personas protegidas trabajaron forzosamente es una cuestión de hecho que debe ser considerada a la luz de todas las circunstancias relevantes, caso por caso. Estas circunstancias pueden incluir lo siguiente: El consentimiento o libre albedrío de la víctima se encuentra ausente. A menudo se hace imposible

501 Según el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, 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 el trabajo forzado no retribuido o abusivo”. Véase Jean –Marie Henkaerts, Louise Doswald – Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob. cit., pp. 377 a 380.

502 Tribunal Penal Internacional de la antigua Yugoslavia, caso Simic, Tadic y Zaric, (Sala de Primera Instancia), 17 de octubre de 2003, párr. 85:

503 *Ibíd.*, párrs. 88-89:

o es irrelevante, en presencia, por ejemplo, del empleo de amenazas o del uso de la fuerza o de otras formas de coerción; el miedo a la violencia, el engaño o las promesas falsas; el abuso de poder; la posición de vulnerabilidad de la víctima; la detención o cautiverio, la opresión psicológica o las condiciones socioeconómicas.⁵⁰⁴

Este Tribunal ha sido enfático en señalar que en un conflicto armado no internacional, los civiles privados de su libertad, si son forzados a trabajar, deben tener el beneficio de las condiciones de trabajo y las protecciones semejantes a aquellas de que disfruta la población civil local”.⁵⁰⁵

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.

h) 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*

504 Tribunal Penal Internacional de la antigua Yugoslavia, caso Kronojelac, (Sala de Primera Instancia), 15 de marzo de 2002, párr. 359

505 Tribunal Penal Internacional de la antigua Yugoslavia, caso Simic, Tadic y Zaric, (Sala de Primera Instancia), 17 de octubre de 2003, párr. 90

de 1973.⁵⁰⁶ El Protocolo I no busca penalizar las políticas del *apartheid* que también están incluidas en el artículo II de la Convención señalada.⁵⁰⁷

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 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 ...”.⁵⁰⁸

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:

506 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.

507 *Ibíd.*, párr. 3512.

508 Esta disposición es muy similar a la contemplada por la Ley orgánica española 10/1995 en su numeral 6º 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”.

... 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 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.⁵⁰⁹

La ley 1482 de 2011 adicionó el Código Penal con título exclusivo para penalizar los actos de discriminación y llenó un importante vacío porque antes de su expedición el artículo 147 de este Código era el único tipo autónomo que tipificaba actos de discriminación racial, cuando era una situación que se presenta sobre todo en hechos fuera del conflicto armado. La Ley 1482 de 2011 incorpora como nuevos tipos penales actos de racismo o discriminación (art. 134A), hostigamiento por motivos de raza, religión, ideología, política, u origen nacional, étnico o cultural (art. 134B), así como circunstancias de agravación (art. 134C) y atenuación (art. 134D) punitiva, y modifica el artículo 102 sobre apología del genocidio. Otros tipos penales que hacen alusión a estas materias son el

509 Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, No discriminación, 11 de noviembre de 1989, párr. 7.

artículo 101 que tipifica entre otras como genocidio la intención de destruir total o parcialmente a un grupo racial y el artículo que 178 penaliza entre otras como tortura la coacción “por cualquier razón que comporte algún tipo de discriminación”.

i) 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.⁵¹⁰ “El castigo colectivo que los redactores de los Convenios de Ginebra tenían en mente eran los asesinatos en represalia cometidos en el curso de las dos guerras mundiales”.⁵¹¹ Como ya se indicó en el Capítulo I,⁵¹² la prohibición de las represalias tiene fundamento en la no reciprocidad del derecho humanitario.

Este concepto de represalias es bien distinto al regula por la Convención de La Haya de 1907 en la que son “medidas de fuerza derogatorias de las reglas ordinarias del derecho de gentes, tomadas por un Estado en respuesta a actos ilícitos cometidos en per-

510 Según el derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, 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 Jean –Marie Henkaerts, Louise Doswald – Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob. cit., pp. 426 y 427.

511 Roy Gutman y David Rieff, *Crímenes de guerra, lo que debemos saber*, ob. cit., p. 121.

512 Véase supra p. 132 y ss.

juicio suyo por otro Estado, con el fin de imponer a éste, por medio de un daño, el respeto al derecho”.⁵¹³

“La represalia es, por tanto y en todo caso, una medida de reacción ante una acción ilícita anterior, no se concibe su aplicación con efectos preventivos o en estados de peligro potencial, sino únicamente luego de haberse producido materialmente el daño”.⁵¹⁴ Las represalias “son actos intrínsecamente ilícitos cuya justificación pretensa reside en que responden a un acto anterior que se propone anular, reparar o corregir”.⁵¹⁵

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,⁵¹⁶ hechos que además están prohibidos por el artículo 20 del Protocolo I de 1977, y por el artículo 158 del Código Penal.

513 Es la definición dada en 1934 por el Instituto de Derecho Internacional, en Yoel Moré Caballero, “Las represalias armadas y el derecho de La Haya: Un análisis crítico”, en Rafael Prieto Sanjuán (Editor), *Conducción de Hostilidades y derecho internacional humanitario*, ob. cit., p. 458.

514 *Ibíd.*, p. 452.

515 *Ibíd.*, p. 458 reproduciendo una cita textual del Esquema de derecho internacional público de M. D’Estéfano Pisani.

516 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.

...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: 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.⁵¹⁷

La investigación de Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario cita el párrafo 11 de la Observación General No. 29 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones que señala que “Los Estados Partes no pueden en ningún caso invocar el artículo 4 del Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos sobre estados de emergencia] como justificación de actos que violan el derecho humanitario o normas imperativas de derecho internacional, por ejemplo, ... la imposición de castigos colectivos, ...”.⁵¹⁸

517 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.

518 Jean –Marie Henkaerts, Louise Doswald – Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob. cit., p. 427.

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”.

j) 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 1981.⁵¹⁹ 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 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

519 Carlos E. Miranda, “Terrorismo internacional: una aproximación teórica”, *Ciencia Política*, No. 17, Bogotá, IV trimestre de 1989, p. 133.

excesivos o haga objeto a la población civil de ataques, represalias, actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarla...”.⁵²⁰

No obstante, la mayoría de las personas saben 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.
- ◆ 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.⁵²¹

520 Esta disposición es muy similar a la contemplada por la Ley orgánica española 10/1995 en su numeral 1º 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”.

521 Hans-Peter Gasser, “Actos de terror, ‘terrorismo’ y derecho internacional humanitario”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, No. 163, septiembre de 2002, p. 215.

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.⁵²² Para Alex J. Bellamy, la mayoría de las definiciones señalan una o más de estas cuatro características: 1) el terrorismo tiene motivaciones políticas, 2) lo llevan a cabo actores no estatales, 3) ataca a no combatientes deliberadamente, 4) logra sus objetivos generando miedo en las sociedades.⁵²³ “No parece, por tanto, haber un bien jurídico protegido propio del delito de terrorismo que sea distinto de los demás bienes protegidos por el ordenamiento jurídico puesto que, en principio, cualquier clase de delito podía ser calificado como terrorismo si concurren estas cuatro premisas: violencia, terror, finalidad política y organización”.⁵²⁴ 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.⁵²⁵

522 *Ibíd.*, p. 248.

523 Alex J. Bellamy, *Guerras Justas*, *ob. cit.*, p. 213.

524 Héctor Olásolo Alonso, “Ámbito de actuación del derecho penal como instrumento de respuesta al fenómeno del terrorismo internacional y el papel de la Corte Penal Internacional y de las jurisdicciones nacionales en su persecución”, en *Ensayos sobre la Corte Penal Internacional*, *ob. cit.*, p. 529.

525 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

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”.⁵²⁶

Incluso, autores como Danilo Zolo, señalan que las nuevas guerras promovidas por Occidente, son guerras terroristas:

Se podría decir que existe delito de terrorismo cuando las autoridades políticas o militares de un Estado, usando armas de destrucción masiva, se valen de su supremacía militar para agredir a otro estado o nación y para infundir terror y cometer una matanza de civiles y militares. También se podría afirmar que son igualmente reos del delito de terrorismo los miembros de un movimiento que por razones políticas, religiosas o ideológicas infunden terror y cometen una matanza de civiles y militares con el uso de instrumentos bélicos equivalentes, por su potencial destructivo y homicida, a las armas de destrucción masiva, como ocurrió el 11 de septiembre de 2001.⁵²⁷

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

bastas como el primero; véase Fernando Reinares Nestares, “Dimensiones del terrorismo internacional”, en Ministerio de Defensa, Instituto Español de Estudios Estratégicos, *Cuadernos de Estrategia*, No. 133, “Lucha contra el terrorismo y derecho internacional”, Madrid, 2006, pp. 41 y ss.

526 Peter Waldmann, *Guerra Civil, terrorismo y anomia social, el caso colombiano en un contexto globalizado*, Norma, Bogotá, 2007, pp. 65 y 62.

527 Danilo Zolo, *Terrorismo humanitario*, De la guerra del Golfo a la carnicería de Gaza, Ediciones Bellaterra, Barcelona, 2011, p. 44.

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 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 declarada exequible por la sentencia C-121 de 2008 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 exequible 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 exequible 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.⁵²⁸

“Se estima que los tratados actualmente vigentes definen casi cincuenta delitos, incluidos unos diez contra la aviación civil, cerca de dieciséis contra la navegación marítima o las plataformas continentales, unos doce contra las personas, siete relacionados con el uso, la posesión o la amenaza de utilizar bombas o materiales nucleares y dos crímenes sobre la financiación del terrorismo”.⁵²⁹

De estos trece tratados, cuatro contienen referencias al derecho humanitario (las Convenciones de 1979, 1997 1999 y 2005).⁵³⁰ Los dos primeros instrumentos y el último 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

528 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.

529 Comité Internacional de la Cruz Roja, “El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos”, XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, CCR, Ginebra, 2011, p. 55.

530 Un análisis sobre estas referencias se encuentra en Daniel O'Donnell, “Los derechos humanos, el terrorismo y la organización de las Naciones Unidas: el derecho internacional penal relativo al terrorismo y los derechos humanos”, en *Revista Iberoamericana de Derechos Humanos*, No. 2, Editorial Porrúa México, Universidad Iberoamericana, Unión Europea, México, 2006. El apartado III se titula ¿Terrorismo o crimen de guerra? El derecho internacional humanitario y los tratados contra el terrorismo, pp. 159 a 174.

toma de rehenes cometidas durante conflictos armados; 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; y el artículo 4 del Convenio contra el terrorismo nuclear señala que “... nada de lo dispuesto en el presente Convenio menoscabará los derechos, las obligaciones y las responsabilidades de los Estados y de las personas con arreglo al derecho internacional, en particular los principios de la Carta de la ONU y el DIH”. 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.⁵³¹

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

531 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.

crímenes 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.⁵³²

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:

163. ... sería especialmente valioso que se llegara a un consenso sobre la definición del terrorismo en la Asamblea General, en vista de su

532 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*, No. 133, “Lucha contra el terrorismo y derecho internacional”, Madrid, 2006, p. 247, y en particular pp. 207 y ss.

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”.⁵³³

La resolución 1566 (2004) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, aunque no tiene por objeto definir “terrorismo”, insta a los Estados a que cooperen plenamente en la lucha contra el terro-

533 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.

rismo 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.⁵³⁴

534 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.

El Relator Especial considera que una definición de terrorismo que vaya más allá de los elementos que se plantean a continuación sería problemática desde la perspectiva de los derechos humanos, por lo que formula la definición de terrorismo siguiente como práctica óptima en la lucha contra el terrorismo. Se entenderá por terrorismo todo acto o tentativa de acto en que:

1. El acto: a) Está constituido por toma de rehenes intencionada; o b) Se proponga causar la muerte o lesiones corporales graves a una o más personas o a partes de la población; o c) Entrañe el recurso a la violencia física con efecto mortal o contra una o más personas o partes de la población; y
2. El acto o la tentativa deben ejecutarse con la intención de: a) Provocar un estado de terror entre la población en general o partes de ella; u b) Obligar a un gobierno o a una organización internacional a hacer algo o abstenerse de hacerlo;
3. El acto: a) Debe corresponder a la definición de delito grave contenida en la legislación nacional promulgada con el propósito de ajustarse a los convenios y protocolos internacionales relativos al terrorismo o a las resoluciones del Consejo de Seguridad relativas al terrorismo; o b) Debe contener todos los elementos de delito grave definido por la legislación nacional.⁵³⁵

“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”.⁵³⁶ Una noción definitiva está destinada a producir

535 Naciones Unidas, Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, 22 de diciembre de 2010, A/HRC/16/51.

536 Laurence Thieux, *El terrorismo internacional: causas e implicaciones estratégicas*, Centro de Investigación para la Paz, Fundación Hogar del Empleado, Madrid, 2005, p. 11.

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.⁵³⁷

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 derribo 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 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

537 El Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, en el caso del Fiscal vs. Blagojevic y Jokic, sentencia del 17 de enero de 2005, ha dicho que el terror busca “crear entre la población civil una atmósfera de miedo extremo o de incertidumbre de ser sometida a la violencia”, providencia citada por la Corte Constitucional, en su sentencia C – 291 – 07, magistrado ponente Manuel José Cepeda, p. 92.

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.⁵³⁸

538 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 de Estrategia*, No. 133, “Lucha contra el terrorismo y derecho internacional”, Madrid, 2006, p. 86. También véase Héctor

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.⁵³⁹

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. “La principal divergencia es que, en términos jurídicos, un conflicto armado es una situación en que están permitidos ciertos actos de violencia (lícitos) y otros están prohibidos

Olásolo Alonso, “Ámbito de actuación del derecho penal como instrumento de respuesta al fenómeno del terrorismo internacional y el papel de la Corte Penal Internacional y de las jurisdicciones nacionales en su persecución”, en *Ensayos sobre la Corte Penal Internacional*, ob. cit., p. 532 y ss.

539 Según el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, 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 Jean –Marie Henkaerts, Louise Doswald – Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob. cit., pp. 9 a 12.

(ilícitos), mientras que cualquier acto de violencia designado como «de terrorismo» es siempre ilícito”.⁵⁴⁰ 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.

Los ejemplos de actos de violencia mencionados en la práctica como prohibidos por esta norma incluyen el apoyo ofensivo o las operaciones de ataque destinadas a sembrar el terror entre la población civil, el fuego masivo e indiscriminado de artillería y los bombardeos sistemáticos de ciudades, pero también la agresión, la violación, el maltrato y la tortura de mujeres y niños, así como los asesinatos en masa. Los autos de procesamiento por aterrorizar a la población civil en las causas sometidas al Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia se refieren a los disparos deliberados e indiscriminados contra objetivos civiles, a los disparos ilícitos contra concentraciones de personas y al fuego prolongado y sistemático de artillería y de francotiradores contra zonas civiles. Estos ejemplos muestran que muchas acciones que infringen la prohibición de los actos o las amenazas de violencia cuyo objetivo sea aterrorizar a la población civil están también cubiertas por prohibiciones específicas.⁵⁴¹

En tercer lugar, y teniendo en cuenta que las hostilidades y los actos terroristas son 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

540 Comité Internacional de la Cruz Roja, “El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos”, XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, CCR, Ginebra, 2011, p. 54.

541 497 Jean –Marie Henkaerts, Louise Doswald – Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob. cit., p. 12.

pensamiento”.⁵⁴² 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.⁵⁴³

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

542 Peter Waldman, *Guerra civil, terrorismo y anomia social, el caso colombiano en un contexto globalizado*, ob. cit., p. 70.

543 Caleb Carr, *Las lecciones del terror, orígenes históricos del terrorismo internacional*, Ediciones B., Barcelona, 2002, p. 129.

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:⁵⁴⁴

	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	Dstrucción física	Primero el desgaste del enemigo	Coerción psíquica
Control territorial	Sí	Sí	No
Uniforme	Se usa	En parte sí	Ninguno

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. El terrorismo califica acciones y descalifica actores.⁵⁴⁵ La distinción cobra importancia porque una acción terrorista no necesariamente califica al sujeto como terrorista. Los actores del terrorismo

544 Peter Waldman, *Guerra civil, terrorismo y anomia social, el caso colombiano en un contexto globalizado*, ob. cit., p. 71.

545 Jorge Giraldo Ramírez, *Guerra civil posmoderna*, Siglo del Hombre Editores, Instituto de Filosofía de la Universidad de Antioquia, Fondo Editorial Universidad Eafit, Bogotá, 2009, p. 165.

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 serias violaciones de derechos humanos, no se puede sostener que existe terrorismo de Estado.⁵⁴⁶ 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 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

546 “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.

