



Universidad
Carlos III de Madrid

Instituto de Estudios Internacionales y Europeos
Francisco de Vitoria

DOCE MIRADAS DEL CONFLICTO COLOMBIANO

CÁSTOR DÍAZ BARRADO
CARLOS R. FERNÁNDEZ LIESA
JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ-VILLASANTE
(Coordinadores)



COLECCION ELECTRÓNICA

INSTITUTO
DE ESTUDIOS INTERNACIONALES Y EUROPEOS

FRANCISCO DE VITORIA

Nº 2

Año 2013

Dirección de la colección:
Carlos R. Fernández Liesa
Montserrat Huguet Santos

ISBN: 978-84-695-8064-6
Depósito legal: M-19106-2013

Este libro es el resultado del proyecto de investigación *Difusión y aplicación del Derecho internacional humanitario en Colombia*, de la convocatoria CAP de la Agencia española de cooperación internacional (2012-2103) adscrito al Instituto de estudios internacionales y europeos Francisco de Vitoria de la Universidad Carlos III de Madrid

Esta edición ha contado con el apoyo de la Cátedra Iberoamericana Santander y de la Cátedra Mario Villarroel de Derecho internacional humanitario y de derechos humanos

DIHDH Cátedra Mario Villarroel Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos

Fundación Gregorio Peces-Barba



CÁTEDRA IBEROAMERICANA SANTANDER

Instituto Universitario de Estudios Internacionales
y Europeos “Francisco de Vitoria”
c. Madrid, 126. Edificio Luis Vives
28903 Getafe. Madrid. España
Despachos 11.1.19/11.1.18/11.1.23
Tel.: +34 91 624 98 43
Fax: +34 91 624 97 99
fvitoria@der-pu.uc3m

Índice

PALABRAS PREVIAS, por Prof. Dr. Carlos R. Fernández Liesa (Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales y Director del Instituto Francisco de Vitoria de la Universidad Carlos III de Madrid).....9

I. IMPACTO HUMANITARIO DE LA VIOLENCIA ARMADA EN COLOMBIA, por Prof. Dr. Gabriel Orozco y Profa. Dra. Rosmery Suárez (Profesores de la Universidad del Norte de Colombia).....11

1. INTRODUCCIÓN.....11

2. EL ASCENSO DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LAS RELACIONES INTERNACIONALES.....12

3. EL CONFLICTO COLOMBIANO EN EL SISTEMA DE GOBERNABILIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS.....17

4. LA NUEVA NATURALEZA DE LA AMENAZA Y LOS DESAFÍOS DE LA VIOLENCIA ARMADA EN COLOMBIA.....26

5. CONCLUSIÓN.....29

II. IMPACTO DEL CONFLICTO ARMADO EN EL DESEMPEÑO ECONÓMICO DE LAS REGIONES: EL CASO DEL CARIBE COLOMBIANO, por Prof. Dr. José L. Ramos R. (Profesor de Economía de la Universidad del Norte de Colombia).....31

1. INTRODUCCIÓN.....31

2. COSTO ECONÓMICO DEL CONFLICTO ARMADO EN COLOMBIA.....32

3. EL CONFLICTO ARMADO EN EL CARIBE COLOMBIANO.....38

4. CONCLUSIÓN.....50

5. BIBLIOGRAFÍA.....51

III. DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y DERECHOS HUMANOS. REFLEXIONES SOBRE EL CONFLICTO COLOMBIANO, por Prof. Dr. Carlos R. Fernández Liesa (Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales y Director del Instituto Francisco de Vitoria de la Universidad Carlos III de Madrid).....53

1. DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO.....53

2. EL CONFLICTO COLOMBIANO: ALGUNOS ELEMENTOS DE REFLEXIÓN..56

IV. TIPOS DE CONFLICTOS Y APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO, CON ESPECIAL REFERENCIA A LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNACIONALES, por Prof. Dr. Manuel Pérez González (Catedrático Emérito de Derecho Internacional Público de la Universidad Complutense de Madrid).....	61
1. DIVERSIDAD DE LAS SITUACIONES DE CONFLICTO Y CLASIFICACIÓN DICOTÓMICA (CONFLICTOS INTERNACIONALES Y NO INTERNACIONALES).....	61
2. LA APLICACIÓN DIFERENCIADA DE LAS NORMAS DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO.....	64
3. EL ARTÍCULO 3 COMÚN Y LA TIPOLOGÍA DE LOS CONFLICTOS.....	67
4. LA NECESIDAD DE REFORZAR LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS MEDIANTE DESARROLLOS NORMATIVOS COMPLEMENTARIOS.....	82
5. A MODO DE RECAPITULACIÓN.....	85
V. LA CRISIS DEL DERECHO EN LOS CONFLICTOS ARMADOS CONFUSOS Y DESREGULADOS, por Prof. Dr. Armando Borrero Mansilla. (Antiguo Consejero de Seguridad Nacional y Profesor de la Universidad Nacional de Colombia).....	87
1. LA PÉRDIDA DE LAS CERTEZAS Y LA PÉRDIDA DE LAS SEGURIDADES....	87
2. ¿MISIONES MILITARES O MISIONES POLICIALES ?.....	89
3. LOS TERRORISMOS NO REVOLUCIONARIOS Y LOS NEGOCIOS ILEGALES.....	89
4. LAS BANDAS CRIMINALES COLOMBIANAS ¿OBJETIVO MILITAR?.....	92
5. AUTORIZACIÓN DE OPERACIONES MILITARES EN LA LUCHA CONTRA LAS BACRIM: EL GRUPO ASESOR.....	94
6. EL DERECHO OPERACIONAL Y LA “GUERRA OCULTA”.....	96
7. LAS DIFICULTADES PARA SUPERAR LAS INDEFINICIONES.....	98
VI. NUEVAS PERSPECTIVAS DEL CONFLICTO ARMADO COLOMBIANO, por Prof. Dr. Roberto González Arana (Universidad del Norte de Colombia).....	101
1. ESTIGMATIZACIÓN DE LA PROTESTA SOCIAL.....	102
2. PROTESTA Y MOVILIZACIÓN SOCIAL (SEGUNDA MITAD DEL SIGLO XX).....	103
3. ¿DEMOCRACIA LIBERAL?	103
4. CONFLICTO Y VIOLENCIA SOCIAL.....	104
5. DESARROLLO Y DESIGUALDAD.....	104
6. CONFLICTO, NARCOTRÁFICO Y DIMENSIÓN INTERNACIONAL.....	105
7. PROCESOS DE PAZ.....	105

VII. LA DIPLOMACIA INSURGENTE. OTRA FORMA DE INTERNACIONALIZACIÓN DEL CONFLICTO ARMADO COLOMBIANO: EL CASO DE LAS FARC-EP, por Prof. Dr. Luis Fernando Trejos Rosero (Universidad del Norte de Colombia).....	109
1. INTRODUCCIÓN.....	109
2. ACTIVIDAD POLÍTICA INTERNACIONAL DE LAS FARC-EP DURANTE LA GUERRA FRÍA (1982-1992)	110
3. ACTIVIDAD POLÍTICA INTERNACIONAL DE LAS FARC-EP DURANTE LA POST GUERRA FRÍA (1991-2010)	114
4. LA COMISIÓN INTERNACIONAL DE LAS FARC-EP. CUALIFICACIÓN Y CUANTIFICACIÓN DE SU ACTIVIDAD INTERNACIONAL.....	116
5. CONCLUSIONES.....	123
6. BIBLIOGRAFÍA.....	124
VIII. LA APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO EN COLOMBIA, por Dr. Saúl Ramírez Quesada (Presidente del Colegio de Abogados de Colombia).....	127
1. EL TRATADO DE REGULARIZACIÓN DE LA GUERRA.....	127
2. EL DERECHO DE LOS CONFLICTOS ARMADOS EN EL CONSTITUCIONALISMO COLOMBIANO.....	130
3. LA INCORPORACION AUTOMATICA DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO AL ORDENAMIENTO INTERNO COLOMBIANO.....	131
4. LA PREVALENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO EN EL ORDENAMIENTO INTERNO.....	134
5. EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO APLICABLE EN COLOMBIA.....	135
5.1. Tratados vigentes.....	135
5.2. Código Penal de 2000.....	136
5.3. Derecho Internacional humanitario Consuetudinario, aplicable en Colombia.....	137
6. PROBLEMAS DE APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO EN COLOMBIA.....	138
6.1. La negación del conflicto armado o de la existencia de algunos actores armados.....	138
6.2. El principio de distinción.....	141
6.3. El juzgamiento a la Fuerza Pública por infracciones al Derecho Internacional Humanitario.....	144
6.4. La falta de medidas de aplicación del Derecho Internacional Humanitario..	146
7. CONCLUSIÓN.....	147
8. BIBLIOGRAFÍA.....	148

IX. DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS EN EL TRANSITO HACIA LA NORMALIZACION JUDICIAL (LA VERDAD, LA JUSTICIA, LA REPARACIÓN Y LAS GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN), por Prof. Dr. Pedro Montero Linares (Universidad del Norte de Barranquilla).....	151
---	------------

X. LA MUJER Y SU DOBLE CONDICIÓN: VÍCTIMA DE LOS CONFLICTOS INTERNOS Y PROTAGONISTA EN LOS PROCESOS DE JUSTICIA TRANSICIONAL. EL CASO DE COLOMBIA, por Profa. Dra. Cecilia Giovannetti Lugo, Profa. Dra. Jessyka Manotas Muñoz y Profa. Dra. Ivonne Molinares Guerrero (Profesoras de la Universidad del Norte de Barranquilla, Colombia).....	161
1. INTRODUCCIÓN.....	161
2. VISIBILIZACIÓN DE UN SUJETO SOCIAL: LA MUJER COMO VÍCTIMA Y ACTOR	162
3. EL PROCESO DE VICTIMIZACIÓN DE LA MUJER EN EL CONFLICTO COLOMBIANO.....	163
4. ALGUNAS CONSIDERACIONES DESDE EL FEMINISMO.....	166
5. LA VIOLENCIA EN COLOMBIA.....	167
6. CAMINO HACIA LA PAZ.....	168
7. LA PARTICIPACIÓN DE LA MUJER.....	169
8. RECOMENDACIONES PARA LA TRANSICIÓN DE VÍCTIMA A ACTOR.....	172
9. CONCLUSIÓN.....	173
10. BIBLIOGRAFÍA.....	174

XI. EL SISTEMA DE EFICACIA DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO, EN ESPECIAL LA PROTECCIÓN PENAL DE LAS VÍCTIMAS EN LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNOS, por Dr. Fernando Pignatelli y Meca (Doctor en Derecho. Magistrado del Tribunal Supremo y General Consejero Togado – R -).....	177
1. EL SISTEMA DE EFICACIA DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO.....	177
1.1. Con carácter previo al conflicto.....	177
1.2. Durante el conflicto.....	178
1.3. En el posconflicto.....	184
2. LA PROTECCIÓN PENAL DE LAS VÍCTIMAS EN LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNOS.....	186
2.1. Articulación normativa de la protección.....	186
2.2. El Estatuto de la Corte Penal Internacional.....	187
3. ANÁLISIS DE LAS TIPICIDADES CONCRETAS.....	190
3.1. Violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949.....	190
3.2. Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional.....	197

XII. COLOMBIA: LA INVESTIGACIÓN PENDIENTE DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, <i>por Prof. Dr. Antoni Pigrau (Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad Rovira i Virgili)</i>	221
1. LA CORTE PENAL INTERNACIONAL TIENE JURISDICCIÓN EN RELACIÓN CON LA SITUACIÓN EN COLOMBIA.....	223
2. LOS PARÁMETROS DE ACTUACIÓN DE LA FISCALÍA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: MARCO JURÍDICO, MARGEN DE DISCRECIONALIDAD Y COMPLEMENTARIEDAD POSITIVA.....	228
3. LA IMPUNIDAD SIGUE SIENDO PREDOMINANTE EN COLOMBIA.....	232
4. CONSIDERACIONES FINALES: ES NECESARIA Y URGENTE LA APERTURA DE UNA INVESTIGACIÓN EN RELACIÓN CON LA SITUACIÓN EN COLOMBIA	243

PALABRAS PREVIAS

Esta publicación es uno de los resultados de la concesión al Instituto de estudios internacionales y europeos Francisco de Vitoria de la Universidad Carlos III del proyecto *Difusión y aplicación del Derecho internacional humanitario en Colombia*, del que ha sido Investigador Principal el Prof. Carlos R. Fernández Liesa. Este proyecto se solicitó con la colaboración de dos Instituciones españolas, el Centro de estudios de Iberoamérica de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, y el Centro de Derecho internacional humanitario de la Cruz Roja, así como de dos Universidades colombianas (la Universidad del Norte de Colombia y la Universidad de Medellín)

Este proyecto ha permitido que desde hace dos años un conjunto de académicos y expertos en el conflicto hayan profundizado en actividades de investigación y difusión sobre el mismo. Se han realizado múltiples seminarios y encuentros, que han tenido lugar en la Universidad Carlos III de Madrid, el Centro de Derecho internacional humanitario de la Cruz Roja, la Escuela de Guerra, la Escuela Diplomática y el Centro de estudios de Iberoamérica, entre otras Instituciones españolas. También se han realizado actividades en la Universidad de Medellín, la Universidad del Norte de Colombia, la Facultad de Derecho de la Habana o la Cruz Roja de Ginebra. Estos encuentros y seminarios han reunido a académicos y actores del conflicto para debatir fundamentalmente en torno a tres ámbitos de reflexión.

En primer lugar, el análisis de los actores y factores del conflicto, el más antiguo de América Latina y el único que continua vivo en la región. Sobre esto se ha publicado el número 47 de la Revista de la Escuela diplomática, con quince estudios. En segundo lugar, el Derecho internacional humanitario y los derechos humanos aplicables al conflicto. La editorial Thomson Reuters está editando un libro titulado *Derecho internacional humanitario y derechos humanos: reflexiones sobre el conflicto colombiano*, con 25 ponencias especializadas, donde se tratan los aspectos generales, se realiza un análisis minucioso de las violaciones de los derechos humanos y del Derecho internacional humanitario y se analizan las vías y los problemas para hacer justicia. En tercer lugar, la negociación entre las FARC y el gobierno colombiano, que al estar en curso es tal vez pronto para sacar conclusiones.

El presente libro *Doce Miradas del conflicto colombiano* contiene diversas aportaciones sobre el análisis del conflicto, que se verán complementadas por futuros estudios en otras publicaciones y en revistas académicas, así como por otras actividades de difusión. En este volumen de doce contribuciones hay cuatro de españoles, tres catedráticos de Derecho internacional (Manuel Pérez González, Antonio Pigrau y Carlos R. Fernández Liesa) y un Magistrado del Tribunal Supremo, general togado, Fernando Pignatelli. Por parte colombiana han realizado seis ponencias a cargo de profesores de Uninorte (Gabriel Orozco, Rosemary Suárez, José Luis Ramos, Roberto González Arana, Luis Fernando Trejos, Pedro Montero, Cecilia Giovanneti Lugo, Jessyka Manotas e Ivonne Molinero) y dos a cargo de importantes expertos. De un lado, Armando Borrero, profesor y antiguo Consejero de Seguridad Nacional de Colombia y, de otra, Saúl Ramírez Quesada, Presidente del Colegio de abogados de Colombia.

Estas aproximaciones nos ilustran sobre el impacto del conflicto en la vida de Colombia, tanto en términos humanitarios como económicos y sociales. También aportan luz sobre el derecho aplicable y las dificultades del Derecho para abordar y encauzar este tipo de conflictos. Del mismo modo iluminan con las posibilidades de evolución y sobre el papel de la justicia en su solución. Hay que destacar el alto nivel de todos los ponentes, el interés de las ponencias y su profundo conocimiento tanto de las cuestiones generales como del conflicto colombiano en particular.

Pensamos que es un conjunto de aportaciones que contribuyen a la doble tarea de impulsar el conocimiento y de contribuir, bien sea muy modestamente, a servir de acicate para poner fin a la violencia en la sociedad colombiana que, por lo demás, muestra una vitalidad y una alegría que contrastan con la larga duración del mismo. Tal vez hay que aprender que los conflictos difícilmente se resuelven del todo, por lo que hay que ir andando en el camino hacia la paz, que es más bien un proceso, que un resultado al que pueda llegarse de manera repentina. Los rescoldos de la violencia, tales como el odio y la venganza necesitan la cura del tiempo, el cambio de las circunstancias y un cambio de mentalidad, de carácter social. En todo caso somos optimistas en cuanto a que se están empezando a sentar progresivamente las bases sociales, políticas y económicas que permiten esa transformación. Tal vez hay elementos que hacen casi imposible la paz, como el tráfico de drogas, que narcotiza los esfuerzos para la paz, pero incluso puede avanzarse en el conflicto, aunque no se resuelvan todos sus factores, pero se encaucen muchos de ellos

Finalmente debemos agradecer las aportaciones que para los seminarios han realizado, junto a la AECID, que ha patrocinado el conjunto, la Cátedra Mario Villaruel de Derecho internacional humanitario y derechos humanos, de la fundación Peces-Barba, y la Cátedra Iberoamericana Santander, que tiene entre sus objetivos el apoyo a las actividades orientadas a la mejora de la situación de Iberoamérica en todas sus dimensiones. Ambas instituciones han financiado algunos viajes de expertos colombianos de América Latina a las reuniones de Madrid y la Habana.

También hay que agradecer la ayuda prestada por la Escuela Diplomática de España (Madrid), foro en el que se han desarrollado diversas reuniones de expertos sobre el conflicto colombiano, en 2013. A la Escuela de guerra que ha sido el centro de reunión de dos importantes seminarios, en febrero y marzo de 2012. Entre las Instituciones de otros países cabe destacar el apoyo de Centros de educación superior colombianos, como la Universidad del Norte de Colombia (Uninorte), que tiene su sede central en Barranquilla, y la Universidad de Medellín (Colombia), que han organizado diversas actividades en el marco del proyecto, tales como seminarios y reuniones; de igual modo la Facultad de Derecho de la Habana ha contribuido a acercar a los actores y a realizar reflexiones sobre el Derecho internacional humanitario y los derechos humanos. Hemos contado además con el apoyo de la Cruz Roja de Venezuela así como de la Embajada de Colombia

Cástor Miguel Díaz Barrado, Director del Centro de Estudios de Iberoamérica.