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.⁵⁴⁷

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".⁵⁴⁸

En quinto lugar, los actos de terror pueden ser permitidos contra quienes participan directamente en las hostilidades siempre y cuando no desconozcan los principios del derecho humanitario. Como lo establecen los comentarios al artículo 51 del Protocolo I de 1977, este tipo de terror, el que intenta intimidar o provocar la rendición del enemigo, no es el que se quiere prohibir.⁵⁴⁹ Hans-Peter Gasser

547 Iván Orozco Abad, *Combatientes, rebeldes y terroristas*, ob. cit., p. 186.

548 Daniel Pécaut, *Guerra contra la sociedad*, Planeta, Bogotá, 2001, p. 229.

549 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*

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”.⁵⁵⁰ “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”.⁵⁵¹ 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 aterradorante, de donde concluyen que es “objetivamente aterradorante toda violencia que se salga del cuadro de reglas establecidas en el derecho humanitario”.⁵⁵² 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,⁵⁵³ 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. “El derecho inter-

a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), ob. cit., párr. 1940.

550 Hans-Peter Gasser, “Actos de terror, ‘terrorismo’ y derecho internacional humanitario”, ob. cit.

551 *Ibíd.*, p. 219.

552 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.

553 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.

nacional humanitario no impone a las partes contendientes una prohibición absoluta de recurrir al terror”.⁵⁵⁴

En sexto lugar, tanto en los conflictos armados internacionales como en los no internacionales lo que se prohíbe son los actos cuya 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 1977.⁵⁵⁵ 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,

554 Héctor Olásolo Alonso, “Ámbito de actuación del derecho penal como instrumento de respuesta al fenómeno del terrorismo internacional y el papel de la Corte Penal Internacional y de las jurisdicciones nacionales en su persecución”, en *Ensayos sobre la Corte Penal Internacional*, ob. cit., p. 536.

555 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. 4786.

en la configuración de sus respuestas a esa violencia.⁵⁵⁶ 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.⁵⁵⁷

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.

Asimismo, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades

556 CIDH, *Terrorismo y derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr. 22 de octubre de 2002.

557 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.

fundamentales en la lucha contra el terrorismo, desde el año 2006 en sus diferentes informes presentados antes a la Comisión de Derechos Humanos y hoy Consejo de Derechos Humanos, viene señalando las tendencias actuales en la lucha contra el terrorismo y como algunas de éstas afectan los derechos humanos.⁵⁵⁸

**k) El pillaje, el saqueo, la apropiación, el despojo
y la confiscación de bienes**

La toma de un bien en un conflicto armado sin el consentimiento de su propietario es un acto prohibido por el derecho humanitario. El Protocolo II de 1977 prohíbe el pillaje, el Estatuto del Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia sanciona la apropiación y el pillaje, el Estatuto del Tribunal Penal para Ruanda penaliza el saqueo, el Estatuto de la Corte Penal Internacional estipula como crímenes de guerra el saqueo y la confiscación, el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario prohíbe el pillaje, la confiscación y el despojo y el Código Penal tipifica como delitos el despojo y la apropiación.

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.⁵⁵⁹ Está prohibido tanto ordenar como autorizar el pillaje. La prohibi-

558 Véase por ejemplo, entre otros, 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. 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. 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.

559 Según el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, es norma consuetudinaria para conflictos armados internacionales y no internacionales, la siguiente: “Norma 52. Queda prohibido el pillaje”. Véase Jean –Marie

ción 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.⁵⁶⁰

El pillaje es la “apropiación sistemática y violenta de bienes muebles de propiedad pública o privada, efectuada por miembros de las fuerzas armadas en perjuicio del Estado adverso o de los heridos, los enfermos, los náufragos o los prisioneros de guerra”.⁵⁶¹ El diccionario jurídico Black lo define como “la acción por la que un ejército invasor o conquistador se apodera de bienes privados pertenecientes al enemigo”.⁵⁶² 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; entrar en una plaza o lugar robando cuanto se halla”. Los Elementos de los Crímenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional señalan como los tres primeros elementos del crimen de guerra de saquear los siguientes:

Henkaerts, Louise Doswald – Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob. cit., pp.203 a 206.

560 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.

561 Vierri, Pietro, *Diccionario de derecho Internacional de los conflictos armados*, ob. cit., p. 86.

562 Véase Jean –Marie Henkaerts, Louise Doswald – Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob. cit., p 206.

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.⁵⁶³
3. Que la apropiación haya tenido lugar sin el consentimiento del propietario.

El Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, ha señalado en su jurisprudencia que este delito se comete cuando existe apropiación intencional e ilícita de bienes públicos o privados.⁵⁶⁴ En otra sentencia señaló que “El saqueo se define como la apropiación fraudulenta de fondos públicos o privados pertenecientes al enemigo o al partido opuesto, perpetrado durante un conflicto armado y en relación con el mismo”.⁵⁶⁵ También ha dicho que “los actos de saqueo deben involucrar graves consecuencias para las víctimas. Este será el caso cuando los bienes sean de suficiente valor monetario, o cuando se apropien los bienes de una gran cantidad de gente, en cuyo caso la escala y el impacto general de los actos de robo equivaldrían a violaciones graves del derecho y costumbres de la guerra”.⁵⁶⁶

... existe un enlace consecucional entre el valor monetario del bien apropiado y la gravedad de las consecuencias para la víctima. La Sala de Apelaciones está de acuerdo con esta conclusión. Sin embargo, subraya que la afirmación de que el momento en que un bien alcanza

563 Como indica la acepción de la expresión “uso privado o personal”, la apropiación justificada por necesidades militares no constituye crimen de saqueo.

564 Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso Kordic y Cerkez, (Sala de Apelaciones), 17 de diciembre de 2004, párr. 84 y caso Naletilic y Martinovic, (Sala de Primera Instancia), 31 de marzo de 2003, párr. 612.

565 Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso Jelusic, (Sala de Primera Instancia), 14 de diciembre de 1999, párr. 48.

566 Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso Simic, Tadic y Zaric, (Sala de Primera Instancia), 17 de octubre de 2003, párr. 101

el nivel límite de un determinado valor sólo puede decidirse caso por caso y sólo conjuntamente con las circunstancias generales del delito”.

Además, la Sala de Apelaciones es de la opinión de que podía asumirse una violación seria en circunstancias cuando las apropiaciones tienen lugar vis-à-vis, a una gran cantidad de gente, aunque no haya graves consecuencias para cada persona. En este caso, sería el efecto general sobre la población civil y la gran cantidad de delitos cometidos lo que haría esta violación grave”.⁵⁶⁷

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...”. El mismo código en el artículo 154 en su primer inciso señala que “[e]l que, en ocasión y en desarrollo de conflicto armado y fuera de los casos especialmente previstos como conductas punibles sancionadas con pena mayor, ... se apropie por medios ilegales o excesivos en relación con la ventaja militar concreta prevista”.

El despojo se inspira en el artículo 8 del Protocolo II de 1977 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”.⁵⁶⁸ El Tribunal Penal Internacional para la antigua

567 Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso Kordic y Cerkez, (Sala de Apelaciones), 17 de diciembre de 2004, párr. 82 – 83.

568 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*

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 cadáveres por la infracción de provisiones específicas de la ley y las costumbres de guerra relacionadas con el maltrato de las víctimas de guerra”.⁵⁶⁹

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 Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, 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 Jean –Marie Henkaerts, Louise Doswald – Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob. cit., p. 461 a 467 y 470 a 476.

- 569 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.

Aunque el canibalismo y la mutilación de cadáveres pueden considerarse actos de barbarie, estas prácticas no están prohibidas expresamente por tratados internacionales, como lo exige el artículo 145 del código penal. Si existe como se acaba de señalar en la nota anterior, una norma consuetudinaria que prohíbe mutilar cadáveres y exige el respeto de los mismos. Además, según los Elementos de los Crímenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional, los atentados contra la dignidad personal se predicen también de cadáveres (art. 8.2.c)ii nota 57) citado por Jean –Marie Henkaerts, Louise Doswald – Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob. cit., p. 466.

Aunque pareciera que el despojo se predica sólo de cadáveres, según el diccionario de la Real Academia Española, es “privar a alguien de lo que goza y tiene; desposeerle de ello con violencia”. “La prohibición de despojar a los muertos es una aplicación de la prohibición general del pillaje”.⁵⁷⁰ En esa medida, en casos de pillaje o saqueo de bienes vinculados con el conflicto armado colombiano, pareciera más idóneo aplicar la norma del artículo 154 que establece una pena mayor que la del artículo 151, siempre y cuando la apropiación sea “por medios ilegales o excesivos en relación con la ventaja militar concreta prevista”. De todos modos, el artículo 151 restringe el despojo a cadáver o persona protegida. 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 156, 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”, norma que fue objetada pero declarada exequible por la Corte Constitucional en su sentencia C-533 de 2008, aunque como se indicó⁵⁷¹ el saqueo no es “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 misma Corte Constitucional.

No existen diferencias entre el pillaje, el saqueo, la apropiación y el despojo puesto que estas figuras hacen referencia a la usurpación de bienes sin consentimiento del propietario. “... los términos ‘pillaje’, ‘saqueo’ y ‘expoliación’ han sido empleados indistintamente para describir la apropiación ilícita de bienes públicos y privados durante un conflicto armado y debe entenderse que el

570 Jean –Marie Henkaerts, Louise Doswald – Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob. cit., p. 465.

571 Véase supra pp. 457 y 458.

‘saqueo’ comprende actos que tradicionalmente se describen como ‘pillaje’.⁵⁷²

Aunque la confiscación, es una figura más específica puesto que sólo se predica de la usurpación de bienes pertenecientes a la parte enemiga del conflicto armado, también es otra forma de apropiación de bienes. El artículo 8.2.e.xii del Estatuto de la Corte Penal Internacional, lo consagra como un crimen de guerra en conflictos armados no internacionales así: “... confiscar bienes del enemigo, a menos que las necesidades del conflicto lo hagan imperativo”.⁵⁷³ Los elementos del crimen para esta conducta exigen que el autor se haya apoderado de un bien protegido en virtud del derecho internacional de los conflictos armados de propiedad de una parte enemiga sin que haya estado justificada por necesidades militares.

La confiscación es una modalidad del saqueo, según la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia:

“El término [saqueo] es de ámbito general, y comprende no solamente las confiscaciones de bienes a gran escala dentro del marco de la explotaciones económicas sistemáticas del territorio ocupado, sino también actos de apropiación cometidos por soldados particulares para ganancia personal [...]”. Kunarac “sostuvo que la palabra ‘saqueo’ [...] requeriría un robo que como mínimo fuera cometido al menos por una persona”.⁵⁷⁴

572 Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso Simic, Tadic y Zaric, (Sala de Primera Instancia), 17 de octubre de 2003, párr. 98.

573 Según el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, 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 Jean –Marie Henkaerts, Louise Doswald – Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob. cit., p. 196 a 198.

574 Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso Naletilic y Martinovic, (Sala de Primera Instancia), 31 de marzo de 2003, párrs. 612-613. En otra sentencia, señaló que el saqueo “se extiende tanto a casos de confiscación ‘organizada’ y ‘sistemática’ de bienes de personas protegidas

También ha dicho sobre esta modalidad que

... La propiedad privada también puede ser confiscada si se requiere para llevar a cabo operaciones militares y debe ser devuelta, con la compensación respectiva, una vez terminado el conflicto. Las aportaciones monetarias pueden ser recabadas solamente mediante orden escrita emitida por el comandante en jefe, de conformidad con las reglas fiscales vigentes y por cada aportación debe expedirse un recibo”.⁵⁷⁵

I) La exacción o contribuciones arbitrarias

El artículo 163 del Código Penal establece en estos términos una transgresión 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”. El Diccionario de la Real Academia Española, la define como la “acción y efecto de exigir impuestos, prestaciones, multas, deudas, etc”, “cobro injusto y violento”. “La exacción es el impuesto, la carga o el tributo 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”.⁵⁷⁶

en territorios ocupados, así como a ‘actos de robo cometidos por soldados en lo individual para su propio beneficio’. Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso Simic, Tadic y Zaric, (Sala de Primera Instancia), 17 de octubre de 2003, párr. 99.

575 Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso Simic, Tadic y Zaric, (Sala de Primera Instancia), 17 de octubre de 2003, párr. 100

576 Diego Fernando Victoria Ochoa, *Delitos contra las personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario*, ob. cit., p. 205.

El gobierno objetó por inconveniencia este artículo y pidió definir la exacción conforme al artículo 178 del Código Penal Militar de ese entonces.⁵⁷⁷ Así mismo, sugirió el cambio del término “arbitrario” por el de “ilegal”.⁵⁷⁸ 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.⁵⁷⁹

El Código Penal Militar consagra en su artículo 159 el tipo de la exacción, y en el 160 el tipo de contribuciones ilegales, pero como

577 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...

578 *Gaceta del Congreso*, No. 65, del 17 de marzo de 2000, pp. 10-11.

579 Acta de Plenaria No. 22 de la Sesión Ordinaria del día miércoles 31 de mayo de 2000, en *Gaceta del Congreso*, No. 194, del 9 de junio de 2000, pp. 20-22.

ya se indicó,⁵⁸⁰ 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.

m) Las condenas dictadas sin garantías judiciales

El artículo 3.1.d. común a los Convenios de Ginebra de 1949 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 no internacionales: “...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

580 Véase supra pp. 457 y 458.

internacional, por ejemplo, ... la inobservancia de los principios fundamentales de juicio imparcial, en particular la presunción de inocencia.⁵⁸¹

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”.⁵⁸² 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

581 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 29, “Los estados de emergencia”, párrs. 9 - 11.

582 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, “Garantías judiciales en estados de emergencia”, párr. 30.

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 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.⁵⁸³

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 sometérselo 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”.⁵⁸⁴

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 un conflicto armado 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

583 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.

584 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Bámaca Velázquez*, sentencia del 25 de noviembre de 2000, párr. 143.

aparecen en el artículo 6.2 se refieren a las etapas de instrucción del procedimiento y del juicio, y son las siguientes:

- 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 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.

Según el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, es una norma consuetudinaria para conflictos armados internacionales y no internacionales, en relación con las personas civiles o fuera de combate, el que “[n]adie puede ser juzgado o condenado si no es en virtud de un proceso equitativo que ofrezca todas

las garantías judiciales esenciales”. Los comentarios a esta norma señalan como garantías judiciales esenciales las siguientes: un proceso sometido a un tribunal independiente, imparcial y legítimamente constituido, la presunción de inocencia, la información sobre la naturaleza y las causas de la acusación, los derechos y medios de defensa necesarios, el ser juzgado sin dilaciones indebidas, el interrogatorio de testigos, la asistencia de un intérprete, la presencia del acusado en el juicio, la prohibición de obligar a los acusados a declarar contra sí mismos o a confesarse culpables, el proceso público, el deber de informar a las personas condenadas de los recursos disponibles y de los plazos correspondientes y el principio del *non bis in idem*.⁵⁸⁵

Otra norma del Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario es la 101 que señala que “[n]adie 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”.⁵⁸⁶

El numeral 3 del artículo 6 del Protocolo 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 tuvieren menos de 18 años en el momento de la infracción, a mujeres encinta y a madres de corta edad.

Los Elementos de los Crímenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional señalan como los cinco primeros elementos del crimen de guerra de condenar o ejecutar sin garantías judiciales (art. 8 2.c.iv) los siguientes:

585 Norma 100. Véase Jean –Marie Henkaerts, Louise Doswald – Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob. cit., pp. 401 a 422.

586 *Ibíd.*, p. 422 a 424.

1. Que el autor haya condenado o ejecutado a una o más personas.⁵⁸⁷
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 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.⁵⁸⁸
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.

En relación con los crímenes de guerra de privación del derecho a un juicio justo estipulados por el Estatuto de Roma (arts 8.2.a.vi y 8.2.c.iv), se requiere no sólo examinar el proceso en su conjunto y la violación de las garantías procesales sino además “el peligro de condena injusta que afecte la vida o la libertad del acusado en el crimen en conflicto internacional o la lesión de la vida o la libertad a causa de una condena injusta en el crimen en conflicto interno”⁵⁸⁹:

587 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.

588 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.

589 Alicia Gil Gil, “El derecho a un juicio justo como elemento normativo del crimen de guerra de su privación y de su definición a través de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en Kai Ambos, Ezequiel Malarino (editores), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, ob. cit., p. 446.

El crimen de guerra de privación del derecho a un juicio justo supone la denegación de las garantías judiciales que se definen, en particular, en los Convenios de Ginebra III y IV de 1949, o de garantías judiciales establecidas en otros textos internacionales que supongan una especificación de las previstas en los Convenios de Ginebra, de manera que presenten una relación de medio a fin con ellas, y cuya privación genere el peligro de conllevar una condena injusta que afecte los bienes jurídicos vida o libertad del acusado en el crimen en conflicto internacional, o que haya llevado dicha condena en el crimen en conflicto interno.⁵⁹⁰

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 ...”.

Varios frentes de organizaciones guerrilleras en Colombia, en ejercicio de procedimientos contrarios a las reglas del derecho humanitario, administran justicia de manera privada, invocando cierto poder local que ejercen en algunas zonas. Estos procedimientos irregulares conocidos como “justicia revolucionaria” o “juicios populares” son mecanismos mediante los cuales se dirimen conflictos de familia, de sucesiones, de linderos y de deudas, reconversión a ladrones y a drogadictos, y vigilancia al comportamiento de los funcionarios públicos. El propósito no es hacer un análisis sociológico de la justicia guerrillera,⁵⁹¹ lo que se quiere es subrayar que cualquiera que sean las características de estas prácticas, ellas no cumplen con los estándares mínimos exigidos por el derecho internacional humanitario.

590 *Ibíd.*, p. 446. Este artículo hace un análisis del contenido del derecho a un juicio justo según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su aplicación al crimen de guerra.

591 Sobre este aspecto se pueden consultar los diferentes trabajos de Mario Aguilera Peña, entre otros, “Justicia guerrillera y población civil, 1946-1999”, en Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, ob. cit.

n) El reclutamiento de niñas, niños y adolescentes

De todas las abominaciones de que somos capaces los humanos, ninguna es peor que la humillación de los niños. La degradación de la infancia constituye una forma extrema de agresión contra la condición humana por que los niños son los nuevos, como decían los griegos, e integran la mejor parte de la humanidad pues representan el comienzo, la renovación y la esperanza, y no suelen participar, excepto como víctimas, en las prácticas de barbarie que plagan la tierra y que convierten al animal humano en la más dañina de todas las criaturas vivientes.⁵⁹²

“... [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”.⁵⁹³ Según el Comité Internacional de la Cruz Roja,

[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 cono-

592 Hernando Valencia Villa, “La persecución judicial internacional del reclutamiento de niños soldados”, intervención en el seminario “Alas rotas: Niños y niñas en conflictos armados”, organizado por Save de Children, Madrid, febrero 24 y 25 de 2005, párr. 1.

593 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.

cimiento 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.⁵⁹⁴

El reclutamiento de menores de edad está prohibido en varios instrumentos internacionales. 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”. De acuerdo con el artículo 38.3 de la Convención sobre los derechos de los niños de 1989

594 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*, No. 145, marzo de 1998, pp. 132-133.

“[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”. El artículo 8.2.e.vii, del Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998 eleva a la categoría de crimen de guerra en conflictos armados no internacionales: “[r]eclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades”.⁵⁹⁵ El artículo 3 del Convenio 182 de la OIT relativo a las peores formas de trabajo infantil de 1999, consagra como una de las peores formas de trabajo para los menores, entre otras: “el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados”. El Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados de 2000 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 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.⁵⁹⁶

595 No deja de ser una incongruencia que el Estatuto de la Corte Penal Internacional permita la participación en las hostilidades de los mayores de 15, mientras en su artículo 26 señala que no es competente respecto de las menores de 18 años de edad. Es decir que permite el reclutamiento o la utilización de mayores de 15 y menores de 18 pero son inimputables por los crímenes que eventualmente puedan cometer. En ese sentido véase a Fernando Pignatelli y Meca, *La sanción de los crímenes de guerra en el derecho español*, ob., cit. p. 499.

596 “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”. María Teresa Dutli, “La protección de los niños en los conflictos

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...”.⁵⁹⁷ En síntesis, el tipo penal sanciona a quien reclute u obligue a participar a menores de 18 años en las hostilidades. En cuanto a la primera prohibición, establece un límite de edad mucho mayor que el Protocolo II de 1977 y el Estatuto de Roma. En cuanto a la segunda prohibición, penaliza toda tipo de participación, más allá de lo estipulado por el Protocolo facultativo a la Convención de derechos del niño y el Estatuto de Roma.⁵⁹⁸ Sobre estas variaciones de edad, dijo la Corte Constitucional:

En este sentido, y dado que en el derecho de nuestro país la mayoría de edad se fija en términos generales a los 18 años –de conformidad con lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos del Niño-, *ha de entenderse que en el ordenamiento jurídico colombiano, la protección especial que provee el Derecho Internacional Humanitario se extiende a todos los menores de 18 años que resulten afectados por el*

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. Un buen resumen de estos estándares sobre la protección de menores de edad en el marco de un conflicto armado, se encuentra en Corte Constitucional, Sentencia C-240/09. Bogotá D.C., abril 1º de 2009, Magistrado Ponente: Dr. Mauricio González Cuervo.

597 La Corte Constitucional en su sentencia C – 240/09 con ponencia del magistrado Mauricio González Cuervo declaró, entre otras, exequible el artículo 162

598 Según el Derecho internacional humanitario consuetudinario, 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 Jean –Marie Henkaerts, Louise Doswald – Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob. cit., pp. 542 a 552.

conflicto armado, sin perjuicio de que en cada caso individual se tengan en cuenta los criterios-guía objetivos establecidos en las distintas normas de las Convenciones de Ginebra o sus Protocolos Adicionales como medios para fijar el grado de protección reforzada de la que es titular un menor en concreto.⁵⁹⁹

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”. Según el artículo 6° de la Ley 782 de 2002 que prorroga 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”.⁶⁰⁰ 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 proscrita cualquier forma de utilización de menores en actividades de inteligencia”.

El artículo 162 penaliza también a quien obligue a un menor de 18 años a participar en las hostilidades. La norma sanciona tanto la participación directa como la indirecta. La participación directa se trata de impedir para los miembros menores de 18 años de las fuerzas armadas según lo establece el artículo 1° del Protocolo facultativo a la Convención de derechos del niño y la participación activa en las hostilidades es un crimen de guerra para quien utilice

599 Corte Constitucional, sentencia C-203 de 2005, magistrado ponente Manuel José Cepeda.

600 El artículo 6° de la ley 782 de 2002 ha sido prorrogado por el artículo 1° de la ley 1106 de 2006 y por el artículo 1° de la ley 1421 de 2010.

menores de 15 años según el artículo 8.2.e.vii, del Estatuto de la Corte Penal Internacional. En relación con la participación directa se ha dicho que abarca

Tanto la participación directa en el combate como la participación activa en actividades militares relacionadas con el combate, como la exploración, el espionaje, el sabotaje y la utilización de niños como señuelos, correos o en controles militares. No quedarían abarcadas las actividades que claramente no guardan relación con las hostilidades, como la entrega de alimentos a una base área o el uso del servicio doméstico en el hogar de un oficial. Sin embargo, la utilización de niños en funciones de apoyo directo, por ejemplo como portadores de suministros hasta el frente, o en actividades en el propio frente, quedaría incluida en esos términos.⁶⁰¹

En relación con la participación “indirecta”, que es una novedad de la legislación colombiana en relación con los instrumentos internacionales, véase lo señalado en acápite de personas protegidas sobre la expresión de “las personas que no participen en las hostilidades”.⁶⁰² La inclusión de lo “indirecto” permite cubrir una posibilidad muy amplia de situaciones, lo que en últimas significa que cualquier mínima vinculación de un menor de 18 años con el conflicto armado debe ser penalizada con base en el artículo 162.

Es oportuno precisar que lo que se sanciona expresamente es el reclutamiento de los menores, pero en el evento en que éstos participen 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

601 Informe del Comité preparatorio al Proyecto de estatuto de la Corte Penal Internacional citado en Jean –Marie Henkaerts, Louise Doswald – Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob. cit., p. 551.

602 Véase supra p. 180 y ss.

del apartado c), éstos continuarán beneficiándose de la protección especial que establece este artículo.

En los últimos años se viene diferenciado entre el concepto de combatientes menores de edad y el de niños soldados. En el primero se incluyen de manera exclusiva los menores de edad que participan directamente en las hostilidades, y en el último se incluye a todos los menores de edad 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.⁶⁰³

Los Principios de París, principios y directrices sobre los niños asociados a fuerzas armadas o grupos armados, auspiciados por Unicef y adoptados en febrero de 2007, en el punto 2.1. definen al niño o niña vinculado a la fuerza armada así:

cualquier persona menor de 18 años que esté o haya sido reclutada o utilizada por un grupo o fuerza armada en cualesquiera condición, incluyendo pero no limitándose a niños, niñas usadas como combatientes, cocineras, vigías, mensajeras, espías o para propósitos sexuales. No se refiere solamente a una niña o niño que esté haciendo parte o haya sido parte directa en hostilidades.

La Corte Constitucional en su sentencia C-240 de 2009 con ponencia del magistrado Mauricio González Cuervo señaló:

la llamada *Declaración de Principios de la Ciudad del Cabo (Sudáfrica)*, se establece "... la caracterización técnica del concepto de "niño soldado", en la que se concluyó que podía definirse bajo tal apelativo a toda persona menor de 18 años que forme parte de cualquier fuerza o grupo armado regular o irregular, con independencia de las labores que desempeñe, esto es, de que realice labores como cocinero, recaudero o mensajero, etc. Se incluyó también en esa categoría a las niñas reclutadas con fines sexuales u obligadas al matrimonio, por lo que la

603 Esta diferenciación fue adoptada por Unicef. Véase Natalia Springer, *Desactivar la guerra, alternativas audaces para consolidar la paz*, Aguilar, Bogotá, 2005, p. 166.

definición no incluye sólo a los menores de edad que porten o hayan portado armas. A su vez, en cuanto a la definición técnica del concepto de *reclutamiento*, en esta Declaración se estimó que ese concepto podía incluir la *vinculación obligatoria* (fuerzas militares), *forzada* o *voluntaria* de los menores, a grupos armados legales o ilegales.

Más adelante la misma providencia señala:

Siguiendo entonces el alcance de estas consideraciones, debe concluirse que independientemente de los verbos rectores que sean utilizados en el marco de los derechos humanos para señalar las conductas que deben ser sancionadas en el derecho interno en materia de reclutamiento y participación de menores en los conflictos, de acuerdo a los *Principios de la Ciudad del Cabo*, el objetivo de las disposiciones internacionales en la materia y de la comunidad internacional en su conjunto, es asegurar que la persona menor de 18 años no forme parte de cualquier fuerza o grupo armado regular o irregular, indistintamente de si dentro del grupo porta armas o no o de si su vinculación ha sido forzada o voluntaria, porque el concepto de “*niño soldado*” es un concepto amplio. La pretensión es que las definiciones abarquen en cuanto a su protección y garantía a la mayor cantidad posible de niños y niñas, para que puedan desmovilizarse y reintegrarse a la sociedad y que las prohibiciones aseguren la efectividad de estos objetivos.

La sentencia reconfirmación de cargos del caso Lubanga del 29 de enero de 2007 de la CPI señala que el alistamiento y el reclutamiento son dos formas de incorporación a las filas distintas, donde señala que el alistamiento es un reclutamiento forzoso y que el reclutamiento en cambio es voluntario (párr. 245), donde el consentimiento del niño no es un medio de defensa válido (párr. 247) y que es un delito continuado y permanente que “se continúa cometiendo mientras los niños continúan estando presentes en los grupos o fuerzas armadas y en consecuencia cesa de ser cometido cuando esos niños abandonan o alcanzan la [mayoría de] edad” (párr. 248).

En cuanto a la aplicación del artículo 162 existe un déficit de persecución penal, incluyendo las responsabilidades del superior

o del comandante, a pesar que el consentimiento no obra como causal de ausencia de responsabilidad a favor del sujeto activo y no inhibe la calidad de víctima de la persona reclutada.⁶⁰⁴

ñ) 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”.⁶⁰⁵ El artículo 17 del Protocolo II de 1977 prohíbe, lo que la doctrina denomina el desplazamiento deliberado,⁶⁰⁶ así:

- 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

604 Alejandro Aponte, *Persecución penal de crímenes internacionales*, diálogo abierto entre la tradición nacional y el desarrollo internacional, Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibáñez, Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2011, p. 207.

605 Sonia Güell Peris, *Conflictos armados internos y aplicabilidad del derecho internacional humanitario*, ob. cit., p. 86.

606 Roberto Carlos Vidal López, *Derecho global y desplazamiento interno*, ob. cit., p. 142.

que la población civil sea acogida en condiciones satisfactorias de alojamiento, salubridad, higiene, seguridad y alimentación”.

‘La necesidad militar’ ya ha sido definida en el artículo 14 del Código de Lieber del 24 de abril de 1863, como la necesidad de dichas medidas que son indispensables para asegurar los fines de la guerra, y que son lícitos de acuerdo al derecho y usos modernos de la guerra.⁶⁰⁷ “... la ‘necesidad militar’ constituye un concepto de frontera que efectivamente funciona como una válvula que da paso a la presión de las partes en el conflicto sobre las prohibiciones del DIH y es un reflejo del carácter derogable de la libertad de movimiento en el Derecho de los Derechos Humanos”.⁶⁰⁸ Para que constituya una infracción grave, la necesidad militar debe ser masiva, ilícita y arbitraria.⁶⁰⁹

Las imperiosas razones militares que puedan justificar un desplazamiento forzado deben ser apreciadas minuciosamente.⁶¹⁰ 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.⁶¹¹ 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 rápida-

607 Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso Kordic y Cerkez, (Sala de Apelaciones), 17 de diciembre de 2005, párr. 686.

608 Roberto Carlos Vidal López, *Derecho global y desplazamiento interno*, , ob. cit., p. 144.

609 Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso Blaskic (Sala de Primera Instancia), 3 de marzo de 2000, párr. 157.

610 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.

611 Frederic Mulinen, *Handbook on the law of war for armed forces*, ICRC, Geneva, 1987, p. 82.

mente posible, recurriendo a los medios de violencia controlada que no son prohibidos por el derecho de la guerra.^{612, 613}

La segunda prohibición consiste en no obligar a las personas civiles a abandonar su propio territorio por motivos relacionados con el conflicto. “El término “forzado” supone que las personas afectadas no escogieron libremente permanecer en la región donde actualmente se hallan. En la jurisprudencia del tribunal el término “forzado” ha sido interpretado como comprensivo de las amenazas o el uso de la fuerza, el temor a la violencia y la detención ilegal. Resulta, pues, esencial, que el desplazamiento se efectúe bajo coacción”.⁶¹⁴ “... la prohibición del desplazamiento forzado del Protocolo II debe ser interpretada de acuerdo con la garantía del Derecho Internacional de los Derechos Humanos sobre libertad de movimiento”.⁶¹⁵

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”.⁶¹⁶ Esta prohibición cubre los casos en los que se obliga a las personas a abandonar el país, y se refiere a las

612 ICRC, *Commentaire des Protocoles additonnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 1949*, p. 398.

613 Defensoría del Pueblo, Resolución Defensorial No. 025, “Sobre violaciones masivas de derechos humanos y desplazamiento forzado en la región del Bajo Atrato chocoano”, Bogotá, octubre de 2002, p. 17.

614 Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso “Fiscal vs. Vidoje Blagojevic y Dragan Jokic”. Sentencia del 17 de enero de 2005 de la Sala de Primera Instancia, párr. 596.

615 Roberto Carlos Vidal López, *Derecho global y desplazamiento interno*, ob. cit., p. 144. En el párrafo 172 de la sentencia del 15 de septiembre de 2005 la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso de la “masacre de Mapiripán” vs. Colombia, destaca el artículo 17 del Protocolo II de 1977 como especialmente útil para la aplicación de la Convención Americana.

616 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*

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.⁶¹⁷

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.⁶¹⁸

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.⁶¹⁹

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.

617 Alejandro Ramelli Arteaga, *La Constitución Colombiana y el Derecho Internacional Humanitario*, ob. cit., p. 493.

618 Sobre el desplazamiento interno y el derecho humanitario puede verse el capítulo IV de Roberto Carlos Vidal López, *Derecho global y desplazamiento interno*, ob. cit.

619 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 Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, es norma

La disminución del desplazamiento forzado y por ende su prevención, depende directamente de la disminución de las hostilidades, ya que pareciera existir una relación directamente proporcional entre el desplazamiento y las hostilidades.⁶²⁰

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.

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 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 Jean –Marie Henkaerts, Louise Doswald – Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob. cit., pp. 517 a 521 y 524 a 536.

620 En ese sentido véase Roberto Carlos Vidal López, *Derecho global y desplazamiento interno*, ob. cit., p. 214 y 215.

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.

El código penal colombiano señala dos tipos penales diferentes en materia de desplazamiento forzado. El artículo 159 del Código Penal dentro del Título II contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario 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 forzadamente de su sitio de asentamiento a la población civil (...)”. El artículo 180 dentro del capítulo quinto, delitos contra la autonomía personal, del Título III delitos contra la libertad individual y otras garantías, tipifica el “desplazamiento forzado [como] el que de manera arbitraria, mediante violencia u otros actos coactivos dirigidos contra un sector de la población, ocasione que uno o varios de sus miembros cambie el lugar de su residencia, incurrirá en (...). No se entenderá por desplazamiento forzado, el movimiento de población que realice la fuerza pública cuando tenga por objeto la seguridad de la población, o en desarrollo de imperiosas razones militares, de acuerdo con el derecho internacional”.