Carlos R. Fernández Liesa, Director del Instituto de estudios internacionales y europeos Francisco de Vitoria

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, Director del Centro de Derecho internacional humanitario de la Cruz Roja.

I. IMPACTO HUMANITARIO DE LA VIOLENCIA ARMADA EN COLOMBIA¹

Prof. Dr. Gabriel Orozco².
Prof. Dr. Rosmery Suarez³
Universidad del Norte de Colombia

1. INTRODUCCIÓN

Frente a las posibilidades de un eventual acuerdo de paz en un país que ha vivido una violencia armada continua y sistemática durante más de cincuenta años, cabe la posibilidad de preguntarse cuál es el impacto de ese conflicto frente a los compromisos que el Estado ha adquirido en materia de protección de derechos humanos y si ese acuerdo de paz puede tener consecuencias positivas para el respeto de los derechos humanos fundamentales. El presente trabajo busca comprender el marcado papel protagónico que ha tenido el ascenso de los derechos humanos en las relaciones internacionales y que ha llevado a compromisos por parte de los estados para su cumplimiento y respeto, por lo que se examina cuál es la situación de los Derechos Humanos en un Estado como el colombiano que ha buscado comprometerse con una serie de acuerdos internacionales. En el trabajo se sustenta que si bien hay una búsqueda institucional por responder a las demandas de los regímenes de derechos humanos a nivel internacional, no hay un pleno cumplimiento de los objetivos trazados en esos tratados, lo que imposibilita un fin definitivo a las causas que generan la violencia armada. Haciendo un análisis de las políticas y estadísticas sobre indicadores de rendimiento en materia de derechos humanos, se ve la necesidad de incorporar un mayor compromiso y una política pública integral de protección y promoción de los derechos humanos en el caso colombiano para lograr cumplir los compromisos internacionales que el Estado colombiano ha adquirido y erradicar de raíz los problemas que generan un alto impacto humanitario de la violencia armada en Colombia.

¹ Ponencia presentada en el marco del Seminario Horizontes del Derecho Internacional Humanitario y el Conflicto colombiano, organizado por el Instituto Francisco de Vitoria de la Universidad Carlos III de Madrid (España) – Febrero y en la Universidad del Norte en Barranquilla (Colombia) – Junio del 2012

² Ph.D. de la Universidad Autónoma de Madrid. Se desempeña como profesor-investigador del departamento de historia y ciencias sociales de la Universidad del Norte y coordinador del grupo de investigación Agenda Internacional.

³ Ph. D. del Doctorado en ciencias sociales de la Universidad del Norte. Trabaja como investigadora del departamento de economía de la Universidad del Norte.

2. EL ASCENSO DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LAS RELACIONES INTERNACIONALES

Los derechos humanos se han constituido en uno de los ejes de articulación de los agentes internacionales, que promueven unos principios universalmente válidos y que con ellos restringen los excesos del poder o la búsqueda de satisfacción de intereses particulares por medio de abusos en contra de los valores que los derechos humanos contienen. Inclusive se podría llegar a pensar que representan una especie de imperativo categórico para toda conducta humana moralmente aceptada⁴. En tal sentido Bryks señala:

“Los Derechos Humanos han emergido como una constitución teórica normativa para el orden global mundial, un consenso emergente afirmando la inalienabilidad de la dignidad y la igualdad moral de los individuos. Los principios de los derechos humanos limitan el ejercicio de la autoridad, delimitando formas de legitimación de la coerción y la depravación, asumidas generalmente por el control del estado. Más allá de la protección universal otorgada a todos los individuos, independientemente de la ciudadanía, las normas de derechos humanos proponen una protección especial para las poblaciones vulnerables, como los inmigrantes, las mujeres y los niños. Un "régimen internacional de derechos humanos" de los órganos de las Naciones Unidas dirigida por un Alto Comisionado para los Derechos Humanos, los tribunales y las comisiones de derechos humanos en las organizaciones regionales, las oficinas gubernamentales de derechos humanos y embajadores, ONG internacionales, procesos judiciales transnacionales, tribunales post-transicionales y las investigaciones, y los movimientos sociales locales se combinan para ofrecer una panoplia de modalidades de intervención en casos de abuso contra la dignidad humana.⁵”

La idea de unas leyes universales que emanan de esos valores supremos debe ser, por tanto, la pauta de conducta adecuada para seguir y que se encarna en los distintos tratados constitutivos de los representantes de las normas internacionales o en los acuerdos que suscriben los estados para promover esa idea. De hecho si asumimos que esta emana de unas sociedades o pueblos que crean y dan contenido a esos valores universales, tendríamos que aceptar que se avanza hacia un alto grado de ‘civilización’ que va generando una forma de gobierno, no sólo como regulación, sino como imperativo hasta llegar a su realización suprema, esto es: una especie de principios liberales en pro del respeto de los derechos humanos, la promoción del desarrollo y la justicia. Esto es claro en la teoría de la justicia de

⁴ Según la interpretación habermasiana los Derechos Humanos parten de principios Universales, pues “introduce los derechos humanos —o, más bien, el *único derecho* que toda persona puede exigir en virtud de su humanidad— mediante una referencia directa a la libertad de cada uno: “en la medida en que pueda coexistir con la libertad de los otros, de acuerdo con una ley universal”. En Kant, asimismo, los derechos humanos derivan su contenido moral que se especifica en el lenguaje del derecho positivo, de una concepción universalista e individualista de la dignidad humana. No obstante, esta última se asimila a la idea de una libertad inteligible más allá del tiempo y del espacio; de ese modo se pierden precisamente aquellas connotaciones de estatus que le permitían fungir como enlace conceptual entre la moral y los derechos humanos. De manera que también se pierde la razón de ser del *carácter legal* de los derechos humanos; a saber, que éstos deben proteger la dignidad humana, que deriva sus connotaciones de autorrespeto y reconocimiento social de un estatus situado en un espacio y tiempo determinados: el de la ciudadanía democrática.” HABERMAS, J., “El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, *Diánoia*, México, vol. LV, núm. 64, mayo 2010, pp. 17.

⁵ BRYSK, A., “Communicative action and human rights in Colombia When words fail”, *Colombia Internacional*, 69Ene – jun. 2009, Pp.39. (Nota: traducción de los autores)

Rawls, ya que los Derechos Humanos juegan un rol central en las Relaciones Internacionales:

“Rawls procuraría que los principios que regulan las relaciones globales se desarrollen a partir de ideas que puedan ser razonablemente aceptadas por todos los que resulten sometidos a su poder coercitivo. Por este motivo, la teoría apela a ideas presentes en las instituciones políticas globales y en las tradiciones públicas de su interpretación, expuestas en los tratados, las convenciones y las organizaciones internacionales.⁶”

Los Derechos Humanos vendrían a representar así la máxima categoría y permitirían la concreción de una paz perpetua a partir de las ideas liberales que impone unos límites al dogmatismo y despotismo. Serían de esta manera el marco para gobernar una sociedad anárquica que, en ausencia de una autoridad central, pueda establecer un sistema de normas con la capacidad punitiva de hacerlas cumplir. Pero vale la pena acá detenerse en el concepto de gobernabilidad global para entender la función que en ella ejercen los Derechos Humanos. La gobernabilidad global está asociada al sistema de normas, preceptos, costumbre y principios que ejercen un poder a nivel internacional, promoviendo unas pautas de conducta acorde a una serie de consensos establecidos, que reposan y son vigilados en instituciones internacionales o en Estados e inclusive Organizaciones de la Sociedad Civil con impacto mundial. Al respecto Amaya Querejazu señala que:

“Es necesario hacer una aproximación más precisa y recordar que son precisamente los Estados los que apoyan e incentivan el proceso de globalización, porque para muchos de ellos la globalización permitirá alcanzar lo que hasta el momento no ha existido: una gobernanza global desproporcionadamente influenciada por el mundo de Occidente y por instituciones internacionales como la OTAN, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, el G8, el Fondo Monetario Internacional, la Organización Mundial del Comercio, por citar algunas. “Si las políticas de los políticamente poderosos cambia, la Globalización puede ser revertida.” Esto de alguna manera demuestra que la misma globalización es la búsqueda de una forma de gobierno que es directamente promovida por los poderosos. Un gobierno sin soberanía y contra la soberanía, basada en el multilateralismo.⁷”

Este tipo de gobernabilidad se ha podido consolidar como una especie de Imperio⁸ en el ámbito internacional gracias en gran medida al fin de la historia, en donde ya no hay una alternativa u oposición ideológica a los principios que las instituciones internacionales promueven. Esto hace que su implementación o cumplimiento no recaiga en un agente específico o en un ámbito legal particular,

⁶ COSTA, M. V., “Los derechos humanos en la teoría de la justicia internacional de Rawls”, *Revista Latinoamericana de Filosofía*, Vol. XXXIII N° 2, Primavera, 2007.

⁷ QUEREJAZU A., “Gobernanza global y Estado: desterritorialización y desvanecimiento de la autoridad”, en GODOY et al. *Construyendo lo Global, aportes al debate de Relaciones Internacionales*. Universidad del Norte, Bogotá, 2011, pp. 45

⁸ El concepto de Imperio de Hardt y Negri concuerda con esta idea de gobernabilidad global, pues para ellos el Imperio es el desvanecimiento de una forma tradicional de ejercer la autoridad estatal y que tuvo su momento cúlmen con los imperialismos europeos de principios del siglo XX; por el contrario el Orden Internacional actual está marcado por una transformación jurídica que domina y determina los marcos normativos de los Estados soberanos: “La transición que hoy observamos, desde la ley internacional tradicional, que fue definida por contratos y tratados, hacia la definición y constitución de un nuevo poder mundial supranacional, soberano (y así hacia una noción imperial del derecho), aunque incompleta, nos da un marco en el cual leer los procesos sociales totalizantes del Imperio. En efecto, la transformación jurídica funciona como un síntoma de las modificaciones de la constitución material biopolítica de nuestras sociedades. Estos cambios se refieren no sólo a la ley internacional y las relaciones internacionales, sino también a las relaciones internas de poder de cada país. Estudiando y criticando las nuevas formas de la ley internacional y supranacional, entonces, estaremos siendo simultáneamente empujados hacia el núcleo de la teoría política del Imperio, donde el problema de la soberanía supranacional, su fuente de legitimación y su ejercicio pondrá en foco problemas políticos, culturales y, finalmente, ontológicos.” HARDT M. y NEGRI A., *Imperio*, Trad. de E. Sadier De la edición de Harvard University Press, Cambridge, Massachussets, 2000, 1996. pp. 15

cuanto en una forma de legitimar una acción que los defienda y promueva en cualquier tiempo y espacio. Desde esta perspectiva la globalización de las relaciones internacionales ha creado un escenario propicio para una forma de gobernabilidad global que no requiere un Estado territorial, que funciona en tiempo real en cualquier parte del mundo y que no tiene un límite de espacio específico. Esta es justamente la forma como podemos catalogar la globalización y que contiene un proceso de gobernabilidad implícita.

“La globalización contemporánea se caracteriza por el alto grado de *desterritorialización* de muchos de los procesos sociales, pues estos ya no tienen lugar en los espacios geográficos fijos que los caracterizaban tradicionalmente; un buen ejemplo son las transacciones financieras o las telecomunicaciones, que a pesar de su enorme influencia e impacto ya no tienen un referente territorial que permita su ubicación específica o su control. Otro rasgo central es la creciente *interconexión* de los espacios, los fenómenos, los actores y los procesos a escala global; esto significa que las más diversas relaciones humanas se vuelven más fáciles y más rápidas, y que además las repercusiones de un determinado fenómeno tienen un alcance más amplio. A ello se suma la *velocidad* intensificada de los acontecimientos contemporáneos, sentido de inmediatez que va acompañado de otro rasgo importante: la *larga duración* del proceso globalizador.⁹”

Las características de la sociedad internacional han impulsado una gobernabilidad descentrada, desterritorializada y de estructuras de mando flexibles que no corresponde a la idea tradicional de gobierno (Hardt y Negri, 1996). Dadas las características que tiene este sistema de gobernabilidad que se rige bajo estas pautas de conducta valdría la pena entender qué tipo de dispositivos o mecanismos tienen los agentes internacionales para su aplicabilidad.

La categoría de la responsabilidad de proteger que ha asumido Naciones Unidas representa el esfuerzo más importante en el esquema de gobernabilidad global para la implementación de los derechos humanos como eje de actuación de los actores internacionales. “La responsabilidad de proteger, o RdP como se la conoce, representa uno de los avances normativos más importantes en el campo de los derechos humanos.¹⁰” Los cinco criterios para un accionar legítimo del consejo de seguridad buscan alinearse con los valores universales de los principios humanitarios. No sólo el propósito correcto como inicio de toda sanción o dispositivo disciplinario, sino también el balance de las consecuencias o la proporcionalidad de los medios representan unos criterios claros y contundentes para que la organización se arregle conforme a su mandato constitutivo de mantener la paz y la seguridad mundial y también logre su cometido con la responsabilidad de proteger impulsando la estabilidad internacional. En últimas con estos elementos de la categoría de responsabilidad de proteger se constata que la preocupación por la seguridad humana basada en los valores universales que contienen los principios humanitarios es un hecho, no un discurso.

El compromiso de la Organización de las Naciones Unidas con la responsabilidad de proteger y la participación de una serie de ONGs, e instituciones multilaterales refuerzan el esquema de gobernabilidad global que traspasa el marco o límite de jurisdicción del ámbito territorial del estado, por lo que hoy ya no son sólo un hecho, sino un principio de regulación con capacidad

⁹ CORTÉS, F. y PIEDRAHITA RAMÍREZ, F., *De Westfalia a Cosmópolis: soberanía, ciudadanía, derechos humanos y justicia económica global*, Siglo del Hombre Editores / Universidad de Antioquia, Bogotá, 2011. Pp. 20.

¹⁰ SERRANO M., *La responsabilidad de proteger*, El país digital, 2009. Disponible en http://elpais.com/diario/2009/07/24/opinion/1248386405_850215.html [Consulta: 24/10/2012]

para afrontar las amenazas o factores de inestabilidad más acuciantes de la sociedad internacional actual¹¹.

El papel de las organizaciones regionales en este esquema de gobernabilidad es fundamental dado que la capacidad operativa de las Naciones Unidas no le permite atender todos los casos que requieren una acción inmediata e inminente, por lo que conmina a esas organizaciones y con ello se generan sistemas de complementariedad. Hoy por hoy es impensable que la responsabilidad de proteger represente una herramienta útil para la defensa y promoción de los valores universales de los derechos humanos sin el papel de la Liga Árabe, la Organización para la Seguridad y la Cooperación Económica, la Organización del Tratado del Atlántico Norte, la Asean o inclusive UNASUR. Todas buscan un equilibrio complementario en el esquema de gobernabilidad que tiene como eje de actuación los derechos humanos.

Aunque se haya instalado este esquema de gobernabilidad global no significa, en todo caso, que esté exenta de riesgos y amenazas, por el contrario, en el proceso mismo de consolidación de la globalización como el escenario de las relaciones internacionales han emergido riesgos no calculados e inesperados. El argumento principal es que la globalización ha creado una sociedad del riesgo mundial como producto de una modernidad inacabada que no logra la realización de su proyecto fundacional y se expone a un mayor grado de incertidumbre consecuencia de los riesgos que ella misma ha generado¹². En este sentido los derechos humanos en el contexto de la globalización enfrentan amenazas que son hoy por hoy inconmensurables, deslocalizadas y descentralizadas propias del sistema de gobernabilidad global actual.

¹¹ ARREDONDO. R., *Intervención humanitaria y responsabilidad de proteger ¿hacia un nuevo paradigma de protección de los derechos humanos?* Catálogos editorial, Buenos Aires, 2012. Coordinadora Regional de Investigaciones Económicas y Sociales (CRIES). *La responsabilidad de proteger y su aplicabilidad en América Latina*. Pensamiento Propio. Vol. 35. Año 17. 2012.

¹² Según Beck “esto es lo que expresa la categoría de la *sociedad del riesgo*, que tematiza el cuestionamiento de ideas centrales del contrato de riesgo, como la controlabilidad y compensabilidad de las inseguridades y peligros provocados por la industria. Lo que significa: la dinámica de la sociedad del riesgo no consiste tanto en asumir que en el futuro tendremos que vivir en un mundo lleno de riesgos inexistentes hasta hoy, como en asumir que tendremos que vivir en un mundo que deberá decidir su futuro en unas condiciones de inseguridad que él mismo habrá producido y fabricado.” BECK, U., *La sociedad del riesgo mundial en busca de la seguridad perdida*, Barcelona, Paidós Ibérica S.A. 2008. Pp. 24, 25.

Es por ello que los instrumentos de protección de Derechos Humanos¹³ han tenido que ir evolucionando, pues las amenazas que enfrentamos hoy por hoy son menos identificables y tienen un carácter difuso esto lleva también a problematizar sobre la eficacia de su aplicación. Valdría la pena recordar acá que desde el fin de la guerra fría y con los atentados del 11 de septiembre se ha consolidado la idea de que los factores de inestabilidad y los mayores problemas a la gobernabilidad mundial iban a estar asociados no con la gran rivalidad entre bloques o poderes enfrentados, sino con bolsas de miseria o en esos vacíos de gobernabilidad mundial en donde aun no se habían establecido los patrones democráticos liberales¹⁴. El gran problema por tanto iba a estar en la ausencia de gobernabilidad y es aquí en donde el aumento de los conflictos intraestatales, la debilidad estatal y el fomento de factores de inestabilidad en ausencia de una autoridad constituida e identificada con los derechos humanos se cristalizó como la mayor amenaza del sistema internacional.

La gravedad de la amenaza se evalúa de esta manera en función de la capacidad de esta de traspasar fronteras, poner en grave riesgo el sistema de gobernabilidad mundial y el irrespeto de los derechos humanos como forma de actuación y dirección de la conducta. En este sentido el impacto humanitario de la violencia en zonas ausentes de la gobernabilidad mundial se constituiría en la mayor amenaza a la seguridad internacional.

Por todo lo anterior es pertinente evaluar en el contexto de un Estado como el colombiano el cual se consideraba hasta hace un tiempo como fracasado o fuera del esquema de gobernabilidad global el cumplimiento de los objetivos de protección de Derechos Humanos.