Aunque el ingrediente normativo del artículo 159 “con ocasión y en desarrollo de conflicto armado”, así como el sujeto pasivo de “población civil”, establecen pues que este es un tipo propio del derecho humanitario, expresiones que no aparecen en el artículo 180, si llama la atención el segundo inciso de este último artículo que establece una excepción más propia del derecho humanitario. El artículo 17 del Protocolo II de 1977 en su numeral primero “prohíbe expresamente 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”; el artículo 8.2.e.viii del Estatuto de la Corte Penal Internacional 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” expresiones muy similares y algunas idénticas al segundo inciso del artículo 180. Es decir, el legislador incluyó expresiones propias del derecho humanitario en ambos tipos penales lo que puede dificultar su imputación.

¿En qué situaciones se debe pues imputar por una norma y no por otra cuando ambos tipos utilizan palabras propias del derecho internacional humanitario? La respuesta la ofrecen las dos expresiones resaltadas del artículo 159. Cuando se pueda probar que la conducta fue perpetrada contra la población civil con ocasión y en desarrollo del conflicto armado, la norma a aplicar es el artículo 159. Cuando se demuestre que el desplazamiento forzado no tiene ninguna relación o vínculo con el conflicto armado y el sujeto pasivo no es población civil, el artículo para imputar es el 180.

Las expresiones “con ocasión y en desarrollo de conflicto armado” y “población civil” del artículo 159 así como las de “sin que medie justificación militar”, también del artículo 159 y “seguridad de la población” e “imperiosas razones militares” del artículo 180, deben interpretarse a la luz del derecho internacional humanitario. Las dos excepciones contempladas por el artículo 180 son similares a las estipuladas por el artículo 17 del Protocolo II de 1977

y por el artículo 8.2.e.viii del Estatuto de la Corte Penal Internacional: la seguridad de la población [civil]⁶²¹ o razones militares imperiosas, ya explicadas al inicio de este apartado.

En relación con los verbos rectores del artículo 159, según el Diccionario de la Real Academia Española, deportar es desterrar a alguien de un lugar, expulsar es echar a alguien de un lugar, trasladar es llevar a alguien de un lugar a otro y desplazar es mover o sacar a alguien del lugar en que está. Pareciera pues que estas expresiones significaran lo mismo, sin embargo para la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, las dos primeras se reservan para situaciones en que se traspasan las fronteras de un país y las dos segundas cuando no se sale del territorio de un país:

En la jurisprudencia del tribunal, el traslado forzado de personas se encuentra definido como un desplazamiento forzado de personas de la región en que se encuentran legalmente, sin motivo admitido por el derecho internacional. En su concepción clásica, el desplazamiento forzado se distingue de la expulsión y de la deportación, en la medida en que se realiza dentro de las fronteras de un país, mientras que aquéllas implican un traslado más allá de las fronteras reconocidas internacionalmente. Se encuentra bien establecido que los desplazamientos al interior de un país o más allá de sus fronteras nacionales, por motivos no admitidos en derecho internacional, constituyen crímenes según el derecho internacional consuetudinario.⁶²²

También en otras decisiones, la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales ha establecido otras diferencias sobre estos verbos rectores. En algunas decisiones ha señalado que la deportación o el traslado forzoso de civiles constituye una forma

621 La expresión civil no aparece en el artículo 180 pero si en las normas internacionales citadas y en el artículo 159 del código penal.

622 Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso “Fiscal vs. Vidoje Blagojevic y Dragan Jokic”. Sentencia del 17 de enero de 2005 de la Sala de Primera Instancia, párr. 595.

de persecución y en otras ha dicho que “expulsión es tan solo un posible medio de coerción por medio del cual se puede dar la deportación, mientras que esta conducta también puede tener lugar por otros medios”.⁶²³

Vale la pena recordar que el artículo 159 del Código Penal, 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.⁶²⁴ 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 formado” 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

623 Alejandro Aponte, *Persecución penal de crímenes internacionales*, diálogo abierto entre la tradición nacional y el desarrollo internacional, ob. cit., pp. 114 y 117.

624 *Gaceta del Congreso*, No. 65 del 17 de marzo de 2000, pp. 10-11.

oportunas y adecuadas, y no recibió entonces ninguna objeción de parte del gobierno nacional.⁶²⁵

Aunque en Colombia existe un déficit de persecución penal del desplazamiento forzado, las pocas imputaciones que se han realizado hasta la fecha están fundadas sobre todo en el artículo 180 y no el artículo 159.⁶²⁶ Más que razones normativas o probatorias, el motivo principal es que el artículo 159 tiene una estructura más compleja, como todos los delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, y pareciera que “los fiscales se sienten más cómodos con delitos que manejan tradicionalmente y que hacen parte de lógicas demostrables empíricamente sin mucha complejidad”.⁶²⁷ Otra de las razones puede estar relacionada con el artículo 181 que establece circunstancias de agravación punitiva para el artículo 180, circunstancias que no existen para el artículo 159.⁶²⁸ Los operadores judiciales deben hacer un esfuerzo por imputar la conducta con base en el artículo 159 puesto que el desplazamiento forzado en Colombia es una consecuencia del conflicto armado y que son los miembros de los grupos armados quienes más cometen esa conducta.

625 Acta de Plenaria No. 22 de la Sesión Ordinaria del día miércoles 31 de mayo de 2000, en *Gaceta del Congreso*, No. 194, del 9 de junio de 2000, pp. 20-22.

626 Véase Alejandro Aponte Cardona, “El desplazamiento como crimen internacional en Colombia, reglas, principios de interpretación y fórmulas de imputación”, Centro Internacional de Toledo para la Paz, Bogotá, 2009, en particular el apartado III.

627 *Ibíd.*, p. 60.

628 Centro Internacional de Toledo para la Paz, Observatorio internacional DDR – ley de justicia y paz, *Segundo informe*, noviembre 2009, Parte I, área de justicia, Fórmulas de imputación de conductas delictivas que constituyen crímenes internacionales en el ámbito de Justicia y Paz, p. 72.

o) 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.⁶²⁹ Según el artículo 7.1 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.

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.⁶³⁰

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 abste-

629 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 José Luis Rodríguez-Villasante Prieto (coord.), *Derecho Internacional Humanitario*, ob. cit., pp. 274-309.

630 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.

nerse de todo acto de hostilidad.⁶³¹ 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,⁶³² dado que estaría participando directamente en las hostilidades.

Además, con base en el numeral 2 del artículo 7 del Protocolo II de 1977, los heridos, enfermos y náufragos: “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”.⁶³³ “Esto significa que puede hacerse una distinción que sea beneficiosa, en particular socorriendo prioritariamente a una persona que requiera atención médica urgente, sin que ello implique una discriminación entre las personas atendidas primero y las atendidas después”.⁶³⁴

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.⁶³⁵ En definitiva, se trata de una reafirmación de las garantías

631 *Ibíd.*, párr. 4638. En *supra*, p 171, se transcriben las definiciones que ofrece el artículo 8º del Protocolo I de 1977 sobre heridos, enfermos y náufragos.

632 *Ibíd.*, párr. 4639.

633 Según el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, 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”. Jean –Marie Henkaerts, Louise Doswald – Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob. cit., pp. 455 a 458.

634 *Ibíd.*, p. 458.

635 Según el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, es norma consuetudinaria para conflictos armados internacionales y no internacionales, la siguiente: “Norma 111. Las partes en conflicto tomarán todas las medidas

fundamentales del artículo 4 del mismo Protocolo respecto de los heridos, enfermos y náufragos.⁶³⁶

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.⁶³⁷

El artículo 145 del código penal sanciona a quien abandone o remate a un herido o a un enfermo o ataque a una persona fuera de combate, fuera de los casos especialmente previstos como delitos y sancionados con pena mayor.

p) 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

posibles para proteger a los heridos, los enfermos y los náufragos contra los malos tratos ...” Jean –Marie Henkaerts, Louise Doswald – Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob. cit., pp. 458 a 460.

636 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. 4644.

637 Según el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, la norma 26 consuetudinaria para conflictos armados internacionales y no internacionales, es la siguiente: 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. Véase Jean –Marie Henkaerts, Louise Doswald – Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob. cit., pp. 97 a 99.

debe abstenerse de todo acto de hostilidad,⁶³⁸ en particular no debe participar directamente en las hostilidades. El derecho humanitario tanto a nivel convencional como consuetudinario permite que el personal sanitario pueda portar armas ligeras individuales para su propia defensa o la de los heridos y enfermos a su cargo, situación que no perjudica su estatuto de protección.⁶³⁹

El concepto de respeto implica “no atacar”.⁶⁴⁰ “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”.⁶⁴¹ 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

638 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. 4673. Según el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, 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 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 Jean –Marie Henkaerts, Louise Doswald – Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob. cit., pp. 89 a 97 y 99 a 103.

639 Artículo 13.2.a) del Protocolo I de 1977 y sobre la práctica consuetudinaria véase Jean –Marie Henkaerts, Louise Doswald – Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob. cit., p. 96.

640 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. 4674.

641 *Ibíd.*, párr. 4675.

benefician de la protección del artículo 10 del Protocolo II de 1977, relativo a la protección de la misión médica.⁶⁴²

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 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”.

q) 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 de 1949, 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.⁶⁴³

La obligación de respeto y protección de las unidades y medios de transporte sanitarios “implican no sólo la obligación de no ata-

642 Idem.

643 Véase, supra pp. 281 y 282, donde se cita el artículo 8 del Protocolo I que define qué se entiende por unidades y medios de transporte sanitarios.

car, 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”.⁶⁴⁴ 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”.⁶⁴⁵

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.⁶⁴⁶ 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.

644 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.

645 *Ibíd.*, párr. 4716. Según el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, 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 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 Jean –Marie Henkaerts, Louise Doswald – Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob. cit., pp. 103 a 114.

646 Según el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, 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”. *Ibíd.*, pp. 115 y 116.

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.⁶⁴⁷

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) o “si se utilizan, al margen de su función humanitaria, para cometer actos perjudiciales para el enemigo” (normas 28 y 29 del Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario). “Según la práctica de los Estados, el transporte de tropas sanas, armas o municiones y la obtención o transmisión de información militar, son ejemplos de usos de medios de transporte sanitarios que conducen a la pérdida de protección”.⁶⁴⁸ En relación con las unidades, son actos perjudiciales para el enemigo

el hecho de que el personal de la unidad vaya armado, de que la unidad esté custodiada, de que en la unidad haya armas portátiles y municiones que se han retirado a los heridos y enfermos y de que haya combatientes o civiles heridos o enfermos en la unidad, ... el uso de unidades sanitarias para albergar a combatientes en buen estado de salud o almacenar armas o municiones, y su empleo como puestos de observación militar o como escudo para protegerse de operaciones militares.⁶⁴⁹

647 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. 4722.

648 Henkaerts, Jean –Marie, Doswald – Beck, Louise, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, Op., Cit., p. 114.

649 *Ibíd.*, p. 109.

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 actos ilícitos cometidos por el personal que los cuida, gozan de las garantías de humanidad (art. 4 y 7 del Protocolo II de 1977).⁶⁵⁰

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 los dos primeros 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.

El artículo 155 del Código Penal tipifica la 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 so-

650 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. 4725, 4726 y 4727.

corro, 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...

Aunque contar con los signos distintivos es necesario para evitar su uso indebido

[l]a práctica muestra también que el hecho de no llevar u ostentar los emblemas distintivos no justifica los ataques a personal o bienes sanitarios o religiosos que hayan sido reconocidos como tales. Se trata de una aplicación del principio general de que los emblemas distintivos tienen por finalidad facilitar la identificación y no confieren, por sí mismos, un estatuto de protección. Dicho de otro modo, el personal y los bienes sanitarios y religiosos están protegidos a causa de su función. La ostentación de los emblemas es meramente la manifestación visible de esa función, pero no confiere protección como tal.⁶⁵¹

Aunque el artículo 155 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.⁶⁵²

r) 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

651 Jean –Marie Henkaerts, Louise Doswald – Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob. cit., p. 116.

652 Véase supra p. 457.

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”.⁶⁵³ Es decir, “implica un no hacer consciente y voluntario cuando se estaba en la obligación jurídica de hacer”.⁶⁵⁴

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]l 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]l 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 ...”.

Véase que los sujetos pasivos en ambos tipos son diferentes: en el artículo 152 son las personas protegidas y en el 161 es la población civil, la primera es más amplia y comprende a la segunda; los miembros de la población civil son personas protegidas pero

653 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.

654 Diego Fernando Victoria Ochoa, *Delitos contra las personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario*, ob. cit., p. 201.

no sólo los miembros de la población civil son personas protegidas. Los periodistas en misión profesional peligrosa, los civiles que participen indirectamente en las hostilidades, los miembros de las fuerzas o grupos armados que hayan depuesto las armas y las personas que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa análoga, también son personas protegidas.⁶⁵⁵

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”.⁶⁵⁶

¿Quién está obligado a prestar medidas de socorro y asistencia humanitaria a favor de las personas protegidas? Según el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, la norma consuetudinaria 109 para conflictos armados internacionales y no internacionales, señala que “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”.⁶⁵⁷ Es el 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).

655 Véase, supra p. 168 y ss.

656 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.

657 Jean –Marie Henkaerts, Louise Doswald – Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob. cit., pp. 451 a 454.

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),⁶⁵⁸ 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 por ejemplo el Comité Internacional de la Cruz Roja o Médicos sin Fronteras.⁶⁵⁹ 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”.

¿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

658 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.

659 Según el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, 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 Jean –Marie Henkaerts, Louise Doswald – Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob. cit., pp. 223 a 225.

protección, 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 1997.⁶⁶⁰ 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;

660 Véase supra p. 269 y ss.

- xiv) asistencia para la preservación de los bienes esenciales para la supervivencia;
- xv) actividades complementarias necesarias para el desempeño de una cualquiera de las tareas mencionadas, incluyendo entre otras cosas la planificación y la organización.

Existe jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia que establece que la omisión deliberada en la prestación de cuidados médicos constituye asesinato.⁶⁶¹ Con base en esta jurisprudencia podría existir un concurso ideal de tipos entre los artículos 152 y 161 con el 135 cuando la persona protegida o el miembro de la población civil muere de manera deliberada. También vale la pena señalar que el artículo 145 del código penal penaliza a quien abandone o remate a un herido o a un enfermo, norma que sería aplicable dado el caso, ya que esta norma sanciona la conducta del abandono o remate con una pena mayor que los artículos 152 y 161.

¿Quién está obligado a prestar medidas de protección a la población civil? Proteger significa “defender a alguien, socorrerlo y ayudarlo”,⁶⁶² “salir en defensa de alguien, prestar auxilio y apoyo”,⁶⁶³ 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,

661 Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia caso Kvočka et al., (Sala de Apelaciones), 28 de febrero de 2005, párrs. 270-271.

662 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.

663 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

donde se señaló quiénes tienen el deber de prestar medidas de socorro y asistencia humanitaria a favor de las personas protegidas.

Constitucionalmente, la protección y 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 garante para el respeto de los derechos fundamentales de los colombianos”.^{664, 665}

¿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:

664 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. (Nota en, Corte Constitucional, sentencia SU-1184 de 2001, M. P. Eduardo Montealegre Lynett).

665 Corte Constitucional, sentencia SU-1184 de 2001, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

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 llevara 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.

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 proyec-

tiles, 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.

Los crímenes de guerra correspondientes a los literales xvii), xviii) y xix) fueron adicionados de manera exacta al numeral e) del mismo artículo 8 sobre otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, bajo los literales xiii), xiv) y xv), según la Resolución RC/Res.5, aprobada por consenso en la 12ª sesión plenaria el 10 de junio de 2010 de la Asamblea de los Estados Partes del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

El artículo 142 del Código Penal es sobre la utilización de medios y métodos de guerra ilícitos. Dice la norma: “[e] 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 sufrimientos 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.⁶⁶⁶

Como ya se indicó en este Capítulo,⁶⁶⁷ el Estatuto de la Corte Penal Internacional guarda hasta la fecha absoluto silencio sobre la utilización de armas de destrucción masiva como son las armas nucleares, biológicas y químicas, como crímenes de guerra. Sin embargo, el Código Penal sí contiene un tipo penal especial sobre esta materia, en el Título XII sobre los delitos contra la seguridad pública, en el artículo 367 alude a la fabricación, importación, tráfico, posesión y uso de armas químicas, biológicas y nucleares:

666 Véase, supra p. 205 y ss.

667 Véase, supra pp. 355 y 360.

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 dos y tres 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 ...

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.

Las armas prohibidas de utilización más frecuente en el conflicto armado colombiano son las minas antipersonal, las armas trampas y otros artefactos. Las minas antipersonal más usuales son las denominadas popularmente como “quiebrapatas”.⁶⁶⁸ Entre las armas trampas 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

668 En el conflicto armado colombiano se utilizan diversos tipos de minas: quiebrapatas, quiebrapatas químicas, abanico, sombrero, cajón, cumbo, postas, Kleymore (artesanal), antivehículo, cilindro, costal, camándula. El Espectador, miércoles 4 de enero de 2012, pp. 4 y 5.

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.