¹³ Sobre los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos ver: INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. Instrumentos generales de derechos humanos. Nuestra Tierra S.A. San José de Costa Rica. 2005

¹⁴ Según Collier estas bolsas de miseria ausentes de la gobernabilidad global son "... un problema importante, y no solo para esos mil millones de personas que viven y mueren en condiciones propias de la Edad Media, sino también para nosotros. El mundo del siglo XXI, este mundo de bienestar material, viajes internacionales e interdependencia económica, será cada vez más vulnerable ante estas grandes bolsas de caos económico y social. Y el problema es importante ahora mismo, pues, a medida que los países del club de la miseria se vayan descolgando de una economía mundial cada vez más compleja, la integración les resultará cada vez más difícil." COLLIER, P., *El club de la miseria, qué falla en los países más pobres del mundo*, Trad. Úbeda, V. Madrid, Turner publicaciones, 2009. Pp. 22. En el mismo sentido Fukuyama asevera que "... la capacidad de fortalecer o crear, partiendo desde la base, instituciones y competencias estatales hasta ahora ausentes ha pasado a ocupar un lugar prioritario en la agenda global y probablemente se haya convertido en un requisito imprescindible para garantizar la seguridad en importante partes del mundo." FUKUYAMA F., *La construcción del Estado Hacia un nuevo orden mundial en el siglo XXI*, Trad. Alonso, M. Barcelona, Ediciones B. 2004. Pp. 11, 12.

3. EL CONFLICTO COLOMBIANO EN EL SISTEMA DE GOBERNABILIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS

El patrón del conflicto colombiano y el respeto de los derechos humanos (DH) y derecho internacional humanitario (DIH) en el ámbito internacional presenta una dualidad visible. Por una parte, presenta cifras admirables en ratificación de tratados, pero por el otro los informes internacionales deslegitiman el cumplimiento de los mismos. De acuerdo a cifras de la Cruz Roja Internacional, Colombia ha ratificado, hasta el año 2012, veinte tratados en materia de Derechos Humanos (DH) y Derecho Internacional Humanitario (DIH): seis tratados de protección de víctimas del conflicto armado, uno de la Corte Penal Internacional, tres tratados de protección a la propiedad intelectual, y diez tratados sobre el uso de armamento¹⁵ (Ver Tabla 1¹⁶).

Tabla 1. Principales Tratados en DH y DIH Firmados por Colombia

¹⁵ De acuerdo a la Oficina del Alto Comisionado podrían tratarse de más de 30 tratados firmados por Colombia.

¹⁶ Por simplicidad en la Tabla 1, sólo se incluyen los contenidos en informes de la Cruz Roja Internacional.

Tratados Firmados	Denominación del Convenio Internacional		Ley Aprobatoria	Fecha de Ratificación	Fecha de entrada en vigor
Protección de víctima del conflicto armado	GC I-IV 1949	Convenios de Ginebra IV. Relativo a la Protección de la Población Civil.	Ley 5a. de 1960 D.O. 39.360	08/11/1961	08/05/1962
	AP I 1977	Protocolo Adicional (Protocolo I) Relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales	Comisión Especial Art. 6o. transitorio Constitución Política.	01/09/1993	01/03/1994
	AP I Declaration art. 90	Declaración prevista en el artículo 90 AP I. Aceptación de la Competencia de la Comisión Internacional de Investigación de conformidad con el artículo 90 del AP I.		17/04/1996	
	AP II 1977	Protocolo Adicional (Protocolo II) relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional	Ley 171 de 1994 D.O. 41.640	14/08/1995	15/02/1996
	CRC 1989	Convención sobre los Derechos del Niño, Nueva York, 20 de noviembre de 1989.	Ley 12 de 1991 D.O.39.640	28/01/1991	28/02/1991
	Opt Prot. CRC 2000	Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados	Ley 833 del 10 de julio de 2003 D.O.45.248	25/05/2005	25/05/2005
Corte Penal Internaciona	ICC Statute 1998	Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Roma, 17 de julio de 1988	Ley 742 del 5 de junio de 2002	05/08/2002	01/11/2002
Protección a la propiedad cultural	Hague Conv. 1954	Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en casos de Conflicto Armado.	Ley 340 de 1997 D.O.42.958	18/06/1998	18/06/1998
	Hague Prot. 1954	Primer protocolo de la convención de la Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado	Ley 340 de 1996	18/06/1998	18/09/1998
	Hague Prot. 1999	Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado	Ley 1130 de 2007	24/11/2010	
Armas	BWC 1972	Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y su Destrucción	Ley 10 de 1980 D.O. 35.457	19/12/1983	19/02/1983
	CCW 1980	Convención sobre Prohibiciones o restricciones del Empleo de ciertas Armas Convencionales que puedan Considerarse Excesivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminados Ginebra (1980)	Ley 469 de 1999 D.O.43.360	06/03/2000	06/09/2000
	CCW Prot. I 1980	Protocolo I: Fragmentos no localizables (1980)	Ley 469 de 1999 D.O.43.360	06/03/2000	06/09/2000
	CCW Prot. II 1980	Protocolo II: minas, armas trampa y otros artefactos (1996)	Ley 469 de 1999 D.O.43.360	06/03/2000	06/09/2000
	CCW Prot. III 1980	Protocolo III: Armas Incendiaras (1980)	Ley 469 de 1999 D.O.43.360	06/03/2000	06/09/2000
	CCW Prot. IV 1995	Protocolo IV: Armas Láser Cegadoras (1995)	Ley 469 de 1999 D.O.43.360	06/03/2000	06/09/2000
	CCW Prot. Ila 1996	Protocolo II: minas, armas trampa y otros artefactos como enmienda 3 de mayo de 1996	Ley 469 de 1999 D.O.43.360	06/03/2000	06/09/2000
	CCW Amdt 2001	Enmienda a la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados (con los Protocolos I, II y III), Ginebra 21 diciembre de 2001.		20/05/2009	
	CWC 1993	Convención Internacional sobre la Prohibición del Desarrollo, Producción, Almacenamiento y Uso de Armas Químicas y sobre su Destrucción (1993)	Ley 525 de 1999 D.O.43.670	05/04/2000	04/05/2000
	AP Mine Ban Conv. 1997	Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonales y sobre su destrucción. "Tratado de Ottawa"	Ley 554 de 2000 D.O.43.858	06/09/2000	01/03/2001

Fuente: Cruz Roja Internacional (Actualizado Julio 9 de 2012) y Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas¹⁷.

En contraposición, Colombia se enfrenta al incumplimiento de los tratados firmados. De acuerdo al Índice de Derechos Humanos (IDNH)¹⁸, Colombia ocupa el puesto 19 en violación de DH de 195 países, y el primer puesto de violación de DH en Latinoamérica (Ver Cuadro 1).

Cuadro 1. Violación de DH y DIH en Colombia 2009-2010



FUENTE: Cuadro elaborado por los autores con base en el INDH , Escola de Cultura de Pau.

19

De igual forma, los índices de derechos humanos elaborados por CIRI²⁰, presentan cifras desalentadoras para Colombia. En la grafica 1, se muestra el índice de integridad física compila el no cumplimiento de los derechos humanos de integridad física entre estos muertes extrajudiciales, tortura, prisioneros políticos y desapariciones forzadas (de los cuáles cada uno cuenta con un índice).

¹⁷ Disponible en:

<<http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/EPU/Documentos%20previos%20a%20la%20sesion/Anexo%202%20Colombia%20frente%20Tratados%20DDHH.pdf>> [Consulta: 30/10/2012].

¹⁸ El Índice de Derechos Humanos (INDH) de Escola de Cultura de Pau, mide el grado de desprotección e incumplimiento de las obligaciones de los Estados respecto a los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario (DIH).

¹⁹ Disponible en:

<http://escolapau.uab.cat/index.php?option=com_content&view=article&id=77&Itemid=97&lang=en> [Consulta: 24/10/2012]

²⁰ "El Cingranelli-Richards (CIRI) Dataset Rights Watch contiene información basada en estándares cuantitativos en el respeto del gobierno por 15 derechos humanos internacionalmente reconocidos para 195 países, anualmente 1981 hasta 2010". Cingranelli, David L. y David L. Richards. The Cingranelli-Richards Human Rights Dataset Version. Disponible en: <http://www.humanrightsdata.org> [Consulta: 25/10/2012].

Gráfica 1. Índice de Integridad Física 1981-2010



Fuente: Cuadro elaborado por los autores con base en: CIRI Human Rights Data Project²¹.

Por otro lado, el CIRI cuenta un índice de Empoderamiento de Derechos (Ver Gráfica No. 2) que también presenta resultados de no respeto a los derechos de movimientos, libertad de expresión, derechos de la mujer, participación política y libertad de religión. Este índice, aunque con resultados más favorables que el anterior presenta un descenso significativo en los últimos años.

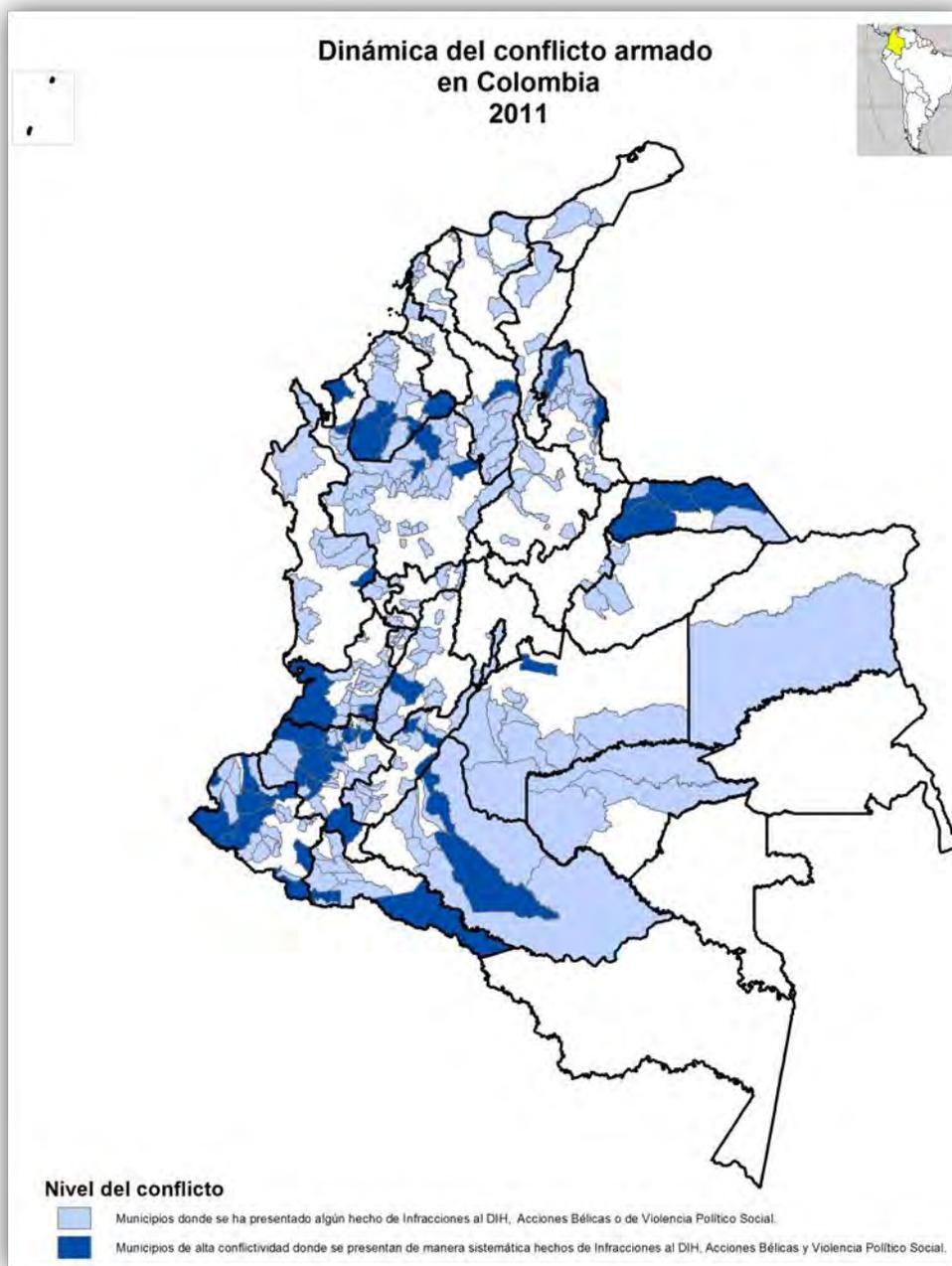
Gráfica No. 2. Índice de Empoderamiento de Derechos 1981-2010



Fuente: Cuadro elaborado por los autores con base en: CIRI Human Rights Data Project.

²¹ Disponible en: <<http://ciri.binghamton.edu/index.asp>> [Consulta: 24/10/2012]

Mapa 2. Dinámica del Conflicto Armado en Colombia 2011

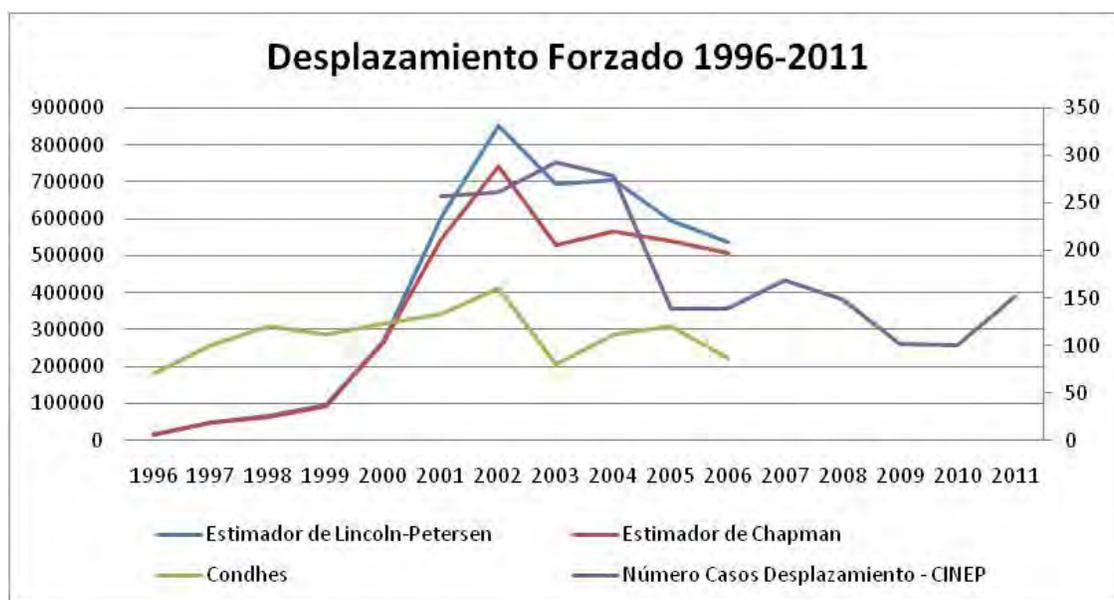


Fuente: Base de datos de Actores y dinámica del conflicto CINEP., en: Informe Especial, Conflicto Armado en Colombia durante 2011, junio 2012.

Como señala el CINEP (2012) en el 2011 se cometieron 1389 infracciones al Derecho Internacional Humanitario en Colombia. Como muestra el mapa No. 2, la dinámica del conflicto para el año 2011, se presenta en gran parte del territorio nacional. En 127 municipios se presentaron acciones bélicas, y en 249 municipios

se presentaron violaciones al DIH²². Esto genera como consecuencia el drama del desplazamiento forzado, el cuál alcanza una cifra de 3.943.509 desplazados acumulado de 1996 hasta el año 2011, sólo superado por Sudan; y sólo en ese año se dieron 155.692 casos de desplazamiento forzado (Oxfam, Colombia Humanitarian Situation, 2012). Sin embargo, como puede notarse en la Grafica No. 3, las diferentes metodologías para el cálculo del desplazamiento forzado no son comparables.

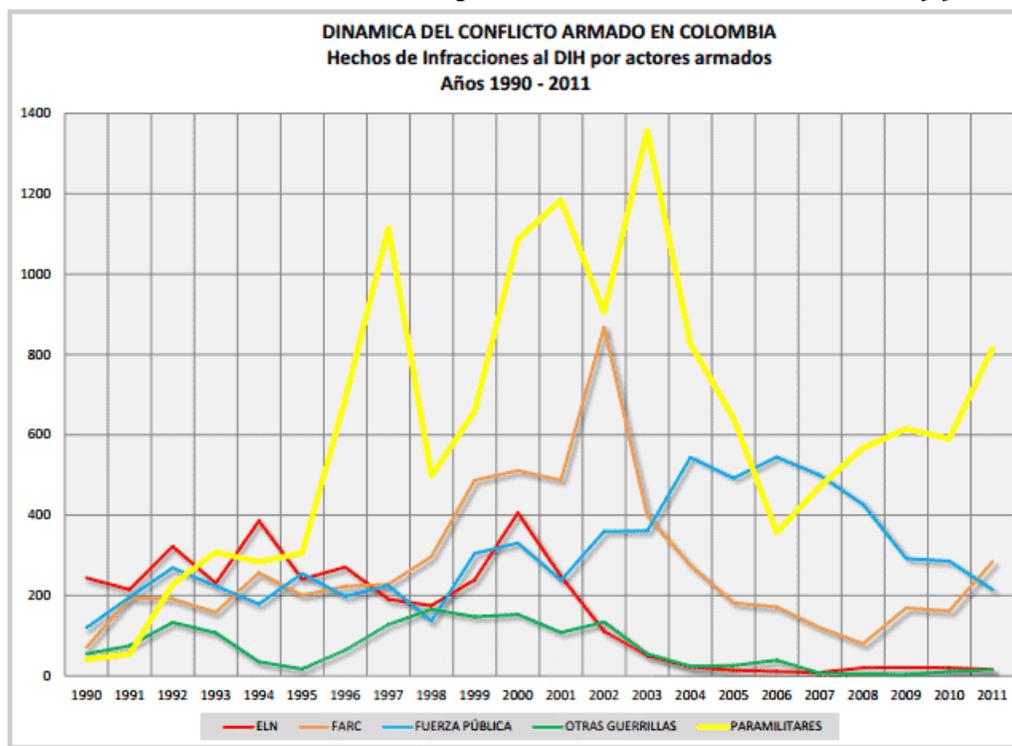
Grafico 3. Desplazamiento Forzado en Colombia



Fuente: i) CERAC. Estimador de Lincoln-Petersen y Estimador de Chapman ii) CODHES, Sistema de Información sobre Desplazamiento Forzado y Derechos Humanos -SISDHES- iv) Número de casos, CINEP

²² Las áreas en color azul claro son donde se ha presentado algún tipo de Infracción al DIH, Acciones Bélicas o de Violencia Político Social; y las áreas en azul oscuro es donde hay alta conflictividad y se presentan de manera sistemática hechos de Infracciones al DIH, Acciones Bélicas y Violencia Político Social.

Gráfica No. 4. Dinámica del Conflicto Armado en Colombia. Hechos de Infracciones al DIH por actores armados. Años 1990-2011



Fuente: CINEP, Informe Especial, Conflicto Armado en Colombia durante 2011, junio 2012.

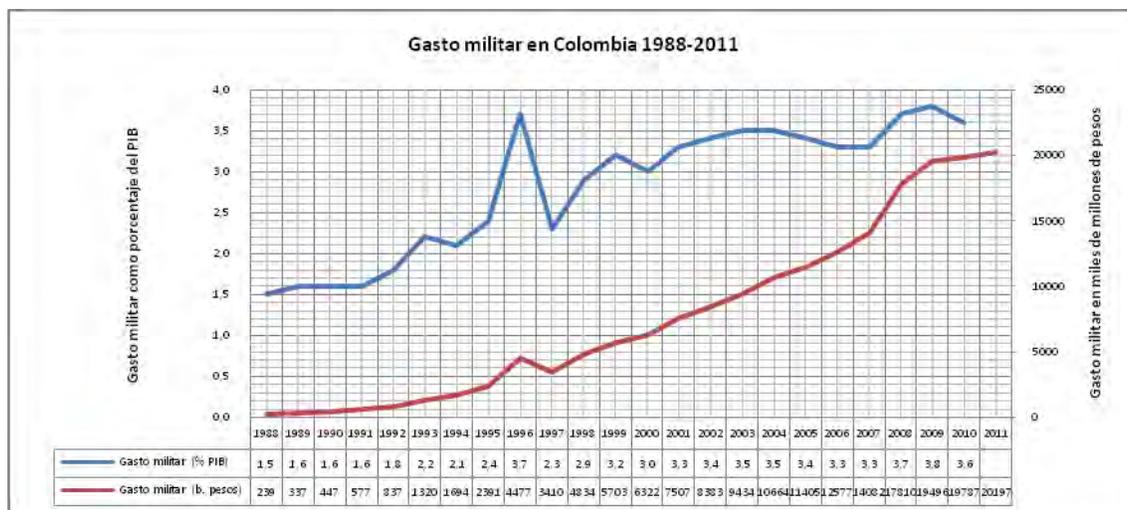
De acuerdo a los actores del conflicto responsables de las violaciones al DIH, la gráfica No. 4, presenta que los principales responsables son los grupos paramilitares; aunque dadas las oleadas de desmovilización de los años 2003, 2004, 2005 y 2006, se presentan disminuciones en las violaciones, las tendencias luego del 2006 son de un crecimiento exponencial acelerado. Cabe anotar los crecimientos en materia de violación de derechos por parte del Estado, se incrementan con el gasto militar a través del Plan Colombia, y a través de impuestos. Con el decreto del 12 de agosto de 2002, se logran recaudar por impuesto de guerra 2.5 miles de millones de pesos, los cuáles se invierten entre el 2002 y el 2004. Por su parte, el Plan Colombia inicia con el gobierno de Pastrana en el año de 1998, y cuyos montos aumentan en la administración Bush en EEUU para los años 2001 y 2004.

Colombia, con respecto a América Latina es el país que más dinero destina a gasto militar como porcentaje de su Producto Interior Bruto (PIB) (3,7% en el año 2009)²³. Como muestra la grafica No. 5 los incrementos son exponenciales, sin embargo si ayudan a decrecer las infracciones a DIH como muestra la grafica No. 6.

Grafica No. 5. Gasto militar de Colombia como porcentaje del PIB²⁴

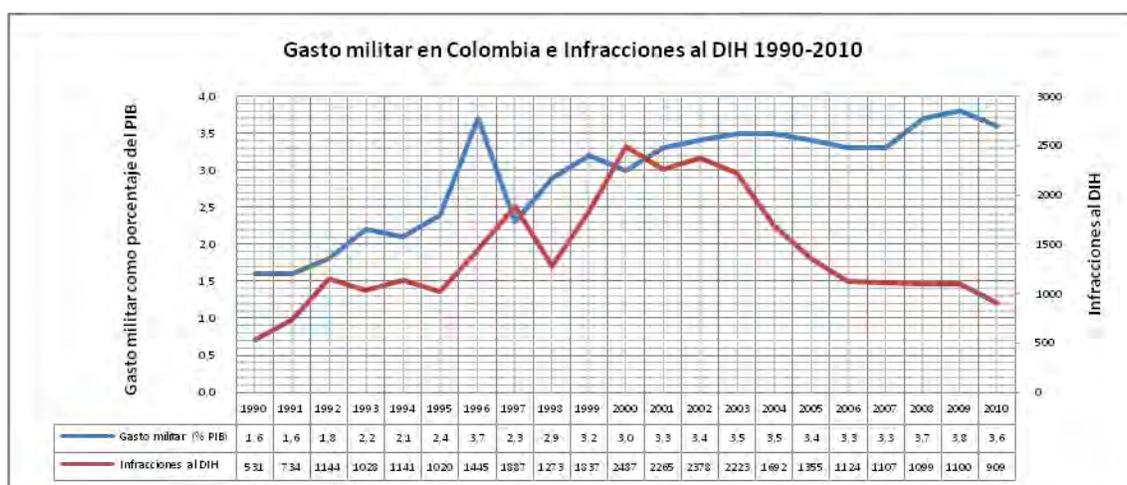
²³Revista Semana. “Colombia, el país de A. Latina que más destina de su PIB a gasto militar” 01/06/2010. <<http://www.semana.com/mundo/colombia-pais-latina-destina-su-pib-gasto-militar/139706-3.aspx>> [Consulta: 30/10/2012].

²⁴ Disponible en: <<http://milexdata.sipri.org/result.php4>> [Consulta: 30/10/2012].



Fuente: Cuadro elaborado por los autores con base en datos de The SIPRI Military Expenditure Database.

Grafica No. 6. Comparación Gasto militar e Infracciones en DIH

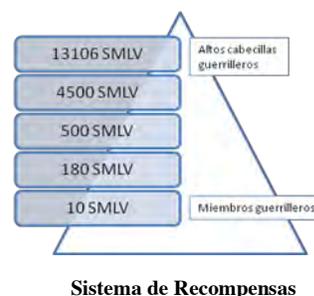
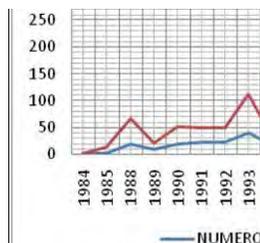


Fuente: Cuadro elaborado por los autores con base en datos de The SIPRI Military Expenditure Database y CINEP.

El informe de la Misión Internacional de Observación sobre Ejecuciones Extrajudiciales e Impunidad en Colombia, da luces de cómo la securitización o política de “seguridad democrática” ha contribuido en el incremento de hasta un 67% de las violaciones de derechos humanos (ejecuciones extrajudiciales) por parte del Estado, luego de la aplicación de esta política de gobierno.²⁵ Como se presenta en el Grafico No. 7, el Sistema de Recompensas en el año 2005, para muerte o captura de miembro de guerrilleros, llevo a crecimientos sustanciales en el número de casos y víctimas de Muertes Extrajudiciales por parte de la Fuerza Pública, también conocidos como “falsos positivos”.

²⁵ Informe final de la Misión internacional de observación sobre Ejecuciones Extrajudiciales e Impunidad en Colombia, p. 10. Disponible en: <<http://www.dhcolombia.info/spip.php?article680>> [Consulta: 30/10/2012].

Grafico No. 7. Incidencia del Sistema de Recompensas y las Víctimas de Muertes Extrajudiciales por parte de la fuerza pública.



Sistema de Recompensas. Directiva Ministerial Permanente No. 29 de noviembre del 2005.

Pero cabe preguntarse si el caso colombiano²⁶ representa un desafío al sistema de gobernabilidad mundial de los derechos humanos ya sea por el impacto humanitario de la violencia armada, como por la necesidad de llenar un vacío de gobernabilidad frente a amenazas inconmensurables, descentralizadas y deslocalizadas. Al fijarnos en la evolución reciente del conflicto interno armado colombiano se constata una preocupación del sistema de gobernabilidad mundial en cuanto a la situación humanitaria y sus posibles efectos en la estabilidad regional. En efecto desde el plan Colombia en donde se consideraba al estado colombiano como un estado fallido que no tenía el monopolio del uso legítimo de la violencia y no daba las condiciones básicas para la protección de los derechos humanos, hasta la política de defensa y seguridad democrática que prefería desconocer la existencia de un conflicto armado en donde se enfrentaban varios actores armados, llevando a una grave situación de violación del derecho internacional humanitario. Esta negación del conflicto armado representó un desafío serio para el sistema de gobernabilidad mundial de los derechos humanos tanto por la negación en la distinción de los civiles y combatientes como por la férrea posición según la cual el caso colombiano era la experiencia de un asedio de grupos terroristas frente a un gobierno legítimamente constituido que luchaba por su mantenimiento. Esto hizo que en gran medida la agenda se securitizara a través de medidas extraordinarias y de políticas represivas que violaban el derecho internacional humanitario.

El sistema de gobernabilidad global asistía frente a un desafío del impacto humanitario de la violencia armada en Colombia dada la contrariedad entre el aumento de las políticas de securitización que tenían un impacto positivo en los rendimientos de los indicadores de estabilidad del país, tales como reducción de tasas de homicidio, secuestro, ataques terroristas entre otros y el impacto humanitario que esas mismas políticas estaban generando, tales como aumento

²⁶ Información de la situación humanitaria en Colombia: <<http://reliefweb.int/country/col>> [Consulta: 30/10/2012].

del desplazamiento interno forzado, problemas fronterizos, violaciones sistemáticas de los derechos humanos por parte de las fuerzas armadas. Todo esto representaba para el humanitarismo una situación de emergencia política compleja que no lograba atender por las características mismas de agenda interna securitizada.

La violación de derechos humanos producto de la securitización, son palpables al enfrentar las medidas implementadas desde el ámbito político legal y sus secuelas en materia de derechos humanos por parte del Estado. Las cifras de víctimas de falsos positivos, aunque no son un fenómeno nuevo en la historia de violencia en Colombia, si muestran un crecimiento exponencial tras medidas aplicadas en el gobierno Uribe, como el pago de recompensas por dar de baja a miembros de grupos guerrilleros. Dichas ejecuciones fueron sistemáticas, como señaló Philip Alston, relator especial de la ONU²⁷. Aunque el Estado Colombiano, ya admitió responsabilidad en crímenes como el de Soacha²⁸, sólo se han dado dos condenas, por lo que el fiscal Montealegre, señala que se camina hacia la impunidad, y muy seguramente se judicializarán a través de la Corte Penal Internacional²⁹. Además el asesinato de sindicalistas registró el índice más alto del mundo y que, según Human Rights Watch (HRW), siguió impune en un 96% de los casos.³⁰ (Alerta 10 Escola de Cultura de Pau, 2011³¹).

Ahora bien, el retorno del actual gobierno al reconocimiento del conflicto armado en Colombia podría suponer un esfuerzo de desecuritización de la agenda interna en beneficio de la promoción de los Derechos Humanos y de la adecuación del sistema político colombiano al sistema de gobernabilidad mundial. Esto es, la búsqueda por un marco de legitimidad en la alineación con los marcos de actuación y pautas de conducta que establece el sistema de gobernabilidad mundial. Sin embargo el problema no reside en la adecuación, sino en el cambio de la amenaza y en la estrategia del gobierno frente a la misma. El problema consiste justamente en la adecuación de Colombia con el sistema tomando como mediación la transformación de la amenaza.

4. LA NUEVA NATURALEZA DE LA AMENAZA Y LOS DESAFÍOS DE LA VIOLENCIA ARMADA EN COLOMBIA

Varios documentos oficiales del Ministerio de defensa, así como el establecimiento de políticas públicas en el ámbito de seguridad ciudadana han reconocido la mutación de la amenaza a la que se enfrenta el Estado y la sociedad colombiana. Se afirma que hoy por hoy la situación responde más a un problema de violencia endémica que representan los grupos criminales o lo que se ha

²⁷ Declaración de Philip Alston, relator especial de la ONU sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, sobre su misión a Colombia realizada del 8 al 18 de junio del 2009, en <<http://www.ddhhcolombia.org.co/node/232>> [Consulta: 25/10/2012].

²⁸ Este caso de muertes extrajudiciales a civiles fue planeado con predemitación, jóvenes fueron llevados de las afueras de Bogotá a territorios de conflicto para hacerlos pasar como guerrilleros dados de baja.

²⁹ El Tiempo. 'Casos de falsos positivos van hacia impunidad': Fiscal Montealegre. <http://www.eltiempo.com/justicia/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-12241024.html> [Consulta: 25/10/2012].

³⁰ Human Rights Watch, Obama debe expresarle a Uribe preocupación por derechos humanos, junio de 2009, en <<http://www.hrw.org/en/news/2009/06/26/colombia-obama-debe-expresarle-uribe-preocupacion-por-derechos-humanos>> [Consulta: 25/10/2012].

³¹ Disponible en: <<http://escolapau.uab.es/conflictosypaz/actualizaciones.php?idfichasubzona=68¶midioma=0#2011>> [Consulta: 31/10/2012].

denominado bandas criminales que, según afirman varios centros de análisis, son más descentralizadas, trabajan en redes flexibles, no conforman grupos armados ideológicamente dirigidos y tienen el objetivo de garantizar un ingreso económico por vías ilegales.

La característica de esta nueva amenaza lleva a replantear la política y la estrategia más hacia un componente de seguridad ciudadana y pone el énfasis más sobre aspectos policivos y de respeto de derechos humanos. En este sentido se podría afirmar que el caso colombiano no representaría un desafío para el sistema de gobernabilidad global de los derechos humanos dado que en este caso se está respondiendo a un cambio en la nueva amenaza que enfrenta el estado y la sociedad colombiana.

Habría otro aliciente para sustentar lo anterior y es que el reconocimiento del conflicto interno colombiano por parte de la actual administración llevaría a un acatamiento de los principios del derecho internacional humanitario y con ello también un respeto por las pautas de conducta a nivel internacional. Sin embargo frente a esto se pueden plantear una serie de hipótesis sobre los desafíos que plantea la violencia armada en Colombia para el sistema de gobernabilidad mundial.

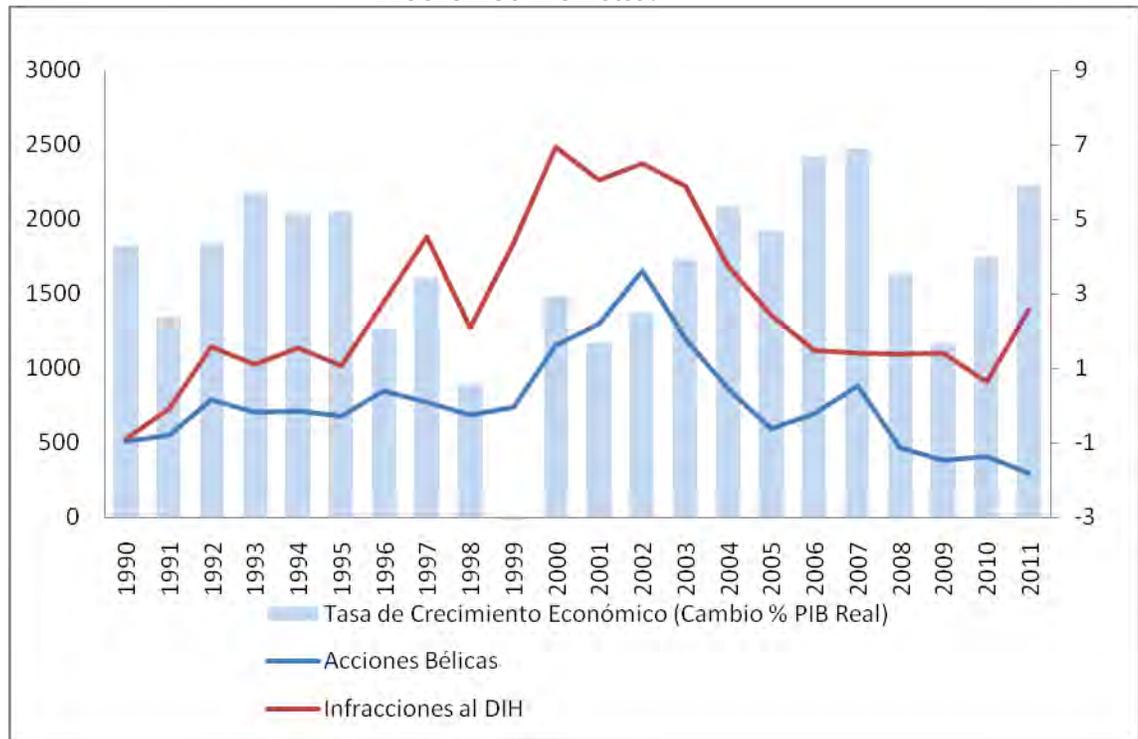
En primer lugar, el reconocimiento del Conflicto Interno en Colombia no se hace en virtud del respeto del Derecho Internacional Humanitario como norma de conducta para los agentes involucrados en el conflicto, esto es, para poner unos parámetros de humanización del conflicto y lograr con ello canjes o acuerdos humanitarios. En realidad se hace con el propósito de establecer el fin del conflicto armado, lo que se busca es (y esto lo muestran los logros militares con las dadas de baja de los cabecillas o máximos líderes guerrilleros) desestructurar las jerarquías de los grupos al margen de la ley de tal forma que no tengan una posibilidad política, ni un mando claro e interlocución para una negociación.

En segundo lugar, el entorno político regional había visto con muy malos ojos la negación de un conflicto interno que no solo desconociera las problemáticas de violación del derecho internacional humanitario, sino que además securitizara las relaciones diplomáticas y llevara a un escalonamiento del conflicto en las fronteras y a un efecto de contagio de la inestabilidad interna colombiana en los países vecinos. Por tanto una condición para volver al cauce de las relaciones diplomáticas, restablecer la confianza en los países de la región pasaba por el reconocimiento de dicho conflicto interno, pero no con la intención de que estos puedan intervenir y apoyar en un posible caso de mediación, sino en la búsqueda de un respaldo político del régimen que llevara a mayor legitimidad y con ello a una posible desecuritización de las relaciones diplomáticas.