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 esencial de perfidia no es difícil de captar: ruptura de la palabra empeñada, deslealtad, infidelidad a las promesas, engaño deliberado y amenaza solapada...”⁶⁶⁹ “La dife-

669 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*

rencia 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 hiere a una persona. Dentro de las normas del derecho internacional, los términos traición y perfidia son usados indistintamente”.⁶⁷⁰

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 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.

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

a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), tomo I, ob. cit., párr. 1497.

670 Roy Gutman y David Rieff, *Crímenes de guerra, lo que debemos saber*, ob. cit., p. 348.

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.⁶⁷¹

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.⁶⁷²

Según el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario los siguientes actos se consideran pérfidos cuando se cometen con la intención de traicionar la buena fe del adversario:

671 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.

672 CIDH, *Tercer Informe*, ob. cit., párr. 135.

- ◆ simular invalidez por heridas o enfermedad, ya que un enemigo en esa situación se considera fuera de combate y no puede ser atacado, sino que debe ser recogido y atendido.
- ◆ simular una rendición, ya que un adversario que se rinde se considera fuera de combate y no puede ser atacado, sino que debe ser capturado o liberado.
- ◆ simular un intento de negociación bajo una bandera blanca, ya que debe respetarse a toda persona que avance con una bandera de ese tipo.
- ◆ simular un estatuto de persona protegida utilizando el emblema de la cruz roja o de la media luna roja, ya que debe respetarse y protegerse al personal sanitario y religioso, así como las unidades y los medios de transporte que lleven los emblemas distintivos.
- ◆ simular un estatuto de persona protegida empleando los emblemas, las insignias o los uniformes de las Naciones Unidas, ya que debe respetarse al personal de mantenimiento de la paz y al personal humanitario que utilicen tales emblemas, insignias o uniformes, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a las personas civiles y esos emblemas, insignias o uniformes no puedan utilizarse sin autorización.
- ◆ simular un estatuto de persona protegida utilizando otros emblemas protectores, ya que debe respetarse al personal que utilice otros emblemas protectores, inclusive el emblema distintivo de los bienes culturales, y esos emblemas no pueden utilizarse de forma indebida.
- ◆ simular el estatuto de persona civil, ya que debe respetarse a las personas civiles que no participen directamente en las hostilidades y esas personas no pueden ser objeto de ataques.
- ◆ llevar los uniformes o utilizar los emblemas de Estados neutrales u otros Estados que no participen en el conflicto, ya que su utilización esta prohibida.⁶⁷³

673 Jean –Marie Henkaerts, Louise Doswald – Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob. cit., p. 250.

Las normas 64 y 65 del Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, señalan que “queda prohibido concertar un acuerdo para suspender los combates con la intención de atacar por sorpresa al enemigo, confiado en ese acuerdo” y que “queda prohibido matar, herir o capturar a un adversario valiéndose de medios pérfidos”.⁶⁷⁴

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”. Los primeros cinco elementos de este crimen, al tenor del Estatuto de la Corte Penal Internacional son:

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.

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...

674 *Ibíd.*, pp. 245 a 253.

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.

“La esencia de la perfidia es, pues, el hecho de apelar a la buena fe del adversario con la intención de traicionarla, es decir, abusar de ella. El exigir que exista la intención de traicionar la buena fe del adversario distingue la perfidia del uso indebido, haciendo de ella una violación mucho más grave del derecho internacional humanitario”.⁶⁷⁵

El artículo 37.2 del Protocolo I de 1977 no prohíbe las estrategias y agrega:

Son estrategias 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 pérfidos ya que no apelan a la buena fe de un adversario con respecto a la protección prevista en ese derecho. Son ejemplos de estrategias los actos siguientes: el camuflaje, las añaegas, las operaciones simuladas y las informaciones falsas.

Según la norma 57 del Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, “Las estrategias de guerra no están prohibidas, siempre que no infrinjan alguna norma del derecho internacional

675 *Ibíd.*, p. 249.

humanitario”.⁶⁷⁶ 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 adversario 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

676 *Ibíd.*, pp. 227 a 229. La investigación cita la sentencia T – 303 de 1997 de la Corte Constitucional, que señala “que el uso de tácticas y estrategias militares debe ser conforme con las normas constitucionales, reconociendo implícitamente que pueden utilizarse en los conflictos armados no internacionales. *Ibíd.*; p. 228.

transporte; incitar a la población enemiga a alzarse contra su gobierno, etc.⁶⁷⁷

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.⁶⁷⁸

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.⁶⁷⁹ 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

677 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.

678 *Ibíd.*, párr. 1526.

679 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.

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 internacionalmente 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 pérfido, 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”.

Según el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, son, entre otras, normas consuetudinarias para conflictos armados internacionales y no internacionales sobre el engaño, las siguientes:

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.

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.⁶⁸⁰

El Protocolo III de 2005 adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 aprobó un signo distintivo adicional, un marco rojo cuadrado sobre fondo blanco colocado sobre uno de sus vértices, y en su artículo 6.1. establece que “las disposiciones de los Convenios de Ginebra y, cuando sea aplicable, de los Protocolos adicionales de 1977 que rigen la prevención y la represión de los empleos abusivos de los signos distintivos se aplicarán de manera idéntica” a este

680 Jean –Marie Henkaerts, Louise Doswald – Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob. cit., pp. 229 a 244.

emblema. Además que los Estados Partes deben prevenir y reprimir “el uso pérfido y el empleo de cualquier signo o denominación que constituya una imitación de los mismos”.

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 ... En igual pena incurrirá quien, con la misma finalidad, utilice uniformes del adversario.

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 pérfido, es decir, que tenga como resultado matar o herir,⁶⁸¹ 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.

681 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.

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 persona protegida a prestar servicio en las fuerzas de una Potencia enemiga”. Los dos primeros 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.

Esta transgresión 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, 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 un grupo paramilitar 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”,⁶⁸² cuando

682 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

tengan por finalidad hacer padecer hambre a la población civil.⁶⁸³ El término “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. Además, según el Estatuto de la Corte Penal Internacional, hacer padecer hambre a la población civil de manera intencionada es un crimen de guerra en los conflictos armados internacionales y no es convincente como el Estatuto no lo consagró como un crimen de guerra para conflictos armados no internacionales, cuando su prohibición está establecida por el artículo 14 del Protocolo II de 1977,

La lista de bienes protegidos es solamente indicativa, y los actos señalados no son limitativos. No solo incluye víveres sino medicamentos e incluso el Protocolo I de 1977 menciona también la ropa de vestir, la ropa de cama y el alojamiento (art. 69.1).⁶⁸⁴

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 ...”.⁶⁸⁵

supervivencia de la población”. Bouchet-Saulnier, *Diccionario práctico de derecho humanitario*, ob. cit., p. 44.

683 Según el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, 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 o inutilizar los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil”. Véase Jean –Marie Henkaerts, Louise Doswald – Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob. cit., pp. 211 a 215.

684 *Ibíd.*, p. 215.

685 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*

El arma de asedio más antigua es el hambre.⁶⁸⁶ “Una característica típica de las nuevas guerras es la existencia de numerosos controles que vigilan los suministros de alimentos y artículos de primera necesidad”.⁶⁸⁷ “[E]l bloqueo y el asedio siguen siendo métodos de combate lícitos, a condición de que estén dirigidos exclusivamente contra combatientes”.⁶⁸⁸

... [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 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.⁶⁸⁹

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

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.

686 Wolfgang Sofsky, *Tiempos de horror, amok, violencia, guerra*, Siglo XXI, Madrid, 2004, p. 116.

687 Mary Kaldor, *Las nuevas guerras*, ob. cit., p. 133.

688 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.

689 *Ibíd.*, párr. 4797.

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, entrabar 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.⁶⁹⁰

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 abastecimientos 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 14.⁶⁹¹

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”.

690 Defensoría del Pueblo, Resolución Defensorial Humanitaria No. 004, de septiembre 11 de 2001, “Bloqueos”, p. 6.

691 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.

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.⁶⁹²

El listado de bienes que contienen fuerzas peligrosas es ilustrativo, no taxativo, donde se incluirían también plantas químicas y refinerías de petróleo⁶⁹³ 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.

692 Según el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, 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 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 Jean –Marie Henkaerts, Louise Doswald – Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob. cit., pp. 155 a 158. En esta investigación se dice que “en una declaración relativa a un ataque por tropas estatales a una presa para desalojar a la guerrilla, el gobierno de Colombia expresó la necesidad de proceder con cautela”, *Ibíd.*, p. 156.

693 *Ibíd.*, p. 158.

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.⁶⁹⁴

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.

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 dimanan 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. Dijo la Corte:

... este requisito no está incluido dentro de las normas convencionales y consuetudinarias de Derecho Internacional Humanitario que

694 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. 4820.

protegen ... las obras o instalaciones que contienen fuerzas peligrosas; en consecuencia, la introducción del requisito de señalización en el tipo penal que se estudia restringe el alcance de las salvaguardas internacionales aplicables, puesto que excluiría del ámbito de protección de estas normas ... a las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas que no se encuentren señalizados.⁶⁹⁵

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.⁶⁹⁶ 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.⁶⁹⁷

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

695 Corte Constitucional, sentencia C – 291 de 2007, magistrado ponente Manuel José Cepeda, p. 132.

696 *Gaceta del Congreso*, No. 65, del 17 de marzo de 2000, pp. 10-11.

697 Acta de Plenaria No. 22 de la Sesión Ordinaria del día miércoles 31 de mayo de 2000, en *Gaceta del Congreso*, No. 194 del 9 de junio de 2000, pp. 20-22.

excesivos en relación con la ventaja militar concreta prevista de los bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario”. Aunque el Código Penal Militar consagra en su artículo 155 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.⁶⁹⁸

Un ataque contra un oleoducto o un gasoducto puede considerarse una transgresión 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

698 Véase supra p. 457 y ss.

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 medir 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 constituían un legítimo objetivo militar cuya destrucción habría dado, en las circunstancias específicas presentadas al momento del ataque, una “ventaja militar definida”. Dada la oposición ideológica del ELN en contra de la explotación extranjera de los recursos colombianos, la Comisión opina que el ELN frecuentemente lleva a cabo estos ataques como un gesto simbólico y/o en retaliación por el no pago de los “impuesto de guerra” por parte de estas empresas extranjeras, más que con un propósito de obtener ventaja militar. Algunos de estos ataques a los oleoductos han violado de manera evidente las normas del derecho internacional humanitario. El reciente ataque del ELN al oleoducto Central de Segovia, Antioquia, resultando en un incendio que dejó 46 muertos y 70 heridos en el caserío Machuca, es uno de estos ataques. Analizando las circunstancias del ataque, queda claro que el grupo armado disidente no había tomado las precauciones necesarias para evitar daños excesivos a la población civil.⁶⁹⁹

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:

699 CIDH, *Tercer Informe*, ob. cit., párrs. 141 a 143.

- 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.
- 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 ...⁷⁰⁰

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.⁷⁰¹

700 Defensoría del Pueblo, Resolución Defensorial Humanitaria No. 7, del 5 de diciembre de 2001, "Ataques contra oleoductos", p. 9.

701 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.

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.⁷⁰²

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.⁷⁰³

y) Atacar bienes culturales y lugares de culto

Los bienes culturales y los lugares de culto⁷⁰⁴ 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.

702 Salvamento de voto de Alier Eduardo Hernández Enríquez.

703 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.

704 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.

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.⁷⁰⁵ La protección de los bienes culturales y de los lugares de culto se garantiza por medio de dos prohibiciones complementarias: la de cometer actos de hostilidad y la de utilizar los bienes protegidos en apoyo del esfuerzo militar.⁷⁰⁶

705 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.

706 *Ibíd.*, párrs. 4845 y 4846. Según el Derecho Internacional humanitario consuetudinario, 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 Jean –Marie Henkaerts, Louise Doswald – Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob. cit., pp. 141 a 149.

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.⁷⁰⁷ Conviene destacar que mientras la Convención 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 dos y tres del crimen de dirigir ataques contra objetos protegidos⁷⁰⁸ (art. 8 2.e.iv) los siguientes:

707 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. 4834.

708 “La presencia en la localidad de personas especialmente protegidas en virtud de los Convenios de Ginebra de 1949, o de fuerzas de policía con

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.

Conforme al artículo 15 del Protocolo II de 1999 a la Convención de La Haya de 1954:

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.

el único fin de mantener el orden público no la convierte en un objetivo militar”. Esta nota forma parte del elemento de crimen de guerra de dirigir ataques contra objetivos protegidos. Sobre la participación de la policía en las hostilidades, véase lo señalado en el apartado del principio de distinción en el Capítulo I, supra pp. 163 y 164.

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 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 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 ...⁷⁰⁹

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

709 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*, No. 151, septiembre 1999, p. 121.

bienes culturales entre los objetivos militares que, de conformidad con el artículo 57(3) del Protocolo I, no deberán atacarse.⁷¹⁰

El Código Penal, en su artículo 156, tipifica la destrucción o utilización ilícita de bienes culturales y lugares de culto, de forma que:

[E]l 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, 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 este tipo penal. Este exceso del legislador no se ajustaba a los parámetros internacionales y dijo la Corte que “la protección de los bienes culturales y religiosos no depende de su identificación con un emblema distintivo”.⁷¹¹ “La tipificación interna de un crimen internacional no puede des-

710 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 edition, Martinus Nijhoff, Henry Dunant Institute, Dordrecht, Geneva, 1988, pp. 745-759, citado en *ibíd.*, p. 112.

711 Corte Constitucional, sentencia C – 291 de 2007, magistrado ponente Manuel José Cepeda, p. 125.

conocer los elementos básicos dados a la figura por el tratado en el cual se define”.⁷¹² De manera puntual dijo la Corte:

... este requisito no está incluido dentro de las normas convencionales y consuetudinarias de Derecho Internacional Humanitario que protegen los bienes culturales ... en consecuencia, la introducción del requisito de señalización en el tipo penal que se estudia restringe el alcance de las salvaguardas internacionales aplicables, puesto que excluiría del ámbito de protección de estas normas a los bienes culturales y religiosos ... que no se encuentren señalizados.⁷¹³

Para la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, la gravedad del crimen de destrucción o daño a instituciones dedicadas a la religión se debe apreciar caso por caso, tomando mucho más en cuenta el valor espiritual de los bienes dañados o destruidos que la extensión material del daño o la destrucción.⁷¹⁴

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.

712 Mario Madrid Malo, *Derechos fundamentales, conózcalos, ejérzalos y defiéndalos*, 3 edición aumentada y actualizada, Panamericana, Bogotá, 2004, p. 130.

713 Corte Constitucional, sentencia C – 291 de 2007, magistrado ponente Manuel José Cepeda, p. 132. Véase también la práctica consuetudinaria mencionada en la página 615 que se aplica tanto para bienes sanitarios o religiosos en la que se establece que los medios de señalización no confieren por sí mismos un estatuto de protección sino que facilitan su identificación.

714 Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso Fiscal vs. Enver Hadzihasanovic y Amir Kubura, sentencia del 15 de marzo de 2006, citado por la Corte Constitucional, sentencia C – 291 de 2007, magistrado ponente Manuel José Cepeda, p. 124 cita de pie de página 285.

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 respaldo en el derecho humanitario.⁷¹⁵ 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, comprometiendo así la salud o la supervivencia de la población.
2. Quedan prohibidos los ataques contra el medio ambiente natural como represalias.

El medio ambiente debe considerarse *prima facie* como bien de carácter civil.⁷¹⁶ Se debe evitar que los elementos del medio ambiente se transformen en objetivos militares.⁷¹⁷ “... [L]a protección

715 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.

716 Karen Hulme, “Proteger el medio ambiente contra los daños: ¿una obligación ineficaz?” en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, septiembre de 2010, No. 879, Selección de artículos 2010, p. 350.

717 Michael Bothe, Carl Brunch, Jordan Diamond y David Jensen, “El derecho internacional y la protección del medio ambiente durante los conflictos armados: lagunas y oportunidades”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, septiembre de 2010, No. 879, Selección de artículos 2010, p. 329.

del medio ambiente como tal, y no como mero bien de carácter civil, es en la actualidad un principio del derecho internacional humanitario”.⁷¹⁸ “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’”.⁷¹⁹

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 protegen al medio ambiente en épocas de conflicto armado, y cooperar en su ulterior desarrollo, según sea necesario”. El principio 5 de la Carta Mundial de la Naturaleza determina que “se protegerá a la naturaleza de la destrucción que causan las guerras u otros actos de hostilidad”. La Resolución 47/37 de la Asamblea General de la ONU, aprobada en 1993, insta a los Estados a adoptar medidas para cumplir con el derecho internacional del medio ambiente durante los conflictos armados.⁷²⁰

En el estado actual de desarrollo del derecho internacional sería apropiado incluir la protección del medio ambiente dentro de las expresiones “principios del derecho de gentes derivados de los

718 *Ibíd.*, p. 269.

719 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.