Las dos hipótesis anteriores se pueden sintetizar. En el caso colombiano no estamos asistiendo al ascenso de los derechos humanos como una norma de comportamiento y como una guía para orientar la acción, en realidad es una estrategia política de establecimiento del fin del conflicto colombiano, pasando por el reconocimiento de la legitimidad del régimen político en aras de proyectar una imagen exterior de estabilidad y relaciones diplomáticas desecuritizadas.

Aquí sin duda alguna hay un factor idiosincrático en los actuales dirigentes y hacedores de política en la administración Santos, a saber, el problema no es el impacto humanitario de la violencia armada en Colombia, sino la superación de las condiciones que la generan y que si no se atacan de raíz la violencia armada no será superada y por tanto los principios humanitarios no serán acatados, ni seguidos por la sociedad colombiana. Este factor idiosincrático encaja con la idea de que Colombia puede ser una potencia media reconocida a nivel regional e internacional si supera las condiciones que generan la violencia armada en una estrategia de inserción y proyección internacional.

Grafico No. 8. Crecimiento Económico, Infracciones al DIH, Acciones Bélicas.

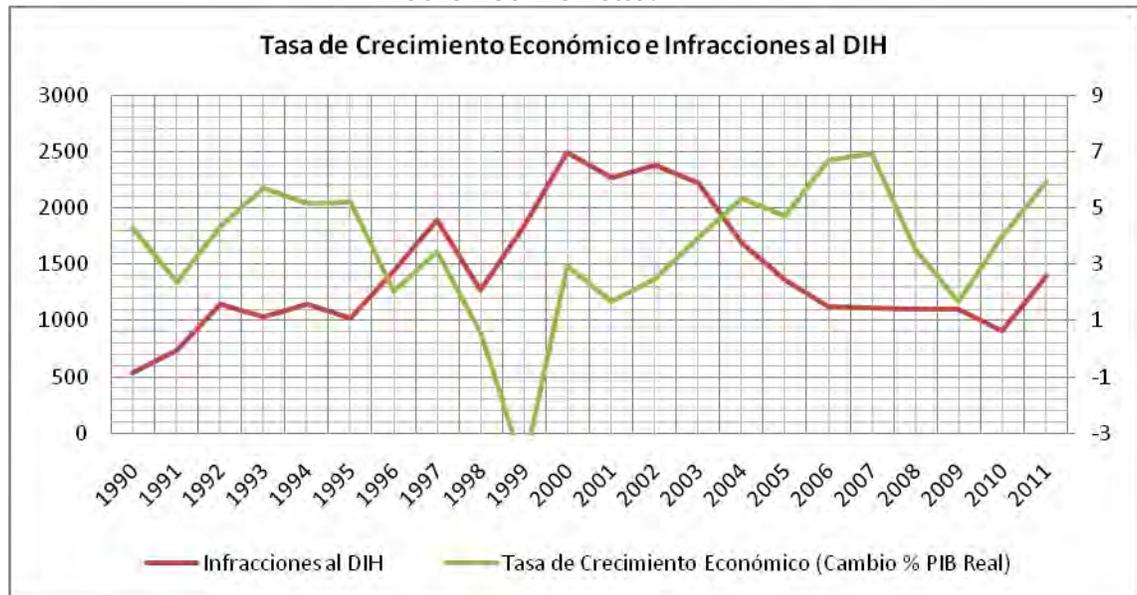


Fuente: Cuadro elaborado por los autores con base en datos del FMI – CINEP- CERAC.

Si bien la retórica o el discurso dado en los planes de desarrollo en Colombia, sólo presenta lineamientos para garantizar crecimiento económico, no es claro el alcance en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario. Pareciera que sólo vía crecimiento es alcanzable el cumplimiento de los derechos humanos, dado que “al crecer la torta todos y todas obtendrán rebanadas más grandes”, dejando por fuera temas como la distribución de la riqueza, gasto social, distribución de tierras, y por supuesto, como el Estado será garante de la protección de los derechos de quienes ocupan el territorio colombiano.

Como se presenta en la grafica No. 8, o incluso con más detalle en la Grafica No. 9, no se encuentra relación directa entre el crecimiento económico, como porcentaje del PIB real y un detrimento en las violaciones al DIH. Por tanto, se cree que si no se tiene una política clara en materia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, es muy difícil lograr cambios trascendentes en la sostenibilidad del desarrollo humano, a pesar de gozar de altos niveles de crecimiento. Es innegable que el crecimiento económico es necesario y deseable, pero es insuficiente mientras existan altos niveles de desigualdad, como revelan las cifras de Colombia (0.58), como país con mayor desigualdad en Latinoamérica y ocupando el tercer puesto mundial (Cepal, 2009).

Grafico No. 9. Crecimiento Económico, Infracciones al DIH, Acciones Bélicas.



Fuente: Cuadro elaborado por los autores con base en datos del FMI – CINEP- CERAC.

5. CONCLUSIÓN

La protección y promoción de los Derechos Humanos se ha convertido en un imperativo para los Estados y los agentes internacionales que comparten los valores que aquellos contienen. No solo en doctrinas como la Asumida por Naciones Unidas sobre la Responsabilidad de Proteger, sino también en las distintas instituciones y mecanismos que cobijan la protección de los Derechos Humanos en el sistema internacional. Los mayores problemas para el cumplimiento pleno de estos vienen de las amenazas que se enfrentan y que representan un gran desafío ya sea por su carácter inconmensurable o por ser descentralizadas o deslocalizadas.

En el caso colombiano estas amenazas se han cristalizado en diversas formas delictivas que han puesto a prueba tanto la viabilidad del Estado mismo, como de la garantía sobre el compromiso que ha asumido en la firma y ratificación de varios instrumentos de protección de derechos humanos a nivel internacional. Los rendimientos en materia de orden público y los logros alcanzados en materia militar han traído una mejora en aspectos de seguridad, que no han impactado sustantivamente en el mejoramiento de indicadores de protección de Derechos Humanos. Si bien el fin del conflicto colombiano y la mejoría en materia económica parece traer una esperanza para los Derechos Humanos, en realidad no se ve una política pública en materia de Derechos Humanos que ponga tanto las obligaciones del Estado al servicio de sus ciudadanos como los compromisos internacionales en el orden de prioridades de la agenda pública.

Es necesario profundizar en las causas de los factores que generan conflicto e inestabilidad, y en caso de que no se puedan superar, el sistema de gobernabilidad de derechos humanos ha promovido una serie de principios para poder actuar en

los casos de ausencia de esa gobernabilidad. En el caso colombiano es posible que aun no se apliquen esos instrumentos o principios, pero es necesario priorizar los compromisos internacionales, así como el cumplimiento de los tratados para un respeto integral acorde con la gobernabilidad global de los Derechos Humanos.

II. IMPACTO DEL CONFLICTO ARMADO EN EL DESEMPEÑO ECONÓMICO DE LAS REGIONES: EL CASO DEL CARIBE COLOMBIANO³²

Prof. Dr. José L. Ramos R.³³

Profesor de economía de la Universidad del Norte de Colombia

1. INTRODUCCIÓN

La literatura mundial sobre el tema, señala la relación inversa entre crecimiento económico y conflicto armado, en la medida en que este último aspecto, se convierte en un factor obstaculizador para promover la inversión privada nacional y extranjera, adicionalmente a los daños que causa a la infraestructura pública de los territorios. Sobre el tema existen varias apreciaciones sociológicas, económicas y mixtas. Al respecto, Duran (2011) señala que el conflicto armado destruye capital humano y capital físico, genera incertidumbre para consolidar la inversión en los territorios y desvía el gasto de gobierno hacia actividades menos productivas, incrementándose el gasto en defensa y seguridad, en detrimento de la inversión social (Díaz y Sánchez, 2008 – Citado por Duran, 2011).

En Colombia, los estudios realizados para cuantificar este tipo de relación, han tenido dificultades debido a problemas de conformación de datos sistemáticos y periódicos, subregistros, agregación de variables y en algunos casos problemas de clasificación. Los primeros estudios sobre el tema, se realizaron a partir de la década de los 90's, cuando instituciones estatales y académicas se propusieron cuantificar los costos por daño a la infraestructura física, niveles de vida, contracción de la actividad económica y pérdida de productividad empresarial (Álvarez y Rettberg, 2008).

Al respecto, Álvarez y Rettberg (2008) citando a Collier (1999), afirman que “durante una guerra civil el Producto Interno Bruto (PIB) decrece a una tasa anual de 2.2% y concluyen que en países donde los conflictos se han prolongado hasta por 15 años, el PIB per cápita tiende a decrecer en un 30%, aproximadamente”. Complementariamente, autores como Hoeffler y Reynal

³² Ponencia presentada en el marco del **Seminario Horizontes del Derecho Internacional Humanitario y el Conflicto colombiano**, organizado por el Instituto Francisco de Vitoria de la **Universidad Carlos III de Madrid** (España) – Febrero 20, 21, 22 y 23 del 2012.

³³ Profesor Ph.D. en Economía y Sociología de la Universidad Politécnica de Valencia (España). Actualmente, se desempeña como profesor de tiempo completo del Programa de Economía de la Universidad del Norte e Investigador del Grupo de Análisis Económico – **GRANECO**.

(2003), argumentan que no solamente se genera los anteriores efectos, sino que los gastos en seguridad y defensa se incrementan en más del 2% del PIB anual.

En este sentido, la presente comunicación intenta resaltar, en primer orden, los hallazgos de investigaciones realizadas recientemente sobre la relación conflicto armado y crecimiento económico en Colombia. Seguidamente, y en la perspectiva de entender este mismo fenómeno en el ámbito regional, se presenta una aproximación econométrica sobre esta relación para la región Caribe colombiana. Finalmente, se presentan las conclusiones derivadas de las evidencias estadísticas de carácter regional.

2. COSTO ECONÓMICO DEL CONFLICTO ARMADO EN COLOMBIA

Uno de los trabajos pioneros sobre los costos económicos del conflicto armado en Colombia fue desarrollado por Mauricio Rubio en 1997. En este trabajo, se presentan algunos factores difícilmente monetizables, pero con alta incidencia en materia de políticas públicas; seguidamente, se estudia la violencia colombiana y el efecto regresivo sobre la distribución del ingreso, y finalmente, se aborda los efectos de la violencia sobre la eficiencia económica.

En esta misma dirección, aparece el estudio de Guerrero y Londoño (1999), denominado “Violencia y sus costos en América Latina”. Estos autores, concluyen que *“Colombia sería un 15% ó 20% más rico de lo que es si no estuviese un conflicto interno armado en los últimos 20 años”*. Expresado de otra manera, Colombia perdió entre 1980 – 1999 la oportunidad de crecer 0,5% en promedio anual (Álvarez y Rettberg, 2008).

Por su parte, Mauricio Cárdenas, actual Ministro de Hacienda, desarrolló un estudio que tituló *“Economic Growth in Colombian: A reversal of fortune”* – (2001). Este estudio concluyó que el país perdió en dos lustros (1980 – 2000) el sendero de crecimiento económico en parte a la intensificación del conflicto armado, que alejó sin duda alguna la inversión extranjera, particularmente en sectores promisorios como la explotación minera y la industria de capital pesado.

Por otro lado, Álvarez y Rettberg (2008) afirman que: *“los costos del conflicto armado han aumentado sustancialmente a través del tiempo. Para el período entre 1990 y 1998, los costos representaron aproximadamente entre 1,5% y 4% del PIB anual (Castro, Wartenberg y Celis, 2000); (Trujillo y Badel, 1998) y (Granada y Rojas, 1995). Posteriormente, entre 1999 y 2003, los costos derivados del conflicto fueron estimados en 7,4% del PIB, es decir, \$16,5 billones (Pinto, Vergara y Lahuerta 2004). Por su parte, Otero (2007) plantea que en el período 2005 y 2006” [...] se llega a gastos y costos por el conflicto cercanos a 9,0% del PIB” (Otero 2007: 369).*

Reuniendo los argumentos cuantitativos de los anteriores autores, se puede afirmar que la sociedad colombiana ha visto incrementar los costos del conflicto armado con respecto al PIB en alrededor en ocho puntos porcentuales. Pasaron de representar el 1.5% en 1990 a 9.0% en el 2006. En pesos constante de 1994, se pasó de 1 billón a casi 8 billones de pesos colombianos.

Recientemente, tres investigadores sobre conflicto armado y crecimiento económico, han realizado dos estudios de manera separada, sin embargo, los resultados son muy análogos a los identificados en los estudios referenciados anteriormente. El primer estudio, elaborado por Alvarez y Rettberg (2008),

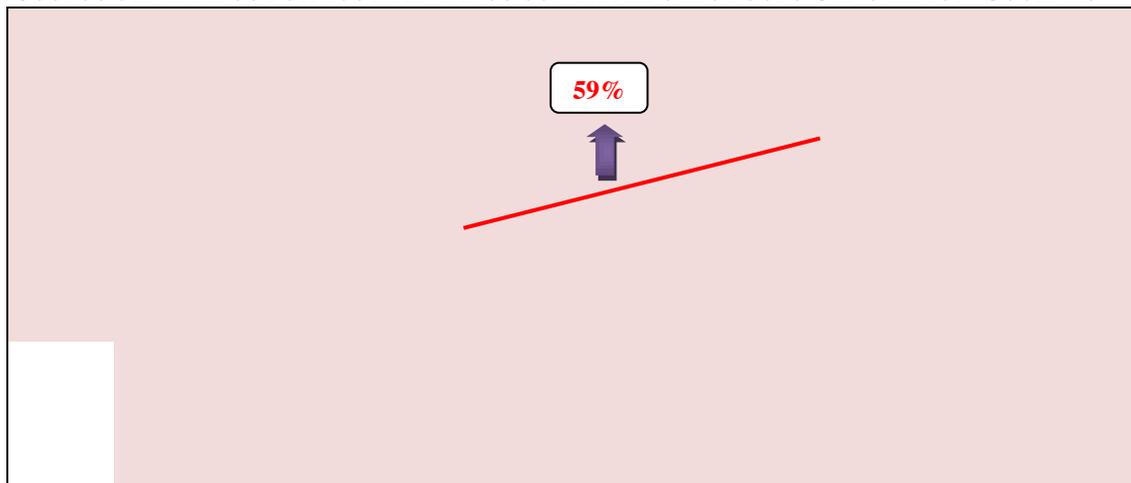
concluye que “*moverse en un entorno impregnado de violencia representa costos sustanciales y reales que la sociedad se ve obligada a asumir*”. Por tanto, la sociedad se priva de mejorar sus condiciones de vida, a costa de asumir estos costos.

Para ello, y basado en el estudio realizado por Trujillo y Badel (1998), los politólogos Alvarez y Rettberg (2008), presentan una clasificación de los costos directos e indirectos derivados del conflicto armado. Para estos autores, los primeros costos generan pérdidas de capital físico, natural y humano; y los segundos, no implican movimiento de gastos en efectivo, pero representan utilización del tiempo de los afectados que se traduce en costo de oportunidad o un uso alternativo perdido de bienes o factores de producción (Alvarez y Rettberg, 2008). En la tabla 1 se sintetiza los principales costos directos e indirectos del conflicto armado en Colombia, que según Alvarez y Rettberg (2008), afectan significativamente el desarrollo económico de los territorios.

A nivel cuantitativo, el conflicto armado representa grandes erogaciones para el Estado colombiano y para aquellas personas que se ven sometidas o amenazadas por algún grupo al margen de la ley. Por ejemplo, se evidencia a partir del trabajo de Alvarez y Rettberg (2008), que los costos de la destrucción de infraestructura física, principalmente la utilizada para el transporte de petróleo, se incrementó un 59% entre 1999 y 2003, representando el 23% de las regalías que ECOPELROL destina para distribuirlos entre los departamentos y municipios productores.

Así mismo, para Granada y Rojas (1995), citado por Alvarez y Rettberg (2008), los costos alrededor de la infraestructura petrolera se generan principalmente por el petróleo derramado, reparación del oleoducto, descontaminación ambiental y el lucro cesante del crudo que se deja de producir, los cuales en su conjunto representan el 60% del total de gastos ocasionados (Álvarez y Rettberg, 2008).

COSTOS GENERADOS POR LOS ATENTADOS CONTRA EL OLEODUCTO CAÑO LIMÓN-COVEÑAS



FUENTE: Tomado de Álvarez y Rettberg, 2008. En Pinto, Vergara y Lahuerta (2004), "Costos generados por la violencia armada en Colombia: 1999- 2003". Bogotá, Archivos de Macroeconomía, Departamento Nacional de Planeación.

TABLA 1
COSTOS DIRECTOS E INDIRECTOS DEL CONFLICTO ARMADO EN COLOMBIA

COSTOS DIRECTOS	COSTOS INDIRECTOS
COSTOS GENERADOS POR DAÑOS A LA INFRAESTRUCTURA FÍSICA	PÉRDIDAS DE PRODUCTIVIDAD
<ul style="list-style-type: none"> *Eléctrica (atentados a torres y líneas de conexión eléctrica) *Petrolera (atentados contra oleoductos) *Telecomunicaciones (ataques a redes de comunicación) *Sector de producción de carbón (atentados a las vías férreas) *Estructura vial (ataques a puentes, peajes y vías férreas) 	<ul style="list-style-type: none"> *Alteración en la administración eficiente de los negocios y las empresas en general. *Pérdida de capital humano y productividad por inasistencia laboral *Pérdida de productividad de tierras *Disminución o desvío de la inversión *Fuga de capitales *Disminución en la inversión de tecnología y capital físico *Inadecuada asignación de recursos (representan un costo de oportunidad para la economía)
COSTOS GENERADOS POR EL SECUESTRO Y EL ABIGEATO Pago de rescates Gastos del Estado para controlarlo y prevenirlo Robo de ganado y pago de extorsiones	<ul style="list-style-type: none"> *Seguridad privada *Pago por incapacidades e indemnizaciones
COSTOS GENERADOS POR EL DESPLAZAMIENTO FORZADO Gastos del Estado (asistencia económica a la población desplazada)	<ul style="list-style-type: none"> *Seguros relacionados con la seguridad *Aumento de los costos de transacción *Incertidumbre sobre las reglas de juego, intercambios y contratos.
COSTOS GENERADOS POR EL USO DE MINAS ANTIPERSONAL Gastos del Estado (indemnizaciones a población afectada y gastos para destruir las minas antipersonal).	<ul style="list-style-type: none"> *Impacto sobre la distribución
GASTOS EN DEFENSA Y SEGURIDAD GASTOS DEL ESTADO Remuneraciones y asignaciones a personal militar, adquisición de nuevos equipos, operaciones y mantenimiento	<ul style="list-style-type: none"> *Distribución del ingreso y la riqueza (propiedad privada) * Impacto sobre la pobreza

FUENTE: Tomado de Álvarez, S. y Rettberg, A. "Cuantificando los efectos económicos del conflicto: una exploración de los costos y los estudios sobre los costos del conflicto armado colombiano". Colombia Internacional 67, ene - jun. 2008, Pp. 192, ISSN 0121-5612, Bogotá, Pp. 22.

En el periodo comprendido entre 1993 - 2003, el país vio afectado significativamente la infraestructura eléctrica. Según Álvarez y Rettberg (2008), los costos contra torres eléctricas y de telecomunicaciones se incrementaron sustancialmente, al punto de representar el 5.4% del PIB del año 2003 del sector de electricidad, gas y agua. Adicionalmente, durante este mismo periodo, el conflicto armado generó parálisis en el transporte de carga y pasajeros. Los grupos al margen de la ley dinamitaron once peajes y un puente, cuyos efectos directos derivado de la falta de infraestructura, se vio reflejado en el abastecimiento de alimentos hacia algunos territorios dependiente de bienes agrícolas (Álvarez y Rettberg, 2008), lo afectó el precio de la canasta familiar de algunos colombianos.

CUANTIFICACIÓN DE ALGUNOS COSTOS DIRECTOS E INDIRECTOS DEL CONFLICTO ARMADO EN COLOMBIA

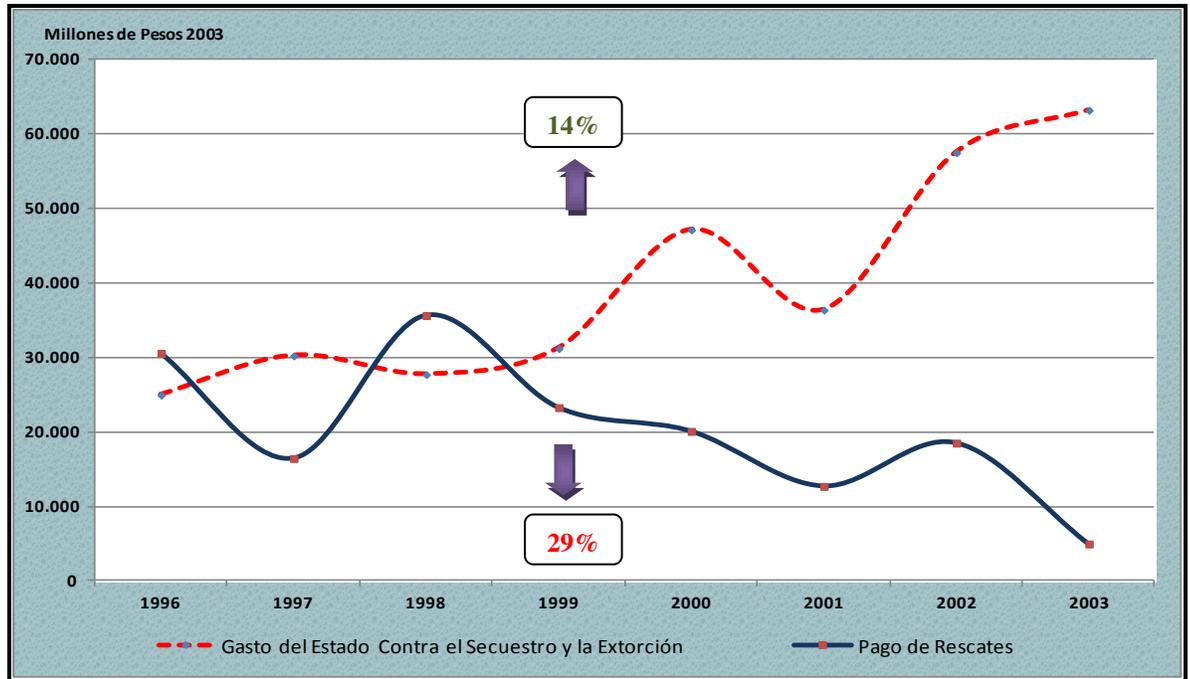
TIPO DE COSTOS	1996	1997	1998	1999	2000	2001
COSTOS DIRECTOS						
Gasto del Estado colombiano en la lucha contra el secuestro y la extorsión	25.019	30.289	27.776	31.272	47.197	36.44 2
Pago de Rescates	30.634	16.507	35.703	23.33 8	20.150	12.765
COSTOS INDIRECTOS						
Pérdida de capital humano asociada con el tiempo de cautiverio de secuestrados	3.989	15.197	27.799	20.133	39.796	15.617
Pérdida de capital humano asociada con muerte temprana de secuestrados	1.756	21.152	30.246	19.202	21.753	14.220
GRAN TOTAL	61.401	83.147	121.527	93.947	128.897	79.045

FUENTE: Tomado de Álvarez, S. y Rettberg, A. "Cuantificando los efectos económicos del conflicto: una exploración de los costos y los estudios sobre los costos del conflicto armado colombiano". Colombia Internacional 67, ene - jun. 2008, Pp. 192, ISSN 0121-5612, Bogotá, Pp. 22.

Para Álvarez y Rettberg (2008), otros costos directos derivado del conflicto armado lo constituye el secuestro, abigeato y pago de extorsiones. Con respecto al primero, se denotó un comportamiento creciente entre 1996 y 2003, siendo la tasa de crecimiento de 9.3%. Sin embargo, en otros años se presentaron incremento significativo en este fenómeno, por ejemplo en 1998 fue de 46.2% y en el 2000 de 37.2% (Pinto y Lahuerta, 2004 – citado por Álvarez y Rettberg, 2008). Como medida para contrarrestar la alta tasa de secuestro, el gasto del Estado colombiano en la lucha contra este problema de seguridad, se incrementó un 14% entre 1996 – 2003. Como efecto directo de las medidas adoptadas, se vio disminuido el pago por rescate en más de 29% durante este mismo periodo. Adicionalmente, el incremento en el gasto de lucha contra el secuestro y la extorsión, también se vio reflejado en la disminución de la tasa de secuestro entre 2000 y 2005, que en palabras de Álvarez y Rettberg (2008), la mayoría de ellos provienen del sector privado. Es decir, son

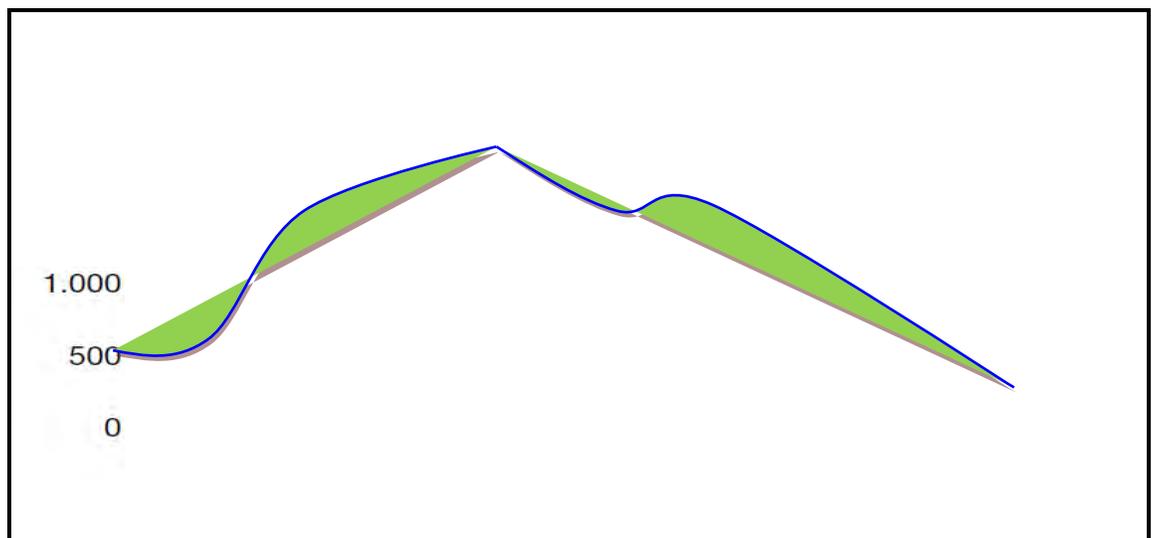
comerciantes, profesionales, políticos, ganaderos y en algunos caso servidores públicos.

EVOLUCIÓN DEL GASTO DE LUCHA CONTRA EL SECUESTRO Y PAGO DE RESCATE, 1996 – 2003



FUENTE: *Elaborado por el autor con base en Álvarez, S. y Rettberg, A., 2008.*

NÚMERO TOTAL DE SECUESTROS EN EL NIVEL NACIONAL, ACUMULADO ENERO A JUNIO, 1996-2005



FUENTE: Tomado de Álvarez y Rettberg, 2008. En Pinto, Vergara y Lahuerta (2004), "Costos generados por la violencia armada en Colombia: 1999- 2003". Bogotá, Archivos de Macroeconomía, Departamento Nacional de Planeación.

El segundo estudio, realizado por Durán (2011) y denominado “*Conflicto armado y crecimiento económico municipal en Colombia*”, demuestran lo perjudicial que en el largo plazo resulta la violencia de los grupos armados colombianos para el crecimiento económico municipal. Los autores, no solo observan las pérdidas de capital humano y físico que trae un conflicto interno de esta magnitud a un país, sino el efecto que estas pérdidas podrían traer a los cimientos de la economía colombiana.

En la investigación de Durán (2011), se utiliza el **método econométrico de diferencia en diferencia** para estudiar un panel de datos que abarca el periodo comprendido entre 1988 y 2008. Es de resaltar la metodología utilizada puesto que la combina con un grupo de control y tratamiento, las cuales nos permite mirar el efecto que ocurre luego de un evento en específico, en este caso, los golpes ocasionados por la violencia interna a cargo de los grupos armados. Los datos que el autor utilizó como variable dependiente fue “**Ingreso tributario de industria y comercio**”³⁴ expresada en términos reales (*Precios de 2008*) y per cápita como una proxy al PIB per cápita municipal, para poder observar la variación del crecimiento económico a lo largo de los 20 años de estudio.

Según Durán (2011), los grupos armados tienen un efecto negativo en el crecimiento económico. Este autor concluye que los verdaderos costos de los grupos armados se encuentran a largo plazo, puesto que se destinan grandes cantidades de dinero a inversiones no productivas —*Armamento, Mayor Pie de Fuerza del Ejército, etc.*—, que podría destinarse para educación o mejoramiento de la calidad de vida, la pérdida del capital humano y físico que obstruye en gran medida el desarrollo de los ambientes propicio para un crecimiento económico, sumado con la imagen negativa del país a nivel mundial, que lo hace menos llamativo para inversiones e incrementa las calificaciones de riesgo.

Para Duran (2011), “*a pesar que las guerrillas tienen mayor volumen de acciones armadas, son los paramilitares quienes mayor impacto negativo han causado sobre el crecimiento económico. El hecho que sean los paramilitares quienes mayor impacto negativo han generado puede ser contra intuitivo, puesto que éstos se constituyen como organizaciones ilegales con una ideología aparentemente pro Estado y, en muchas zonas del país, se profesan como defensores del capital económico*” (López, 2010 – Citado por Duran, 2011).

³⁴ El autor argumenta el uso del “Ingreso tributario de industria y comercio” como variable proxy por tres razones (1) En el período 1990-2005 la correlación es mayor a 0,80 en la mayoría de los departamentos; sólo en unos pocos se encuentran correlaciones más pequeñas, alrededor de 0,30; (2) La razón jurídica está relacionada con los Artículos 32 y 33 de la Ley 14 de 1983 y (3) En este documento se optó también por disponibilidad de información usar el ingreso tributario de industria y comercio. Durán, I. (2011), “*Conflicto armado y crecimiento económico municipal en Colombia*” Pág. 31

3. EL CONFLICTO ARMADO EN EL CARIBE COLOMBIANO

La región Caribe colombiana, ubicada al norte del país, posee una extensión de 132.288 km², equivalente al 11,6% del territorio nacional. Se extiende de occidente a oriente desde los límites con el Urabá antioqueño hasta la frontera con Venezuela, y hacia el sur fija su extensión con los linderos de los departamentos de Antioquia, Santander y Norte de Santander. Incluye, asimismo, el archipiélago de San Andrés y Providencia, por lo que la región tiene además una frontera marítima con países de la cuenca del Caribe, tales como Costa Rica, Nicaragua, Jamaica, Haití y República Dominicana.

UBICACIÓN GEOGRÁFICA DE LA REGIÓN CARIBE COLOMBIANA



FUENTE: DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN – DNP – PLAN CARIBE, 2006

0.

Se encuentra integrada por ocho departamentos: Atlántico, Bolívar, Cesar, Córdoba, La Guajira, Magdalena, San Andrés y Providencia, y Sucre, y además, cuenta con 183 municipios. Según datos estimados por el Departamento Nacional de Estadística (Dane), para el 2005 poseía 9.937.699 habitantes, que representaban el 21,5% de la población total del país. Actualmente, el 70% de la población se concentra en las áreas urbanas y el 30% restante en zonas rurales, y su densidad poblacional es de 65 habitantes por km².

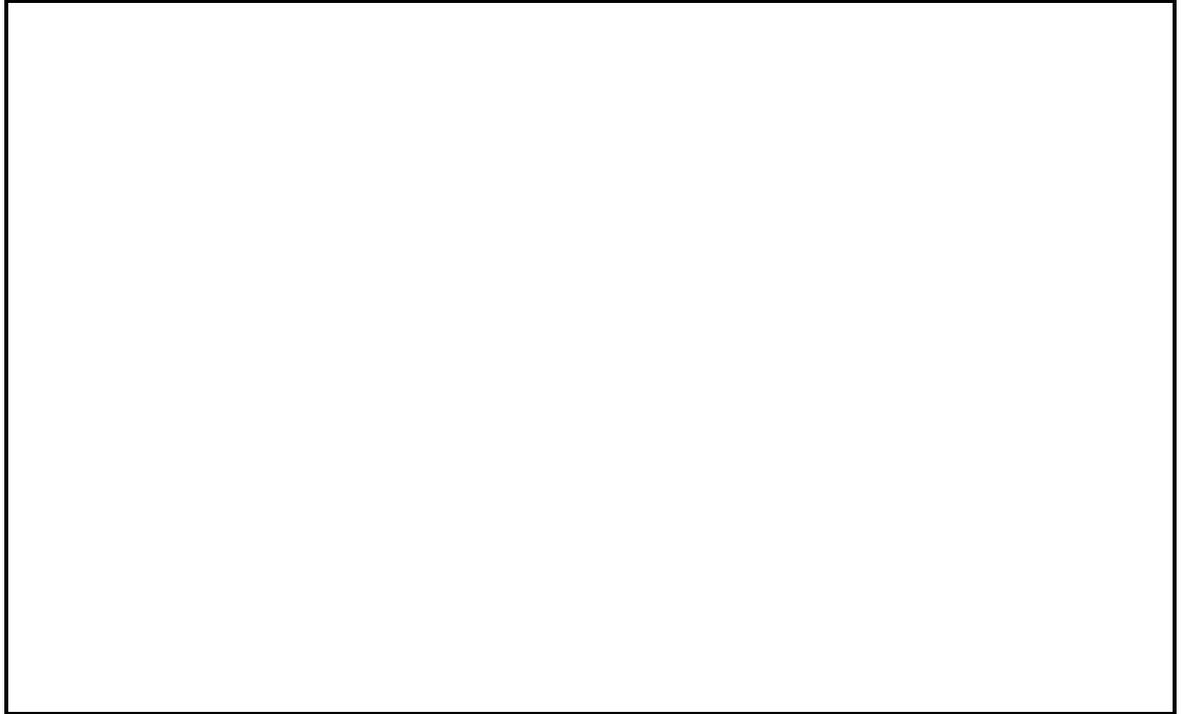
La configuración de la estructura económica del Caribe colombiano está distribuida de la siguiente manera: (1) el sector primario, conformado por las

actividades de la agricultura, silvicultura, caza, pesca y minería, representan el 35% del PIB regional; (2) el sector secundario, integrado por la actividad industrial, la construcción y las obras públicas, representan aproximadamente el 20% del PIB de la región Caribe; y finalmente, (3) el sector terciario, representado por comercio, transporte, banca financiera y servicios del gobierno, entre otros, corresponden el 45% de la producción regional.

Particularmente, al estudiar el fenómeno del conflicto armado y su incidencia en el crecimiento económico del Caribe colombiano, observamos que esta región no es ajena a los efectos que causa en los territorios del país. En este sentido y gracias a la información brindada por el Centro de Recursos para el Análisis de Conflicto — CERAC—, se presenta a continuación dos tipos de análisis. **El primero, de tipo descriptivo**, donde se estudia los eventos violentos, las muertes violentas y los combates sucedidos entre la fuerza pública contra la guerrilla y paramilitares, y entre estos entre 1988 y 2009. **El segundo análisis de orden econométrico**, se presenta con el objeto de relacionar los actos del conflicto armado en función del PIB regional y de muertes civiles, los cuales se constituyen en los elementos visibles del impacto de este fenómeno en el crecimiento económico.

Con respecto al primer análisis, el CERAC parte de considerar el concepto de “evento”. Según esta organización, un evento debe cumplir dos condiciones: primero, debe partir de un hecho de violencia y, segundo, debe ser reportado por una o varias fuentes de información. En las gráficas que a continuación se anexan, se describe el comportamiento de los eventos por departamentos de la región Caribe colombiana en el periodo comprendido entre 1988 y 2009 (excluyendo San Andrés, debido a que no presentó ningún registro de eventos). Las gráficas se encuentran separadas por los cuatro (4) subperiodos que plantea Duran (2011) en su trabajo de “*Conflicto armado y crecimiento municipal en Colombia*”, así: (1) **Periodo de Ajuste** (1988-1991); (2) **Periodo de Estancamiento** (1992-1995); (3) **Periodo de Recrudescimiento** (1996-2002), y finalmente (4) **Periodo de Reacomodamiento** (2003-2009).