720 Citados por Michael Bothe, Carl Brunch, Jordan Diamond y David Jensen, “El derecho internacional y la protección del medio ambiente durante los conflictos armados: lagunas y oportunidades”, en ob. cit., pp. 337 y 338.

usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública”, fuentes enumeradas en la Cláusula Martens.⁷²¹ Según el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, 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

721 *Ibíd.*, p. 343.

prevista; o e) pueden causar daños extensos, duraderos y graves al medioambiente natural.⁷²²

El principio de precaución, que se reconoce cada vez más en el derecho ambiental, busca prever y prevenir los daños al medio ambiente, incluyendo por supuesto los causados por los conflictos armados.⁷²³ Existe una

falta de claridad respecto de los aspectos prácticos de la proporcionalidad cuando el daño al medio ambiente es un daño colateral causado por ataques contra objetivos militares. ... El problema podría solucionarse mediante la utilización de los artículos 59 y 60 del Protocolo adicional I (localidades no defendidas y zonas desmilitarizadas) como modelos para proteger las áreas sensibles desde el punto de vista ecológico contra los ataques.⁷²⁴

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

722 Véase Jean –Marie Henkaerts, Louise Doswald– Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob. cit., pp. 159 a 168 y 298 a 301.

723 *Ibíd.*, pp. 166 y 167.

724 Michael Bothe, Carl Brunch, Jordan Diamond y David Jensen, “El derecho internacional y la protección del medio ambiente durante los conflictos armados: lagunas y oportunidades”, en ob. cit., p. 331.

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”.⁷²⁵

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”.⁷²⁶ Obsérvese cómo el Código Penal utiliza las mismas 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 re-

725 Según el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, 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”. *Ibíd.*, pp. 168 a 176. 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*, No. 857, p. 10.

726 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”, RGDIP, 1978, p. 36, citado en Manuel Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 851.

cursos naturales.⁷²⁷ 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.⁷²⁸

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”.⁷²⁹ Vale la pena subrayar que esta protección del medioambiente del Protocolo I de 1997 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,

727 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.

728 *Ibíd.*, párr. 1462.

729 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, párr. 2126.

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.⁷³⁰ 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.⁷³¹

“El daño ambiental ‘extenso’ podría clasificarse como ‘significativo’ o ‘grave’ sin más, pero si no causa perjuicios ‘duraderos’ previsible es improbable que ese daño ambiental se clasifique como ‘grave’”.⁷³² Sin embargo, estas expresiones de extenso, duradero y grave son objeto de críticas:

Esta interpretación no necesariamente goza de aceptación general en la actualidad, pero puede decirse con seguridad que las Partes en el tratado tuvieron la intención de establecer un umbral muy elevado. ...Cabe preguntarse si, teniendo en cuenta la creciente importancia del medio ambiente en las relaciones internacionales, ese elevado umbral está aún vigente o si, por el contrario, ha caído en desuso. Podría sostenerse esto último, pero no es seguro.⁷³³

730 Rosario Domínguez Matés, *La protección del medio ambiente en el derecho internacional humanitario*, Tirant lo Blanch, Cruz Roja Española, Valencia, 2005, p. 151.

731 *Ibíd.*, pp. 73 y 150 y ss.

732 Karen Hulme, “Proteger el medio ambiente contra los daños: ¿una obligación ineficaz?” en *ob. cit.*, p. 357.

733 Michael Bothe, Carl Brunch, Jordan Diamond y David Jensen, “El derecho internacional y la protección del medio ambiente durante los conflictos armados: lagunas y oportunidades”, en *ob. cit.*, pp. 328 y 329.

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,⁷³⁴ nunca respetadas por completo y a menudo violadas hipócritamente. Pero ¿qué otra alternativa tenemos?”⁷³⁵ 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 de la convención bélica⁷³⁶ y nuestra indignación da fe de su realidad y su dureza”.⁷³⁷

“... las reglas de la guerra son como las reglas de la carretera: cualquier persona honesta y realista no puede esperar que se cumplan cabalmente, siempre habrá algunos conductores que cometan infracciones más graves y con más frecuencia que otros y habrá también otros conductores que rara vez cometan alguna violación”.⁷³⁸

734 Según el Diccionario de la Real Academia Española “Dicho de una curva: que se acerca de continuo a una recta o a otra curva sin llegar nunca a encontrarla”. (Nota en, 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

735 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

736 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.

737 *Ibíd.*, p. 84.

738 El historiador Kenneth Maddock citado por Joanna Bourke., *Sed de sangre*, ob. cit., p. 192.

BIBLIOGRAFÍA

- ABI-SAAB, ROSEMARY “El Derecho humanitario según la Corte de La Haya”, en *Boletín de la Comisión Andina de Juristas*, N°. 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; FISELI, 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.
- ALBALADEJO ESCRIBANO, ISABEL, *La desaparición forzada de personas en Colombia*, Guía de normas, mecanismos y procedimientos, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2009.
- ALCAIDE FERNANDEZ, JOAQUÍN; MÁRQUEZ CARRASCO, MARÍA DEL C. Y CARRILLO SALCEDO, J.A., *La asistencia humanitaria en derecho internacional contemporáneo*, Universidad de Sevilla, Salamanca, 1997.

- ALIJA FERNÁNDEZ, ROSA ANA, *La persecución como crimen de lesa humanidad*, Universitat de Barcelona, Barcelona, 2011.
- AMBOS, KAI, *¿Cómo imputar a los superiores crímenes de los subordinados en el Derecho penal internacional? Fundamentos y formas*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008.
- AMBOS, KAI, *Conceptos básicos del derecho internacional humanitario y el nuevo crimen de agresión*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012.
- AMBOS, KAI, (coordinador), *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente*, GTZ, Editorial Temis, Bogotá, 2008.
- AMBOS, KAI, *La parte general del derecho penal internacional*, bases para una elaboración dogmática, Duncker & Humblot, Konrad Adenauer Stiftung y Editorial Temis, Bogotá, 2006.
- AMBOS, KAI, *Los crímenes del nuevo derecho penal internacional*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C., Bogotá, 2004.
- AMBOS, KAI, *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y derecho penal internacional*, estudio sobre la facultad de intervención complementaria de la Corte Penal Internacional a la luz del denominado proceso de “justicia y paz” en Colombia, GTZ, Editorial Temis, Bogotá, 2010.
- AMBOS, KAI, Y MALARINO, EZEQUIEL (Eds.), *Jurisprudencia Latinoamericana sobre derecho penal internacional*, Temis, Fundación Konrad-Adenauer, Bogotá, 2008
- AMBOS, KAI Y MALARINO, EZEQUIEL (Eds.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Fundación Konrad-Adenauer, Uruguay, 2003.
- AMBOS, KAI, Y MALARINO, EZEQUIEL (editores), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Konrad Adenauer Stiftung, Editorial Temis, Bogotá, 2011.
- AMBOS, KAI, Y MEINI, IVAN (editores), *La autoría mediata*, el caso Fujimori, Ara Editores, Lima, 2010.

- AMERICAS WATCH, *Violación de garantías de juicio justo por las cortes informales del FMLN*, en *Diario Latino*, El Salvador, entregas del 9 al 20 de julio de 1990.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Cómo utilizar el derecho penal internacional para impulsar reformas legislativas que incorporen la perspectiva de género*, Londres, 2005.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Un peligro para la salud mundial: Las exportaciones de armas de la Unión Europea*, Editorial Amnistía Internacional, Madrid, 2004.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Violación y violencia sexual, leyes y normas de derechos humanos en la Corte Penal Internacional*, Madrid, 2011.
- ANDREU – GUZMÁN, FEDERICO, *Fuero militar y derecho internacional*, Comisión Colombiana de Juristas y Comisión Internacional de Juristas, Bogotá, 2003.
- ANDREU –GUZMÁN, FEDERICO, *Tribunales militares y graves violaciones de derechos humanos*, Comisión Colombiana de Juristas, Bogotá, 2011.
- 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”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 114, Ginebra, Noviembre-Diciembre de 1992.
- APONTE, ALEJANDRO, *Persecución penal de crímenes internacionales, diálogo abierto entre la tradición nacional y el desarrollo internacional*, Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibáñez, Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2011.
- APPY, CHRISTIAN G., *La guerra de Vietnam*, una historia oral, Crítica, Barcelona, 2008.
- BALGUY – GALLOIS, ALEXANDRE, “Protección de los periodistas y de los medios de información en situaciones de conflicto armado”, en

Revista Internacional de la Cruz Roja, Nº 853, 2004, Selección de artículos 2004, Buenos Aires, 2005.

BAQUÉS QUESADA, JOSEPH, *La teoría de la guerra justa*, una propuesta de sistematización del “ius ad bellum”, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2007.

BARBER, BENJAMÍN R., *El imperio del miedo*, guerra, terrorismo y democracia, Paidós, Barcelona, 2004.

BARROW, AMY, “Las resoluciones 1325 y 1820 del Consejo de Seguridad: promover las cuestiones de género en los conflictos armados y en el derecho internacional humanitario”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Marzo de 2010, No. 877, Selección de artículos 2010.

BASDEVANT, JULES, [Un] “Convenio poco conocido sobre el Derecho de la Guerra”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Vol. XXVII, Nº. 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 Dунant / Tecnos / Unesco / Madrid, 1990.

BELLAMY, ALEX J., *Guerras justas*, De Cicerón a Irak, Fondo de Cultura Económica, México, 2009

BENITEZ MANAUT, RAÚL, “La ONU y el proceso de paz en El Salvador”, en *Análisis Político*, Nº 17, Bogotá, Septiembre a Diciembre de 1992.

BENNETT, MATTHEW (editor), *La guerra en la edad media*, Akal, Madrid, 2010.

BERMEJO GARCÍA, ROMUALDO, “El conflicto en Kosovo a la luz del derecho internacional humanitario”, en Antonio Blanc Altemir (Editor), *La protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la declaración Universal*, Tecnos, Madrid, 2001, págs 169 a 189.

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 Editorial, Barcelona, 1999.
- BOBBIO, NORBERTO, *El tercer ausente*, Ediciones Cátedra, Madrid, 1997.
- BOISSIER, PIERRE, *De Solferino a Tsushima*, Historia del Comité Internacional de la Cruz Roja, Instituto Henry Dunant, Ginebra, 1997.
- BOISSON DE CHAZOURNES, LAURENCE Y CORDORELLI, LUIGI, “Nueva interpretación del artículo 1º común a los Convenios de Ginebra: protección de los intereses colectivos”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 153, Marzo, Ginebra, 2000.
- BORDES SOLANAS, MONTSERRAT, *El terrorismo, una lectura analítica*, La Biblioteca del Ciudadano, Ediciones Bellaterra, Barcelona, 2000.
- BORJA, MIGUEL, *Espacio y guerra*, Colombia Federal 1858 – 1885, Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2010.
- BOTHE, MICHAEL, BRUNCH, CARL, DIAMOND, JORDAN Y JENSEN, DAVID, “El derecho internacional y la protección del medio ambiente durante los conflictos armados: lagunas y oportunidades”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, septiembre de 2010, No. 879, Selección de artículos 2010.
- BOUCHET-SAULNIER, *Diccionario práctico de derecho humanitario*, Ediciones Península, Barcelona, 2001.
- BOURKE, JOANNA, *Sed de sangre*, historia íntima del combate cuerpo a cuerpo en las guerras del Siglo XX, Crítica, Barcelona, 2008.
- BOUTHOU, GASTON, *La Guerra*, Oikos-Tau, Barcelona, 1971.
- BOUVIER, ANTOINE, “La protección del medio ambiente en período de conflicto armado”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 108, Ginebra, Noviembre-Diciembre de 1991.
- BRAUDY, LEO, *De las órdenes de caballería a los grupos terroristas*, la guerra y la naturaleza cambiante de la masculinidad, Océano, México D.F., 2008.

- BRIÈRE, YVES DE LA, *El derecho de la guerra justa*, tradición teológica y adaptaciones contemporáneas, Ed. Jus, México D.F., 1944
- BRUDERLEIN, CLAUDE, “La costumbre en el derecho internacional humanitario”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 106, Ginebra, Noviembre-Diciembre de 1991.
- BRUDERLEIN, CLAUDE, “La seguridad de la población como nueva medida de estabilidad mundial”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 158, Junio, Ginebra, 2001.
- BRUNETAU, BERNARD, *El siglo de los genocidios*, violencias, masacres y procesos genocidas desde Armenia a Ruanda, Alianza Editorial, Madrid, 2006.
- BUGNION, FRANÇOIS, “El derecho de Ginebra y el derecho de La Haya”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 160, Diciembre, Ginebra, 2001.
- BUGNION, FRANÇOIS, “Guerra justa, guerra de agresión y derecho internacional humanitario”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 163, Septiembre 2002.
- BURGER, JAMES A., “El derecho internacional humanitario y la crisis de Kosovo: lecciones aprendidas y por aprender”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 153, Marzo, Ginebra, 2000.
- CALLOIS, ROGER, *La Cuesta de la Guerra*, Fondo de Cultura Económica, México, 1975.
- CAMACHO GUIZADO, ÁLVARO Y LEAL BUITRAGO, FRANCISCO, (Compiladores.), *Armar la paz es desarmar la guerra*, Cerec, Iepri y Fescol, Bogotá, 1999.
- CANÇADO TRINDADE, ANTÓNIO 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*, Editorial Porrúa, Mexico, D.F., 2003.
- CANNIZZARRO, ENZO, “Contextualización de la proporcionalidad: jus ad bellum y jus in bello en la guerra del Líbano”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, diciembre de 2006 No. 864 de la ver-

sión original, en Revista Internacional de la Cruz Roja, selección de artículos 2006, sin ciudad ni fecha.

CAPELLÁ I ROIG, MARGALIDA, *La tipificación internacional de los crímenes de lesa humanidad*, Tirant lo blanc, Valencia, 2005.

CARBONNIER, GILLES, “Privatizaciones, subcontrataciones y asociaciones entre los sectores público y privado: ¿beneficiarios.com o negocios.com? en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 856, 2004, Selección de artículos 2004, Buenos Aires, 2005.

CARDONA, JUAN PABLO, Derechos de las víctimas y de los postulados: tensiones en el proceso de justicia y paz, GIZ, Embajada de la República Federal de Alemania, Bogotá, 2012.

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, (editores), *Crímenes internacionales y jurisdicciones internacionales*, Grupo Editorial Norma, Bogotá, 2004.

CAUDERAY, GERALD C., “Las minas antipersonal”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, No. 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”, en *Revista de las Fuerzas Armadas*, volumen XLVII, N° 144, Bogotá Julio - Septiembre de 1992.

CENTRO INTERNACIONAL DE TOLEDO PARA LA PAZ, *Observatorio internacional DDR – ley de justicia y paz*, Segundo informe, Bogotá, noviembre 2009.

CENTRO INTERNACIONAL PARA LA JUSTICIA TRANSICIONAL, *Transiciones en contienda*, dilemas de la justicia transicional en Colombia y en la experiencia comparada, Bogotá, 2010.

- 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” en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 42, Ginebra, Noviembre-Diciembre de 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.
- COMELLAS AGUIRREZÁBAL, MARÍA TERESA, *La incidencia de la práctica del Consejo de Seguridad en el derecho internacional humanitario*, Thomson, Pamplona, 2007.
- COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS, *COLOMBIA: En contravías 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, agosto de 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 la página web <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.

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.

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”, para la 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”, en *Revista del Comité Internacional de la Cruz Roja*, Ginebra, Marzo-Abril de 1981.

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, “La actitud del CICR en caso de toma de rehenes” en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 162, Junio, Ginebra, 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”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Ginebra, Enero-Febrero de 1988.

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, *Bibliography of international humanitarian law applicable in armed conflicts*, International

Comitee of the Red Cross and Henry Dunant Institute, Geneve, 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 & 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 & 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, n° 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?”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 158, Junio, Ginebra, 2001.

CONDORELLI, LUIGI, “La Corte Internacional de Justicia bajo el peso de las armas nucleares”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 139, Septiembre, Ginebra, 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”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 156, Diciembre, Ginebra, 2000.
- CHALIAND, GÉRRAD, *Guerras y civilizaciones*, del imperio asirio a la era contemporáneas, Paidós, Barcelona, 2007.
- CHALK, FRANK Y JONASSOHN, KURT, *Historia y sociología del genocidio*, análisis y estudios de casos, Prometeo Libros, Eduntref, Buenos Aires, 2010.
- CHARRY SAMPER, HÉCTOR (compilación y comentarios), *La Reforma del Artículo 121 de la Constitución*, Tomo I, sin editorial, Bogotá, 1962.
- CHETAİL, VINCENT, “La contribución de la Corte Internacional de Justicia al derecho internacional humanitario”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n° 850, Selección de artículos 2003, Buenos Aires, 2004, págs 79 a 113.
- 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”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 162, Junio, Ginebra, 2002.