ACTIVIDADES ARMADAS DE LOS PRINCIPALES ACTORES DEL CONFLICTO ARMADO COLOMBIANO, 1988 - 2008



FUENTE: Tomado de Duran (2011). *Conflicto armado y crecimiento económico municipal en Colombia*. Universidad Nacional de Colombia – Maestría en Ciencias Económicas. Con base en estadística del CERAC.

El periodo que resultó con mayor número de ***eventos violentos*** fue el de **Reacomodamiento**; particularmente en el departamento de Bolívar, donde se registraron 275 en el año 2004 y 270 eventos violentos en el año 2007. Pero no solo este departamento resultó con un aumento significativo en el número de eventos violentos en comparación con los otros tres periodos: (1) **Periodo de Ajuste** (1988-1991); (2) **Periodo de Estancamiento** (1992-1995); (3) **Periodo de Recrudescimiento** (1996-2002). También cinco departamentos que conforman el Caribe colombiano, evidenciaron en menor medida ***eventos violentos***, así: **Atlántico 55; Bolívar 183; Córdoba 79; La Guajira 46; Magdalena 73 y Sucre 117** eventos en promedio durante 2003 -2009.

A pesar de ocupar el primer puesto en eventos violentos durante los tres primeros periodos (Ajuste/Estancamiento/Recrudescimiento: 1988 - 2002), el departamento del César, fue el único que en el Periodo de Reacomodamiento (2003 – 2009) no registró un crecimiento en este indicador, por el contrario disminuyeron en un 88%, contado desde su situación en 1997 (Periodo de Recrudescimiento), donde se registraron 214 eventos violentos, con respecto a los 27 registrados en el 2009 (Periodo de Reacomodamiento). El anterior comportamiento, coincide con el incremento del gasto público en defensa en un 9.7%; otorgándosele los mayores recursos —en orden de monto— al Ministerio de

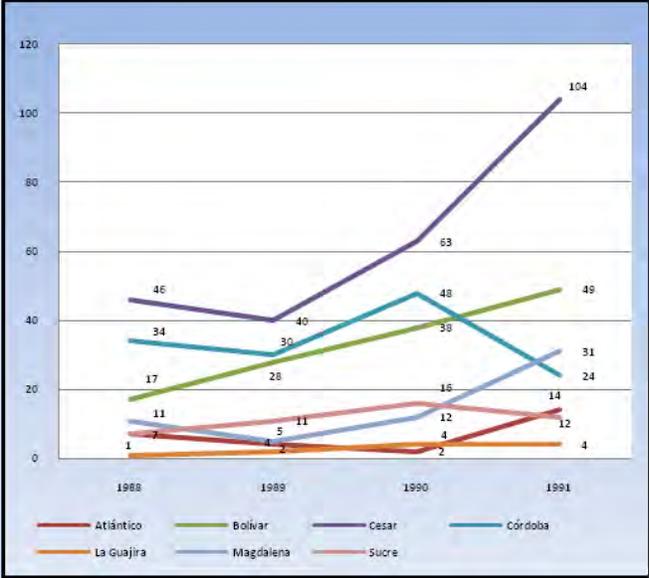
Defensa, Policía Nacional, Plan Colombia y Ministerio del Interior y Justicia de entonces.

Otro indicador importante es el número de ***muertes violentas*** ocurridas a partir de los enfrentamientos de guerrilleros, paramilitares, civiles, soldados y policías. Podemos observar que la época donde hubo más muertes reportadas, fue el **Periodo de Recrudescimiento** de los grupos armados, particularmente en los departamentos del Magdalena y Bolívar, donde se generaron 340 y 312 muertos, respectivamente: (Magdalena 340 en el 2002 y Bolívar 312 en el 2001).

Al igual que los ***eventos violentos***, las ***muertes violentas*** se generaron en el **Periodo de Reacomodamiento**, en el cual se presentaron incrementos significativos en todos los departamentos. Siendo Bolívar, el departamento que mayor muertes violentas registró entre 2003 y 2009 (114 en promedio); seguidamente aparece Magdalena (70 en promedio), Córdoba (62 en promedio), César (59 en promedio), Sucre (56 en promedio), La Guajira (52 en promedio) y el Atlántico (25 en promedio).

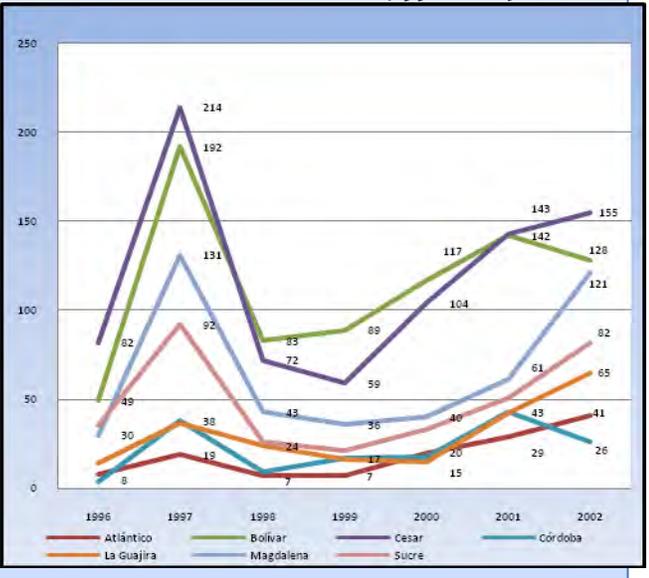
EVENTOS VIOLENTOS EN EL CARIBE

PERIODO DE AJUSTE (1988-1991)



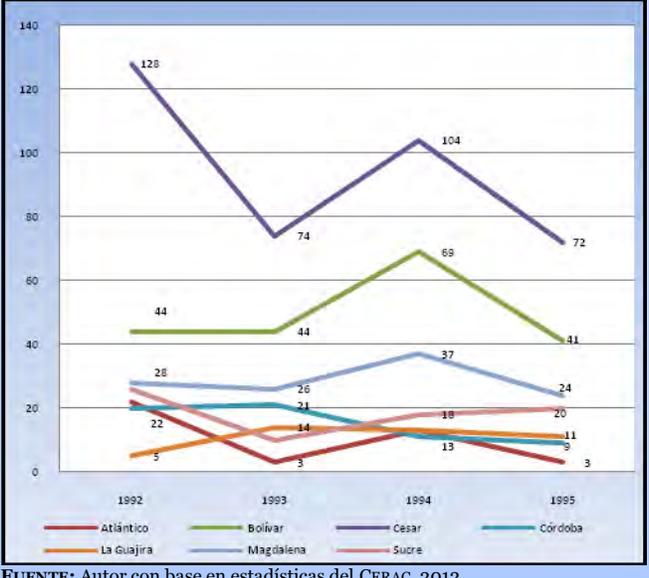
FUENTE: Autor con base en estadísticas del CERAC, 2012

PERIODO DE RECUPERACION (1996-2002)



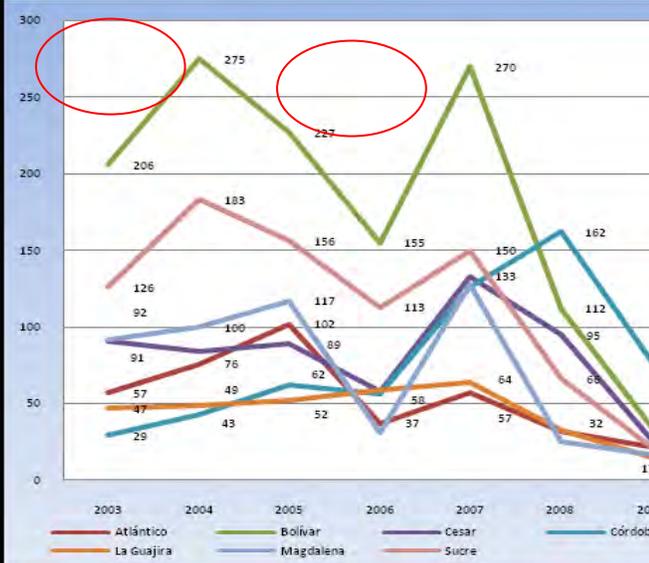
FUENTE: Autor con base en estadísticas del CERAC, 2012

PERIODO DE ESTANCAMIENTO (1992-1995)



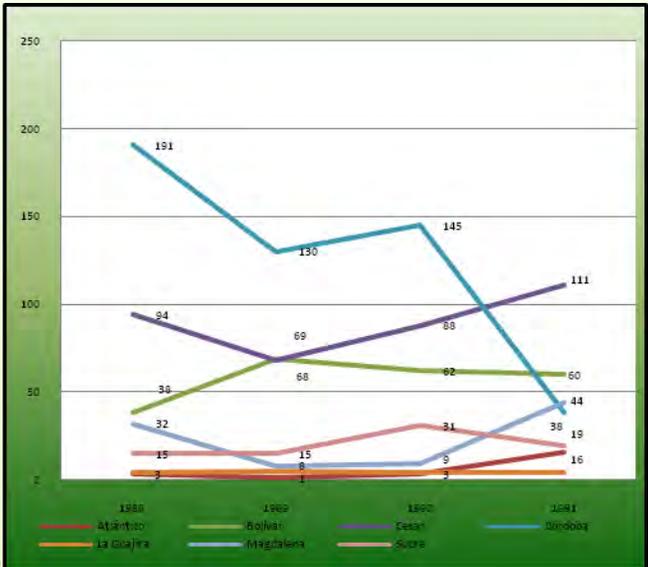
FUENTE: Autor con base en estadísticas del CERAC, 2012

PERIODO DE REACOMODAMIENTO (2003-2009)



FUENTE: Autor con base en estadísticas del CERAC, 2012

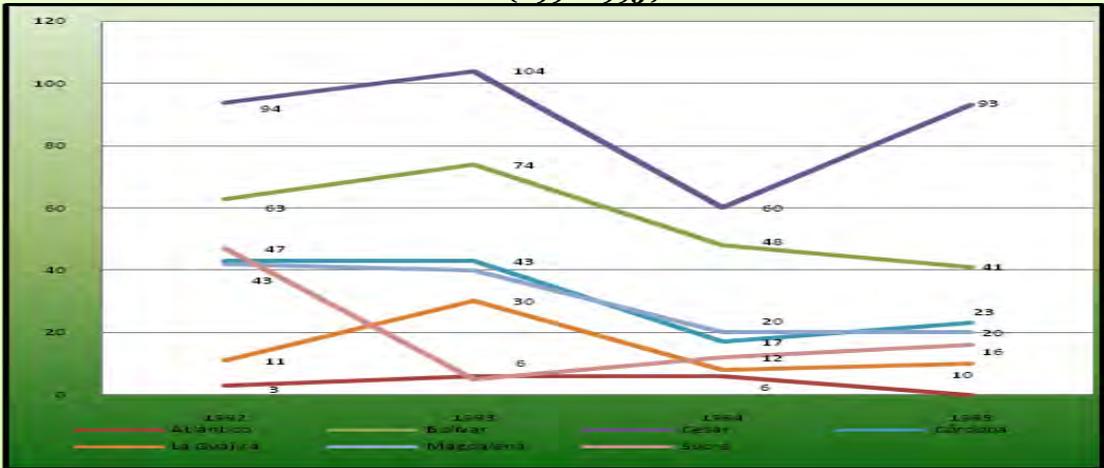
MUERTES VIOLENTAS EN EL CARIBE COLOMBIANO



- PERIODO DE AJUSTE (1988-1991)

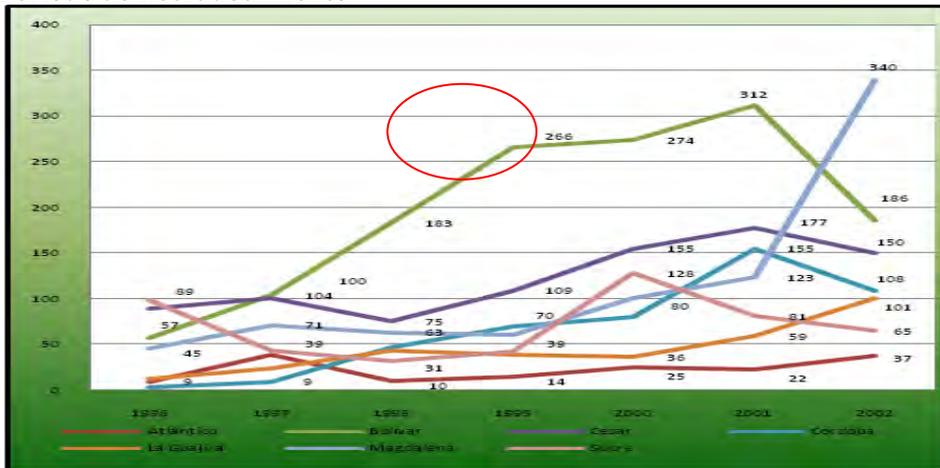
FUENTE: Autor con base en estadísticas del CERAC, 2012

PERIODO DE ESTANCAMIENTO (1992-1995)



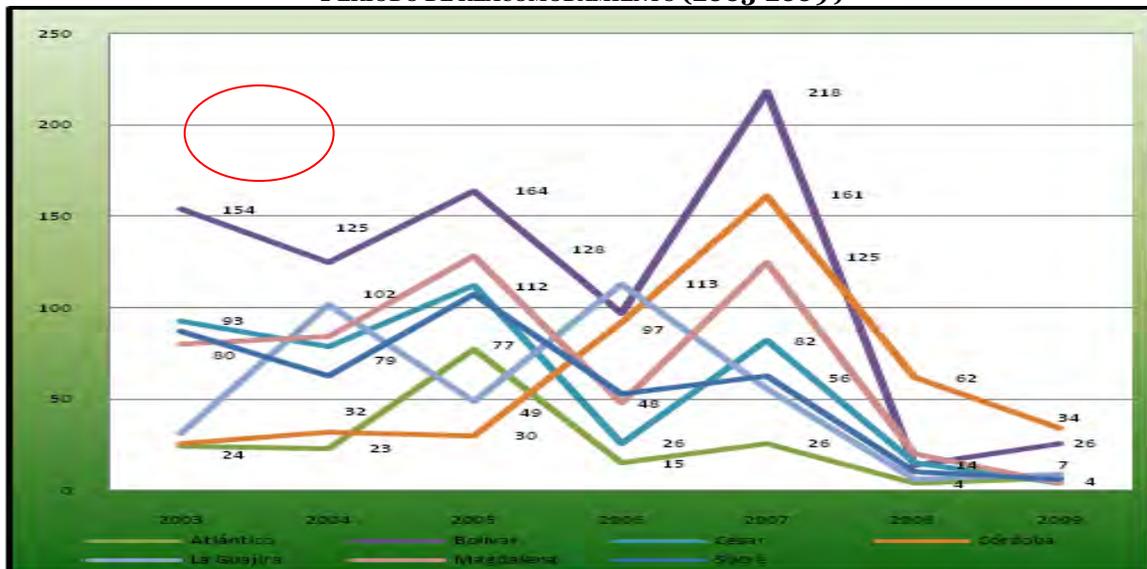
Fuente: Autor con base en estadísticas del Cerac, 2012

Periodo de Recrudescimiento



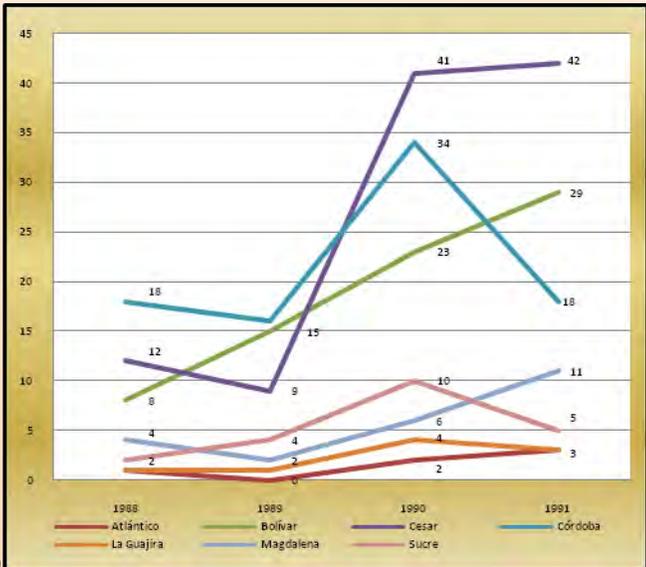
FUENTE: Autor con base en estadísticas del CERAC, 2012

PERIODO DE REACOMODAMIENTO (2003-2009)



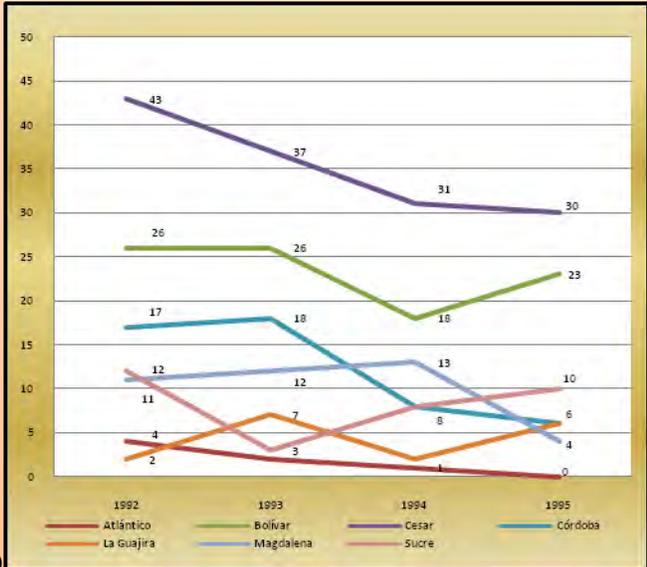
FUENTE: Autor con base en estadísticas del CERAC, 2012