- DAVID, ERIC, “La Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la licitud del empleo de las armas nucleares”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 139, Septiembre, Ginebra, 1997.
- DAVIS HANSON, VÍCTOR, *El arte de la guerra en el mundo antiguo*, de las guerras persas a la caída de Roma, Crítica, Barcelona, 2012.
- DAVIS HANSON, VÍCTOR, *Guerra*, El origen de todo, Turner, Madrid, 2011.
- DAVIS HANSON, VÍCTOR, *Matanza y cultura*, batallas decisivas en el auge de la civilización occidental, Turner, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2004.
- DE CURREA-LUGO, VÍCTOR, “Protección del sector salud en Colombia: un paso para la humanización del conflicto armado”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 160, Diciembre, Ginebra, 2001.
- DE CURREA-LUGO, VÍCTOR, *Derecho Internacional Humanitario y el sector salud: el caso colombiano*, Comité Internacional de la Cruz Roja, Plaza & Janés Editores, Bogotá, 1999.
- DE LUNA, GIOVANNI, *El cadáver del enemigo*, Violencia y muerte en la guerra contemporánea, 451, Madrid, 2007.
- DE ROUX RENGIFO, CARLOS VICENTE, “Sentido y alcances del campo humanitario y recomendaciones para construirlo” en 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”, en *El Independiente*, Bogotá, Octubre 14 de 1957.
- DIEZ DE VELASCO, MANUEL, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Editorial Tecnos, Madrid, 1999.
- DOMENECH OMEDAS, JOSÉ LUIS, OTERO SIVA, VICENTE Y RODRÍGUEZ VILLASANTE, JOSÉ LUIS, “Armas de destrucción masiva”, Universitat Oberta de Catalunya, XP07/930042/00001, mimeo, sin fecha.
- DOMESTICI-MET, MARIE-JOSÉ, “Cien años después de La Haya, cincuenta años después de Ginebra: el derecho internacional humanitario en tiempos de la guerra civil”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 150, Junio, Ginebra, 1999.
- DOMÍNGUEZ MATÉS, ROSARIO, *La protección del medio ambiente 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 commentd.* Cambridge University Press, Cambridge, 2003.
- DOSWALD-BECK, LOUISE Y CAUDERAY, GERALD C., “El desarrollo de las nuevas armas antipersonal”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 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”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 139, Septiembre, Ginebra, 1997.

- DROEGE, CORDULA, “El verdadero Leimotiv: la prohibición de la tortura y otras formas de malos tratos en el derecho internacional”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Ginebra, Septiembre de 2007, No. 867, Selección de artículos 2007.
- DUGARD, JOHN, “Salvando la distancia entre los derechos humanos y el derecho humanitario: la sensación de los infractores”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 147, Septiembre, Ginebra, 1998.
- DUNANT, HENRY, *Recuerdo de Solferino*, Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 1982.
- DURÁN VADELL, MARGARITA, *Los límites de Ares*, vencedores y vencidos en la Grecia antigua, Objeto Perdido, Mallorca, 2011.
- DURAND, ANDRÉ, *De Sarajevo a Hiroshima*, Historia del Comité Internacional de la Cruz Roja, Instituto Henry Dunant, Ginebra, 1998.
- DURHAM, HELEN Y O’BYRNE, KATIE, “El diálogo de la diferencia: el derecho internacional humanitario y las perspectivas de género”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Marzo de 2010, No. 877, Selección de artículos 2010.
- 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”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, No. 105, Ginebra, Mayo - Junio de 1991.
- FERNÁNDEZ-FLORES, JOSE LUIS, *Del derecho de la guerra*, Ediciones Ejército, Madrid, 1982.
- FERNÁNDEZ – PACHECO ESTRADA, CRISTINA, *El genocidio en el derecho penal internacional*, Universidad de Alicante, Tirant lo blanch, Valencia, 2011.
- 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, VIÇENC, *Cultura de paz y gestión de conflictos*, Icaria Editorial - Ediciones UNESCO, Barcelona, 1998.
- FISAS, VIÇENC, *Procesos de paz y negociación de conflictos armados*, Paidós, Barcelona, 2004.
- FORER, ANDREAS Y LÓPEZ DÍAZ, CLAUDIA, *Acerca de los crímenes de lesa humanidad y su aplicación en Colombia*, GTZ, Bogotá, 2010.
- 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.
- FRANCO RESTREPO, VILMA LILIANA, *Guerras civiles*, introducción al problema de su justificación, Editorial Universidad de Antioquia, Medellín, 2008.
- FREI, DANIEL, “El derecho internacional humanitario y el control de armamentos, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Nº 90, Noviembre-Diciembre de 1988.
- FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO LEGAL, *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre crímenes de derecho internacional*, Washington, 2009.
- FUNDACIÓN SOCIAL “Hacia la humanización del conflicto con las Farc” en *Vigía del Fuerte*, Boletín semestral sobre la situación humanitaria, número 3, julio, 2003.
- FUNDACIÓN SOCIAL, “Aperturas humanitarias: una cuota inicial ya sufragada” en *Vigía del Fuerte*, Boletín semestral sobre la situación humanitaria, número 3, julio, 2003.
- FUNDACIÓN SOCIAL, “Para multiplicar el ‘acoso del diálogo’” en *Vigía del Fuerte*, Boletín semestral sobre la situación humanitaria, número 4, diciembre, 2003.

- GALLÓN GIRALDO, GUSTAVO, *Quince años de Estado de sitio en Colombia: 1958-1978*, Librería y Editorial América Latina, Bogotá, 1979.
- GAMBETTA, DIEGO, *El sentido de las misiones suicidas*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2009.
- 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”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 110, Ginebra, Marzo-Abril de 1992.
- GASSER, HANS-PETER, “Actor de terror, ‘terrorismo’ y derecho internacional humanitario”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 163, Septiembre, Ginebra, 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 de 1986.
- GEISS, ROBIN Y BULINCKX, NOËMIE, “Cuadro comparativo de los tribunales penales internacionales e internacionalizados”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, marzo de 2006, No. 861 de la versión original, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, selección de artículos 2006, sin ciudad ni fecha.
- GELLATELY, ROBERT, (editor), *Las entrevistas de Nuremberg realizadas por León Goldensohn*, Taurus, Bogotá, 2005.
- GIRALDO RAMÍREZ, JORGE, *Guerra civil posmoderna*, Siglo del Hombre Editores, Instituto de Filosofía de la Universidad de Antioquia, Fondo Editorial Universidad Eafit, Bogotá, 2009.
- 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.
- GOLDHAGEN, DANIEL JONAH, *Peor que la guerra, genocidio, eliminacionismo y la continua agresión contra la humanidad*, Taurus, Madrid, 2010.
- 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*, Volumen II, Bogotá, 1993.
- GOLDMAN, ROBERT K., “Derecho internacional humanitario y actores no gubernamentales”, mimeo, Washington, 1993.
- GÓMEZ ROBLEDO, ANTONIO, *Fundadores del derecho internacional, Victoria, Gentili, Suárez, Grocio*, UNAM, México, 1989
- 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 & Janés Editores, Bogotá, 1999.
- GÜELL PERIS, SONIA, *Conflictos armados internos y aplicabilidad del derecho internacional humanitario*, Instituto de Estudios Europeos de la Universidad San Pablo Ceu, Dykinson, Madrid, 2005.
- GUTIÉRREZ BAILÓN, JUAN DE DIOS, *Sistema jurídico de las Naciones Unidas*, Editorial Porrúa, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, 2007
- GUTIÉRREZ ESPADA, CESÁREO, “Sobre la justificación (jurídica) de la intervención armada por causa de la humanidad”, en Consuelo Ramón Chornet (editora), *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 (Editor), *La protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la declaración Universal*, Tecnos, Madrid, 2001, págs 191 a 219.

- GUTMAN, ROY Y RIEFF, DAVID, *Crímenes de guerra, lo que debemos saber*, Grupo Editorial Random House Mondadori, S.L., Barcelona, 2003.
- HENKAERTS, JEAN –MARIE, DOSWALD – BECK, LOUISE, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, CICR, sin ciudad, 2007.
- HENKAERTS, JEAN –MARIE, “Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario: una contribución a la comprensión y al respeto del derecho de los conflictos armados”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, No. 857, marzo de 2005, págs 175 a 212, versión en español en 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”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 151, Septiembre, Ginebra, 1999.
- 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, CATERINA, *Derecho internacional, acuerdo humanitario y resolución pacífica del secuestro*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2011.
- HEYCK PUYANA, ANA CATERINA *Sí al acuerdo humanitario*, La silueta ediciones Ltda, Bogotá, 2004.
- HILLMAN, JAMES, *Un terrible amor por la guerra*, Sexto piso, Madrid, 2010.

- HLADÍK, JAN, "Protección de los bienes culturales durante las hostilidades: reunión de expertos en América Latina", en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Nº 163, Septiembre, Ginebra, 2002.
- HOBBSBAWN, ERIC, *Guerra y paz en el siglo XXI*, Crítica, Barcelona, 2007.
- HULME, KAREN, "Proteger el medio ambiente contra los daños: ¿una obligación ineficaz?" en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, septiembre de 2010, No. 879, Selección de artículos 2010.
- HUMAN RIGHTS WATCH, "Aprenderás a no llorar: niños combatientes en Colombia", U.S.A., 2003.
- HUMANAS, CENTRO REGIONAL DE DERECHOS HUMANOS Y JUSTICIA DE GÉNERO, *Guía para llevar casos de violencia sexual*, Bogotá, 2009.
- IGNATIEFF, MICHAEL, *El honor del guerrero, guerra étnica y conciencia moderna*, Grupo Santillana de Ediciones (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*, Editorial 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, 2003.
- JARAMILLO ARBELÁEZ, Delio, *Derecho internacional humanitario*, Universidad Santo Tomás de Aquino, Bogotá, 1975.

- JEANNET, STÉPHANE Y MERMET, JOEL, “La implicación de los niños en los conflictos armados”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Nº 145, Marzo, Ginebra, 1998.
- JIMÉNEZ PIERNAS, CARLOS, “La protección de trabajadores y cooperantes extranjeros en situaciones de conflicto interno”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Nº 110, Ginebra, Marzo-Abril de 1992.
- JUNOD, SYLVIE, “Los derechos humanos y el Protocolo II”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Nº. 59, Ginebra, Septiembre-Octubre de 1983.
- KAGAN, DONALD, *Sobre las causas de la Guerra y la preservación de la paz*, Turner, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2003
- KÄLDIN, WALTER, “La lucha contra la tortura”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Nº 147, Septiembre, Ginebra, 1998.
- KALDOR, MARY, *El poder y la fuerza*, La seguridad de la población civil en un mundo global, Tusquets Editores, Barcelona, 2010.
- 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.
- KALYVAS, STATHIS N., *La lógica de la violencia en la guerra civil*, Akal, Madrid, 2010.
- 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”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Nº 155, Septiembre, Ginebra, 2000.
- KELSEN, HANS, *La paz por medio del derecho*, Madrid, 2008

- KOLB, ROBERT, “Observaciones sobre las intervenciones humanitarias”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, No. 849, Selección de artículos 2003, Buenos Aires, 2004, págs 59 a 74.
- KOLB, ROBERT, “Origen de la pareja terminológica ius ad bellum/ius in bello”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 143, Septiembre-octubre, Ginebra, 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)”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 147, Septiembre, Ginebra, 1998.
- KOSIRNIK, RENÉ, “Los Protocolos adicionales de 1977: un desarrollo necesario del derecho internacional humanitario”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 143, Septiembre-octubre, Ginebra, 1997.
- LA MORADA, CORPORACIÓN DE DESARROLLO DE LA MUJER, *La Corte Penal Internacional, avances en materia de justicia de género*, Santiago de Chile, 2003.
- LEMKIN, RAPHAEL, *El dominio del eje en la Europa ocupada*, Prometeo Libros, Buenos Aires, 2008.
- LETTES, ALEXANDRA Y RUEDA SÁIZ, PABLO, “La incorporación del derecho internacional humanitario al ordenamiento jurídico colombiano en la jurisprudencia constitucional”, en *Derecho Constitucional Perspectivas críticas*, Número 2, Universidad de los Andes, Legis Editores, 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)”, en *Documentos Ocasionales*, Centro de Estudios Internacionales de la Universidad de los Andes, No. 25, Bogotá, Enero - Marzo de 1992.
- LINDQVIST, SVEN, *Historia de los bombardeos*, Turner, Madrid, 2002.

- LOROLA DELGADO, ISABEL Y MARTÍN MARTÍNEZ, MAGDALENA M., *La Corte Penal Internacional, justicia versus impunidad*, Editorial Ariel, Barcelona, 2001.
- LOYE, DOMINIQUE Y COUPLAND, ROBIN, “¿Quién y cómo prestara asistencia a las víctimas del empleo de armas nucleares, radiológicas, biológicas o químicas”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, junio de 2007, No. 866 de la versión original, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, selección de artículos 2007, sin ciudad ni fecha.
- 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*, 3ª edición aumentada y actualizada, Panamericana Editorial Ltda., Bogotá, 2004.
- MAIER, CHARLES, “Las ciudades como blanco: debates y silencios en torno a los bombardeos aéreos en la Segunda Guerra Mundial”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 2005.
- MANDATO CIUDADANO POR LA PAZ, *Propuestas humanitarias y poder ciudadano*, Cátedra para la paz, la vida y la libertad: módulo 3. Bogotá, 2000.
- MANGAS MARTÍN, ARACELI, *Conflictos armados internos y derecho internacional humanitario*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1990.
- MANN, MICHAEL, *El lado oscuro de la democracia*, Universitat de Valencia, Valencia, 2009.
- 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” en *Análisis Político*, No. 50, Enero-Abril de 2004, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.
- 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”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 148, Diciembre, Ginebra, 1998.
- MATHEWS, ROBERT J. Y MCCORMACK, TIMOTHY L.H., “La influencia de los principios humanitarios en la negociación de tratados sobre limitación de armamentos”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 150, Junio, Ginebra, 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*, Volumen II, Bogotá, 1993.
- MATTAROLLO, RODOLFO, *Noche y niebla y otros escritos sobre derechos humanos*, Ediciones Le Monde Diplomatique, Buenos Aires, 2010.
- MCGLYNN, SEAN, *A hierro y fuego, las atrocidades de la guerra en la edad media*, Crítica, Barcelona, 2009.
- MELZER, NILS, *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario*, CICR, Ginebra, 2010.
- MINEAR, LARRY, “La teoría y la práctica de la neutralidad: algunas reflexiones sobre las tensiones”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 149, Marzo, Ginebra, 1999.
- MINISTERIO DE DEFENSA, INSTITUTO ESPAÑOL DE ESTUDIOS ESTRATÉGICOS, “Lucha contra el terrorismo y derecho internacional”, en *Cuadernos de Estrategia*, No. 133, Madrid, 2006.
- MIRANDA, CARLOS E., “Terrorismo internacional: una aproximación teórica” en *Ciencia Política*, No. 17, Bogotá, IV Trimestre de 1989.
- MONTEALEGRE, HERNÁN, “Conflictos armados internos y derechos humanos”, en *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, Geneve, 1984.
- MONTEALEGRE, HERNÁN, *La Seguridad del Estado y los derechos humanos*, Academia de Humanismo Cristiano, Santiago de Chile, 1981.

- MOREYRA, MARÍA JULIA, *Conflictos armados y violencia sexual contra las mujeres*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007.
- MOYANO BONILLA, CÉSAR, “El Derecho humanitario y su aplicación a los conflictos armados”, en *Universitas*, N^o. 72, Bogotá, 1987.
- MULINEN, FREDERIC, “Instrucción acerca del derecho de la guerra en las fuerzas armadas, veinte años de experiencia”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Ginebra, Marzo-Abril de 1987.
- MÜNKLER, HERFRIED, “Las guerras del siglo XXI”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, No. 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, VITTT, “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”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N^o 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”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N^o 853, 2004, 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 de 1984.
- NAQVI, YASMIN, “Estatuto de prisionero de guerra: «casos de duda»”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N^o 163, Septiembre, Ginebra, 2002.
- NATHANSON, VIVIENTE, “El papel de la profesión médica en la prevención y la limitación del sufrimiento en caso de conflicto”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N^o 155, Septiembre, Ginebra, 2000.

- NIETO NAVIA, RAFAEL, “Derecho imperativo internacional, derecho internacional humanitario y bloque de constitucionalidad”, en Ricardo Abello Galvis (editor), *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, “Los derechos humanos, el terrorismo y la organización de las Naciones Unidas: el derecho internacional penal relativo al terrorismo y los derechos humanos”, en *Revista Iberoamericana de Derechos Humanos*, No. 2, Editorial Porrúa México, Universidad Iberoamericana, Unión Europea, México, 2006.
- O'DONNELL, DANIEL, “Tendencias en la aplicación del derecho internacional humanitario por los mecanismos de derechos humanos de las Naciones Unidas”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 147, Septiembre, Ginebra, 1998.
- OFICINA EN COLOMBIA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, Hoja Informativa, Número 1, Bogotá, Enero de 1999.
- OFICINA EN COLOMBIA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, Hoja Informativa, Número 2, Bogotá, Marzo de 1999.
- OLÁSOLO ALONSO, HÉCTOR, *Ataques contra personas o bienes civiles y ataques desproporcionados*, Especial referencia al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y a la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, Cruz Roja Española, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- OLÁSOLO ALONSO, HÉCTOR, *Ensayos de derecho penal y procesal internacional*, Instituto Iberoamericano de La Haya, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

- OLÁSOLO ALONSO, HÉCTOR, *Ensayos sobre la Corte Penal Internacional*, Pontificia, Universidad Javeriana, Bogotá, 2009.
- 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*, Mc Graw 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 (editora), *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*, Editorial 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*, Volumen 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 Editorial Temis, Bogotá, 1992.
- OWEN, JAMES, *Nuremberg*, el mayor juicio de la historia, Crítica, Barcelona, 2006.
- PALMIERI, DANIEL Y HERMANN, IRENE, “Entre Amazonas y sabinas: un enfoque histórico del papel de las mujeres en la guerra”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Marzo de 2010, No. 877, Selección de artículos 2010.
- PALMIERI, DANIEL, “El tiempo como factor para comprender la violencia de la guerra: el ejemplo de África”, en *Revista Internacional*

de la Cruz Roja, No. 852, Selección de artículos 2003, Buenos Aires, 2004, págs 239 a 254.

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.

PARENTI, FILIPPINI, FOLGUEIRO, *Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el derecho internacional*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007.

PATRNOGIC, JOVICA, “Reflexiones sobre la relación entre el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los refugiados, su promoción y su difusión”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 88, Ginebra, Julio-agosto de 1988.

PÉCAUT, DANIEL, *Guerra contra la sociedad*, Editorial Planeta, Bogotá, 2001.

PELÁEZ, CARLOS, *Estado de derecho y Estado de sitio*, Editorial 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”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N°. 94, Ginebra, Julio-Agosto de 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.

PÉREZ-LEÓN ACEVEDO, JUAN PABLO, *La responsabilidad internacional del individuo por crímenes de guerra*, Ara Editores, Lima, 2008.

- PETER HERBY Y ANA R. QUITEN, “Residuos explosivos de guerra: proteger a las personas civiles mediante un protocolo adicional a la Convención de 1980 sobre ciertas armas convencionales”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 157, Marzo, Ginebra, 2001.
- PFANNER, TONI, “La guerra asimétrica desde la perspectiva de la acción y el derecho humanitario”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, No. 857. Versión en español en www.cicr.org/spa
- PICTET, JEAN, “La necesaria restauración de las leyes y costumbres aplicables en caso de conflicto”, en *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, N°. 1, Ginebra, Marzo de 1969.
- PICTET, JEAN, “La formación del derecho internacional humanitario”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n° 162, Junio, Ginebra, 2002.
- PICTET, JEAN, *Desarrollos y principios del derecho internacional humanitario*, Instituto Henry Dunant, Ginebra, 1986.
- PIGNATELLI Y MECA, FERNANDO, *La sanción de los crímenes de guerra en el derecho español*, consideraciones sobre el capítulo III del título XXIV del libro II del Código Penal, Ministerio de Defensa, Madrid, 2003.
- PIZARRO LEONGÓMEZ, EDUARDO, “Colombia: ¿guerra civil, guerra contra la sociedad, guerra antiterrorista o guerra ambigua?” en *Análisis Político*, No. 46, Mayo-Agosto 2002, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.
- PLATTNER, DENISE, “La represión penal de las violaciones del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados no internacionales”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, No. 101, Ginebra, Septiembre - Octubre de 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”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 67, Ginebra, Enero-Febrero de 1985.
- PRIETO SANJUÁN, RAFAEL, *Akayesu*, El primer juicio internacional por Genocidio, Pontificia Universidad Javeriana, Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá, 2006.
- PRIETO SANJUÁN, RAFAEL, (Editor), *Conducción de Hostilidades y derecho internacional humanitario*, Pontificia Universidad Javeriana, Diké Biblioteca Jurídica, Bogotá, 2007.
- PRIETO SANJUÁN, RAFAEL, *Crímenes de guerra, infracciones y violaciones graves al derecho internacional humanitario*, Depalma, Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2010.
- PRIETO SANJUÁN, RAFAEL, *Tadic: internacionalización de conflictos internos y responsabilidad individual*, Pontificia Universidad Javeriana, Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá, 2005.
- 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, Bogotá, 2003.
- QUÉGUINER, JEAN-FRANCOIS, “Comentario del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la aprobación de un signo distintivo adicional (Protocolo III)”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, marzo de 2007, No. 865 de la versión original, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, selección de artículos 2007, sin ciudad ni fecha.
- QUEL LÓPEZ, JAVIER F. (ED.), *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Colección Escuela Diplomática, n° 4, Escuela Diplo-

mática y Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Madrid, 2000.

QUINTANA, JUAN JOSÉ, “La violación del derecho internacional humanitario y sus sanción: El tribunal penal internacional para ex Yugoslavia”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, No. 123, Ginebra, Mayo - Junio de 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 derecho 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, Número 12, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999.

RAMELLI, ARTEAGA, ALEJANDRO, *Jurisprudencia penal internacional aplicable en Colombia*, GIZ, Universidad de los Andes, Embajada de la República Federal de Alemania, Bogotá, 2011

RAMELLI ARTEAGA, ALEJANDRO, *La constitución colombiana y el derecho internacional humanitario*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000.

RAMÍREZ TOBÓN, WILLIAM, “¿Guerra civil en Colombia?” en *Análisis Político*, No. 46, Mayo-Agosto 2002, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.

RAMÍREZ, SOCORRO, *Intervención en conflictos internos. El caso colombiano 1994-2004*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2004.

RAMÓN CHORNET, CONSUELO (editora), *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 (editora), *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.
- RAMSBOTHAM OLIVER, WOODHOUSE, TOM, MIALI, HUGH, *Resolución de conflictos*, La prevención, gestión y transformación de conflictos letales, Institut Catala Internacional per la Pau, Ediciones Bellaterra, Barcelona, 2008.
- RAYAS VELASCO, LUCÍA, *Armadas*, Un análisis de género desde el cuerpo de las mujeres combatientes, El Colegio de México, México D.F., 2009.
- REMIRO BROTONS, ANTONIO, “¿Nuevo orden o derecho internacional?” en Consuelo Ramón Chornet (editora), *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”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 147, Septiembre, Ginebra, 1998.
- REIEFF, DAVID, *A punta de pistola*, sueños democráticos e intervenciones armadas, Debate, Barcelona, 2007.
- 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*, Quinta reimpresión de la undécima edición, Editorial Temis S.A., Bogotá, 1996.
- REYES POSADA, ALEJANDRO Y BEJARANO, ANA MARÍA, “Conflictos agrarios y luchas armadas en la Colombia contemporánea: una visión geográfica”, *Análisis Político*, N°. 5, Bogotá, Septiembre a Diciembre de 1988.

- REYES, HERNÁN, “Las peores cicatrices no siempre son físicas. La tortura psicológica”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, septiembre de 2007 No. 867 de la versión original, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, selección de artículos 2007, sin ciudad ni fecha.
- REY-SCHYRR, CATHERINE, “Los Convenios de Ginebra de 1949: un progreso decisivo”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 151, Septiembre, Ginebra, 1999.
- ROBERGE, MARIE-CLAUDE, “El nuevo Tribunal Penal Internacional: evaluación preliminar”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 148, Diciembre, Ginebra, 1998.
- ROBERTS, ADAM, “El papel de las cuestiones humanitarias en la política internacional del decenio de 1990”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 149, Marzo, Ginebra, 1999.
- ROBERTSON, GEOFFREY, *Crímenes contra la humanidad, la lucha por una justicia global*, Siglo XXI, Madrid, 2008.
- 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”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 153, Marzo, Ginebra, 2000.
- ROMERO, FLOR ALBA Y PAZOS, RAMIRO (Compiladores), *Derechos humanos y derecho internacional humanitario. Catálogo*, Universidad de los Andes, IEPRI, Temis Editores, 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?”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 156, Diciembre, Ginebra, 2000.
- RUBINSTEIN, RICHARD E., *Alquimistas de la revolución: el terrorismo en el mundo moderno*, Granica Ediciones, Buenos Aires, 1988.
- RUJANA QUINTERO, MIGUEL (Compilador), *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”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 152, Diciembre, Ginebra, 1999.
- SALMÓN, ELIZABETH, *El derecho internacional humanitario y su relación con el derecho interno de los Estados*, Palestra, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2007.
- SALMÓN, ELIZABETH, *Introducción al derecho internacional humanitario*, Instituto de democracia y derechos humanos, Pontificia Universidad Católica del Perú, CICR, Lima, segunda edición, 2008.
- SÁNCHEZ DUQUE, LUZ MARÍA, *Perspectivas jurídicas frente a un eventual proceso de paz con los grupos guerrilleros*, Planeta Paz, Bogotá, 2011.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, GONZALO, “La guerra contra los derechos del hombre”, en *Análisis Político*, No. 46, Mayo-Agosto 2002, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.
- SANDOZ, YVES, “El medio siglo de los Convenios de Ginebra”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 150, Junio, Ginebra, 1999.
- SANDOZ, YVES, “Prohibición o restricción de utilizar ciertas armas clásicas”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Ginebra, Enero-Febrero de 1981.

- SASSÓLI, MARCO, “La responsabilidad del Estado por las violaciones del derecho internacional humanitario”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 162, Junio, Ginebra, 2002.
- SAVATER, FERNANDO, *Ética como amor propio*, Mondadori, Madrid, 1988.
- SCHINDLER, DIETRICH, “Importancia de los Convenios de Ginebra para el mundo contemporáneo”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 152, Diciembre, Ginebra, 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*”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 162, Junio, Ginebra, 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”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 51, México, Enero-Abril de 1984.
- SERNA, CAMILO, “Informe sobre el desarrollo de la Convención sobre municiones en racimo aplicada al Estado colombiano”, Universidad Santo Tomás, tesis de maestría de derechos humanos, Bogotá, 2011
- SHIVA, VANDANA, *Las guerras del agua*, privatización, contaminación y lucro, Siglo XXI Editores, México, 2003.
- SHKLAR, JUDITH N., “En primer lugar la crueldad”, en *Daedalus*, Vol 111, No. 3, American Academy of Arts and Sciences & MIT Press,

Boston, Summer 1982, traducción no oficial de Hernando Valencia Villa.

SIVAKUMARAN, SANDESH, “Del dicho al hecho: la ONU y la violencia contra hombres y niños durante conflictos armados”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Marzo de 2010, No. 877, Selección de artículos 2010.

SOFSKY, WOLFGANG, *Tiempos de horror, amok, violencia, guerra*, Siglo XXI, Madrid, 2004.

SOFSKY, WOLFGANG, *Tratado sobre la violencia*, Abada Editores, Madrid, 2006.

SOUZA, PHILIP DE, *La guerra en el mundo antiguo*, Akal, Madrid, 2008.

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 (compiladora), *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 conflictos armados internacionalizados”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 850, Selección de artículos 2003, Buenos Aires, 2004, págs 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.
- THIBAUD, CLÉMENT, *Repúblicas en armas, los ejércitos bolivarianos en la guerra de Independencia en Colombia y Venezuela*, Instituto Francés de Estudios Andinos, Editorial Planeta, Bogotá, 2003.
- 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’”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 152, Diciembre, Ginebra, 1999.
- TICEHURST, RUPERT, “La Cláusula Martens y el derecho de los conflictos armados”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 140, marzo-abril, Ginebra, 1997.
- TOLEDO VÁSQUEZ, PATSILÍ, *Femicidio*, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, México, 2009.
- TOWNSHEND, CHARLES, “El proceso de terror en la política irlandesa”, en Noel O’Sullivan, *Terrorismo, ideología y revolución*, Madrid, Alianza Editorial, 1986.
- TRAVERSO, ENZO, *A sangre y fuego*, de la guerra civil europea 1914 – 1945, Prometeo Libros, Buenos Aires, 2009.
- TRUYOL Y SERRA, ANTONIO, *Fundamentos del derecho internacional público*, Editorial Tecnos, Madrid, 1977.
- UESSELER, ROLF, *La guerra como negocio*, cómo las empresas militares privadas destruyen la democracia, Grupo Editorial Norma, Bogotá, 2007.
- 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.
- UPRIMNY YEPES, RODRIGO, “¿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.
- 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.
- URIBE DE HINCAPIÉ, MARÍA TERESA, LÓPEZ LOPERA, LILIANA MARÍA, *La guerra por las soberanías, memorias y relatos en la guerra civil de 1859 – 1862 en Colombia*, La Carreta Editores, Instituto de Estudios Políticos de la Universidad de Antioquia, Corporación Región, Medellín, 2008
- VALENCIA VILLA, ALEJANDRO, *La Humanización de la Guerra: Derecho Internacional Humanitario y Conflicto Armado en Colombia*, Tercer Mundo Editores y Ediciones Uniandes, Bogotá, primera edición agosto de 1991, segunda edición febrero de 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”, en *Análisis Político*, N.º. 6, Bogotá, Enero a Abril de 1989.
- VALENCIA VILLA, HERNANDO, “De las guerras constitucionales en Colombia, Capítulo LXVIII: informe sobre la reforma de Barco, en *Análisis Político*, N.º. 6, Bogotá, Enero a Abril de 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*, Volúmen III, Bogotá, 1993.
- VALENCIA VILLA, HERNANDO, “Vida, pasión y muerte del Tribunal Especial”, en *Análisis Político*, N.º. 2, Bogotá, Septiembre a Diciembre de 1987.
- VALENCIA VILLA, HERNANDO, *Diccionario de derechos humanos*, Editorial 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 (Compilador.), *Lecciones y ensayos, derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003.
- VARIOS AUTORES, *Libro Homenaje a Luis Carlos Pérez*, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2012.
- VERDROSS, ALFRED, *Derecho internacional público*, Aguilar, Madrid, 1982.
- VEUTHEY, MICHEL, *Guerrilla et droit humanitaire*, Comité Internationale de la Croix Rouge, Geneve, 1983.
- VICEPRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, Programa presidencial de Derechos Humanos y DIH, *Formación especializada en investigación, juzgamiento y sanción de violaciones a los derechos humanos e*

infracciones al derecho internacional humanitario, Aplicación de los principios del diH a los tipos penales consagrados en el título II del código penal y al artículo 48 del código único disciplinario, Bogotá, 2010

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.

VIDAL LÓPEZ, ROBERTO CARLOS, *Derecho global y desplazamiento interno*, creación, uso y desaparición del desplazamiento forzado por la violencia en el derecho contemporáneo, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2007.

VIERA-GALLO, JOSÉ ANTONIO, “El terrorismo. Un desafío para la comunidad internacional”, en Augusto Varas (editor), *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 - Buenos Aires, 2008.

VIGNY, JEAN-DANIEL Y THOMPSON, Cecilia “¿Cuál es el porvenir de las normas fundamentales de la humanidad?”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 156, Diciembre, Ginebra, 2000.

VILLARRAGA SARMIENTO, ÁLVARO, “Los Acuerdos especiales en Colombia”, en *Acuerdos humanitarios*, Documentos n° 7, Indepaz, 2002.

VILLARRAGA SARMIENTO, ÁLVARO, *Derecho Internacional humanitario aplicado. Casos de Colombia, El Salvador, Guatemala, Yugoslavia y Ruanda*, Tercer Mundo Editores, Colombia, 1998.

VITE, SYLVAIN, “Tipología de los conflictos armados en el derecho internacional humanitario: conceptos jurídicos y situaciones reales”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, marzo de 2009 No. 873 de la versión original, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, selección de artículos 2009, sin ciudad ni fecha.

- 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.
- WENGER, ANDREAS Y MASON, SIMON J. A., “Participación directa de civiles en conflictos armados: tendencias e implicaciones”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, diciembre de 2008, No. 872 de la versión original.
- WILKINSON, PAUL, “La lucha contra la hidra: El terrorismo internacional y el imperio de la ley “ en Noel O’Sullivan, *Terrorismo, ideología y revolución*, Madrid, Alianza Editorial, 1986.
- WOMENS LINK WORDWILDE, “Crímenes de género en el derecho penal internacional”, Guatemala, agosto de 2011.
- 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 (editor), en *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”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 147, Septiembre, Ginebra, 1998.

- ZEGVELD, LIESBETH, “Recursos jurisdiccionales para las víctimas de violaciones del derecho internacional humanitario”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, No. 851, Selección de artículos 2003, Buenos Aires, 2004, págs. 189 a 220.
- ZOLO, DANILO, *La justicia de los vencedores*, De Nuremberg a Bagdad, Editorial Trotta, Madrid, 2007.
- ZOLO, DANILO, *Terrorismo humanitario*, De la guerra del Golfo a la carnicería de Gaza, Ediciones Bellaterra, Barcelona, 2011.
- ZORGBIBE, CHARLES, “En los orígenes del reconocimiento de beligerancia”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 15, marzo de 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.

truir de manera propositiva fórmulas que permitan recuperar el honor de nuestros guerreros. Para tal efecto, el presente texto busca abordar algunos de esos aspectos.