COMBATES EN EL CARIBE COLOMBIANO



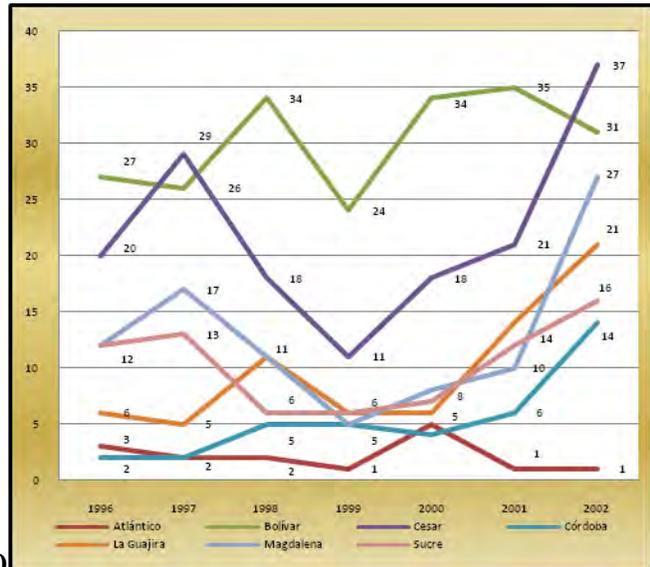
PERIODO DE AJUSTE (1988-1991)

FUENTE: Autor con base en estadísticas del CERAC, 2012



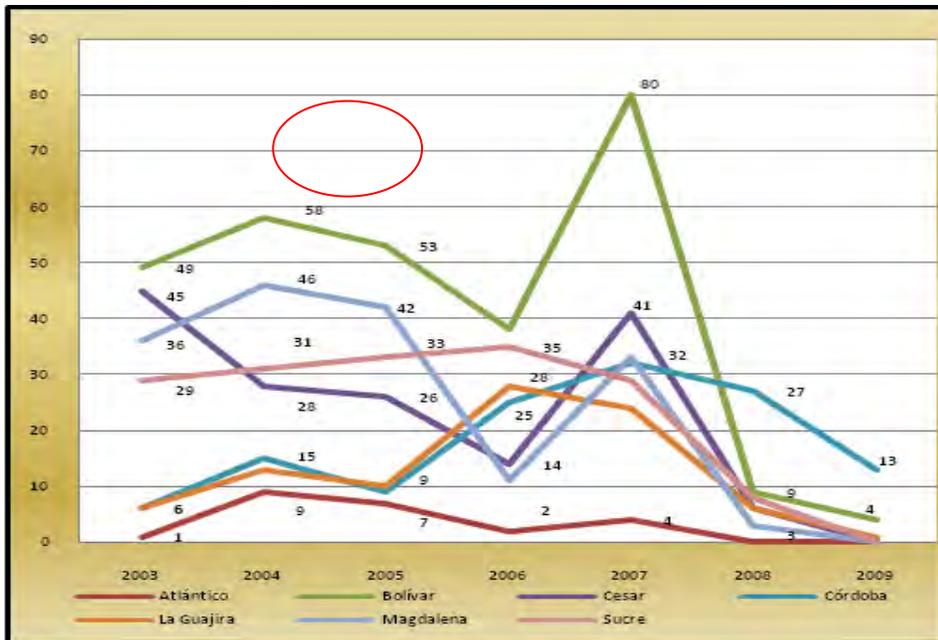
PERIODO DE ESTANCAMIENTO (1992-1995)

FUENTE: Autor con base en estadísticas del CERAC, 2012



PERIODO DE RECRUDECIMIENTO (1996-2002)

FUENTE: Autor con base en estadísticas del CERAC, 2012



PERIODO DE REACOMODAMIENTO (2003-2009)

FUENTE: Autor con base en estadísticas del CERAC, 2012

A partir del año 1996 hasta el 2003 (**Periodo de Recrudescimiento**), se incrementó aceleradamente la cantidad de **combates** de la fuerza pública (Ejército - Policía) contra las FARC y Autodefensa Unidas de Colombia (AUC), como también entre estos grupos armados, particularmente en los departamentos de Bolívar y Magdalena, y en menor medida Córdoba y Sucre.

Por otro lado, las estadísticas del CERAC, registran que en algunos departamentos del Caribe colombiano no se dieron **combates** en el **Periodo de Reacomodamiento**, tal es el caso de Atlántico, Bolívar, La Guajira y Sucre. Los otros tres departamentos (César, Magdalena y Córdoba), que a pesar de registrar combates, poseen una tendencia decreciente en los combates.

Si analizamos el desarrollo de los combates en la región durante los cuatros periodos del conflicto armado, es importante resaltar el **Periodo de Recrudescimiento**, que fue el periodo con las tasas de crecimiento más elevadas, donde Bolívar registró una tasa de 56%, luego de obtener una tasa negativa de 41% en el **Periodo de Estancamiento** (1992-1995). También cabe resaltar la tasa de crecimiento registrada en el departamento de La Guajira, que luego de registrar la tasa más alta (32% promedio) en el **Periodo de Estancamiento**, finaliza en el periodo 2003 – 2009 con uno de los registros más bajos en la historia del conflicto armado.

GASTOS EN DEFENSA Y SEGURIDAD DE COLOMBIA, 2002 - 2010*Miles de millones de pesos*

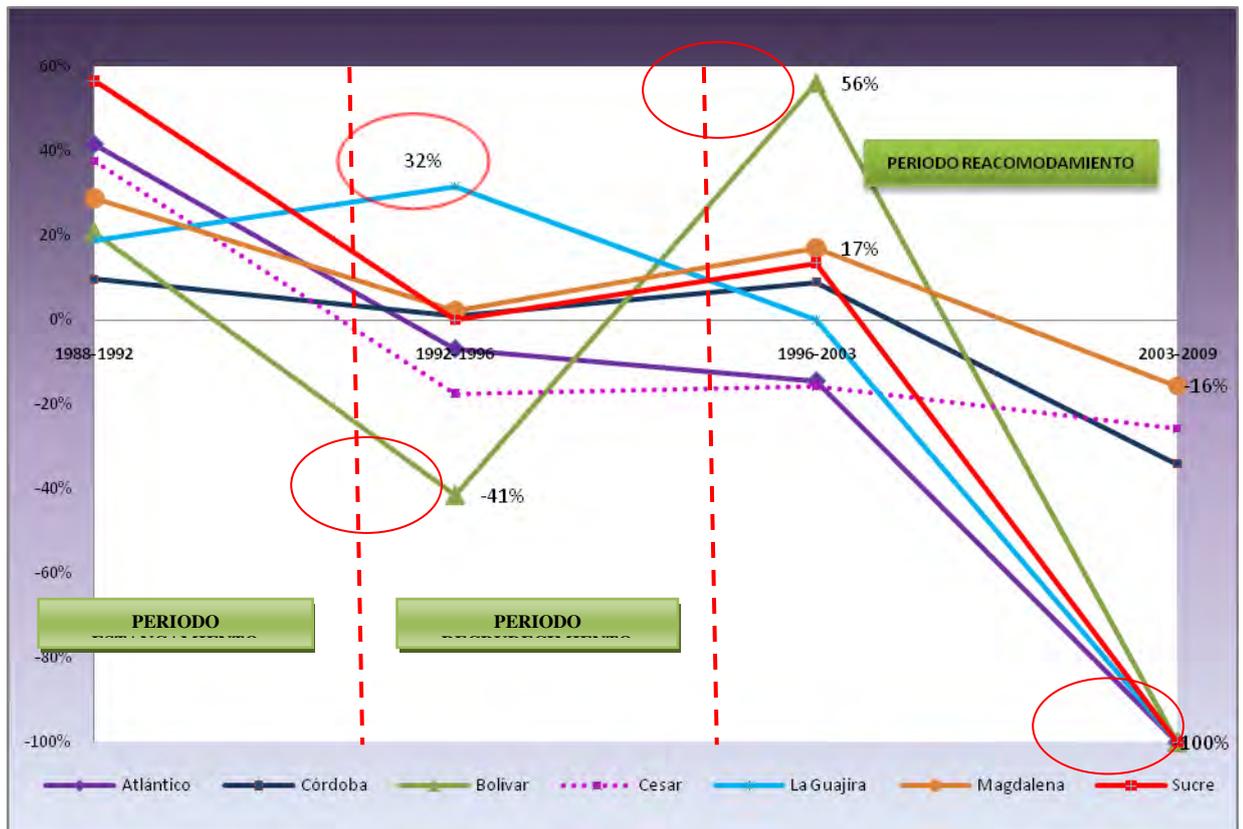
INSTITUCIÓN	2002	% PIB	2010	% PIB
Ministerio de Defensa	6016	2,94	12.077	2,60
Policía Nacional	2867	1,40	7.770	1,67
Ministerio del Interior y Justicia	481	0,24	969	0,21
DAS	47	0,02	116	0,02
Fiscalía	211	0,1	431	0,09
Defensoría del Pueblo	14	0,01	70	0,02
Procuraduría Nacional de la Nación	52	0,03	102	0,02
Otros sectores del nivel central	14	0,01	130	0,03
Departamentos	8	0,00	15	0,00
Municipios	24	0,01	35	0,01
Plan Colombia	1016	0,50	1.100	0,24
Otros gobiernos extranjeros	253	0,12	250	0,05
Total	11.003	5,38	23.065	4,97

FUENTE: Tomado de www.diegoprada.com - Cálculos con base en información del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Los anteriores resultados, estuvo acompañado de un aumento en el gasto público militar con respecto al PIB (DNP, 2005). En efecto, estuvo alrededor del 5% durante el periodo de recrudescimiento, lo cual contrasta con el gasto militar de otros países de América Latina, tal es el caso de Argentina, Paraguay y México, donde el gasto miliar representó el 1% con respecto al PIB. Otros países como Brasil, Venezuela, Perú, Uruguay y Bolivia registraron en el periodo de referencia un gasto militar de 1,5% con respecto al PIB.³⁵

³⁵ Tomado de la página web: www.diegoprada.com fecha: febrero 15 del 2012.

TASA DE CRECIMIENTO PROMEDIO DE LOS COMBATES REALIZADOS EN EL CARIBE COLOMBIANO (1988-2009)



FUENTE: Autor con base en estadísticas del CERAC, 2012

Con respecto al segundo análisis —de orden econométrico— cuyo objeto es relacionar el conflicto armado en función del PIB regional y de muertes civiles a partir de los ataques generales, de guerrilla y paramilitares, los resultados son los siguientes: Por cada ataque general realizado en los departamentos del Caribe colombiano, el PIB regional se disminuye en un 4.1%. Si lo hace la guerrilla (FARC – ELN) disminuye el PIB regional 4.9%, y finalmente, si los ataques son ocasionados por los paramilitares (AUC), el PIB regional se disminuye en un 2.2%.

En esta misma dirección, un estudio sobre conflicto y economía realizado por Duran (2011), se concluye que una diferencia del cambio porcentual de la tasa de acciones armadas de los paramilitares disminuyen en un 32.9% el ingreso tributarios de industria y comercio de los municipios en Colombia.

**EFECTO CONFLICTO ARMADO SOBRE CRECIMIENTO ECONÓMICO CARIBE
COLOMBIANO, 1988 – 2009**

ATAQUES (*)	PIB	MUERTES CIVILES
General (FARC / ELN + AUC)	-0,041	0,57
Guerrilla (FARC - ELN)	-0,049	0,66
Paramilitares (AUC)	-0,022	0,56
<i>Periodo: 1988 – 2009</i> <i>Departamentos: Atlántico, Bolívar, Cesar, Córdoba, La Guajira, Magdalena y Sucre.</i> <i>Variable Dependiente: PIB (medida de desarrollo económico)</i> <i>Método de estimación: Mínimo Cuadrado Ordinario.</i> <i>Observaciones: 104</i> <i>Significativo al: 94%</i>		

FUENTE: Autor con base en estadísticas del CERAC, 2012

(*)Ataques = Se considera como una acción unilateral a todo acto contra personas o infraestructura en el que usualmente se recurre al uso de la fuerza y que no tiene necesariamente respuesta armada.

Por otro lado, si relacionamos los ataques de la guerrilla y paramilitares con las muertes de civiles, se concluye que la probabilidad de sucederse las muertes de civiles se incrementa en 66% y 56% por cada ataque realizado. Entonces, a manera de síntesis, este resultado afecta indirectamente la función de producción territorial, en la medida que elimina fuerza de trabajo que participa del mercado laboral y/o en actividades conexas (educación, salud, gobierno) con grandes potenciales de influir en el futuro crecimiento económico de los departamentos del Caribe colombiano.

4. CONCLUSIÓN

Un aspecto en común referenciado en todos los estudios de conflicto armado y crecimiento económico, es que la pérdida de capital humano y pérdida de vidas inocentes (Niños, Mujeres, Campesinos), tienen su impacto negativo en el mediano y largo plazo en la economía nacional. Algunos autores señalan que adicionalmente a los factores estructurales que generan pobreza, el conflicto armado, alimenta el círculo intergeneracional de la misma.

La sociedad que no participa directamente en el conflicto se ve gravemente afectada, puesto que no son solo muertes lo que la afecta, sino secuelas psicológicas que perduran por varias generaciones. En esta misma dirección, las conclusiones derivadas del presente trabajo señalan que los ataques violentos hacia la infraestructura productiva y/o institucional, afectan negativamente el crecimiento económico de los territorios en Colombia. El caso regional que también fue objeto de estudio, no escapa a este comportamiento, en la medida que queda evidenciado una disminución sustancial en el crecimiento del PIB regional, y adicionalmente, merman la capacidad futura de desarrollo de las localidades debido a que ocasionan la muerte a personas civiles.

5. BIBLIOGRAFIA

ÁLVAREZ, S. Y RETTBERG, A., “*Cuantificando los efectos económicos del conflicto: una exploración de los costos y los estudios sobre los costos del conflicto armado colombiano*”, Colombia Internacional 67, 2008.

ARIEL, A. Y VALENCIA, L., “*La Nueva Realidad de las Farc*”. Conversatorio del Conflicto Armado. Corporación Nuevo Arco Iris, 2011.

Centro de Recursos para el Análisis de Conflicto —CERAC— Cifras sobre ataques, muertes y combates en Colombia, 2012.

CORREAL, X., “*Estragos del conflicto armado colombiano en la vida de las mujeres*”, 2010.

DURÁN, I., “*Conflicto armado y crecimiento económico municipal en Colombia*”, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Ciencias Económicas, Maestría en Ciencias Económicas, Bogotá D.C., Colombia, 2011.

III. DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y DERECHOS HUMANOS. REFLEXIONES SOBRE EL CONFLICTO COLOMBIANO

Prof. Dr. Carlos R. Fernández Liesa³⁶
Universidad Carlos III de Madrid

En el momento de escribir estas líneas el gobierno colombiano y las FARC anuncian su primer acuerdo, tras más de seis meses de negociación, en el proceso de la Habana. No vamos a entrar en esta ponencia en el proceso de paz actualmente en curso. Se trata de un primer paso, reflejado en un comunicado conjunto dado a conocer en la Habana el 26 de mayo (Hacia un nuevo campo colombiano: Reforma rural integral), en el que se reflejan acuerdo sobre programas de desarrollo en infraestructuras y tierras, desarrollo social (salud, educación, vivienda, erradicación de la pobreza..). En este trabajo no vamos a entrar en el contenido de las negociaciones, ni en desentrañar tampoco las claves del conflicto colombiano. Nos vamos a limitar a ver dos cuestiones relevantes para el conflicto, como son las relaciones entre el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho internacional humanitario, por el otro, así como los elementos centrales de su aplicación en Colombia, que es objeto de profundización y desarrollo en otras contribuciones de este libro.

1. DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

El Derecho internacional humanitario y el Derecho internacional de los derechos humanos son dos sectores hermanados³⁷. En los conflictos armados, con independencia de su naturaleza, se producen violaciones sistemáticas de los derechos humanos. Además, en la actualidad casi todos los conflictos (12 en Asia, 10 en Africa, 3 en Oriente Medio y 1 en América-el colombiano)³⁸ son internos y generan violaciones de derechos humanos mediante asesinatos y ataques deliberados de civiles y objetivos civiles, la violencia sexual, la desaparición forzada, la tortura, el reclutamiento de niños, las agresiones a periodistas y activistas de derechos humanos, entre otros crímenes.

³⁶ -Catedrático de Derecho internacional público y relaciones internacionales de la Universidad Carlos III de Madrid. Director del Instituto de estudios internacionales y europeos Francisco de Vitoria.

³⁷ -ZAPPALA, S., "Le Droit International humanitaire devant les tribunaux internationaux des Nations Unies pour l'ex Yougoslavie et le Rwanda", *Les nouvelles frontières du Droit International humanitaire*, Flauss, J.F., (Ed), Bruylant, Bruxelles, pp. 89 ss; en el mismo libro colectivo véase la ponencia de DOMINICE, C., "L'application du Droit International humanitaire par la Cour International de Justice", Flauss, J.F., Bruylant, 2003, pp., pp. 81-88

³⁸ -Vid. *Informe Conflictos, derechos humanos y construcción de la paz*, Icaria, Barcelona, 2011.

Basta pensar en situaciones como las que se han producido y se están produciendo recientemente en República Democrática del Congo, Somalia, Sudán, Libia o Siria³⁹. Por ejemplo, en el conflicto de Chechenia ha habido importantes violaciones de las normas de DIH y DIDH, lo que dio lugar a debates doctrinales intensos sobre la naturaleza del conflicto (interno o internacional, armado o no) y a la acción desigual de Instituciones internacionales (ONU, OSCE, Consejo de Europa, UE)⁴⁰. En este tipo de situaciones se plantea si se aplica el DIH y el DIDDHH. Son dos sectores normativos distintos, que vienen de diferentes fuentes y tienen distintos medios de aplicación. De un lado, los tratados de derechos humanos, de otros los del Derecho internacional humanitario. Se han desarrollado en foros distintos, uno impulsado por el movimiento humanitario, el otro por las Naciones Unidas, fundamentalmente. Se aplican en situaciones distintas, uno en tiempo de paz, otro en los conflictos armados. Unos están construidos como derechos subjetivos (el Derecho internacional de los derechos humanos), otras como obligaciones del Estado (el Derecho internacional humanitario). Aún con todo la evolución de la guerra moderna, en la que más del 90% de las víctimas son civiles y en donde son interestatales de manera muy excepcional ha trastocado la relación entre el Derecho internacional humanitario y el Derecho internacional de los derechos humanos, apuntando hacia una creciente convergencia.

Esta convergencia se empieza a plantear en la *Conferencia internacional de derechos humanos de Teherán* (1968) que llamaba al respeto de los derechos humanos en situaciones de conflicto armado. Posteriormente la *AGONU (Res 2675 (XXV) de 9-XII-1970)*, entre otras, afirmaba que los derechos humanos se aplican en situaciones de conflicto armado, lo que se verían reafirmado en muchas ocasiones, entre las que cabe destacar la *observación general n° 31 del Comité del Pacto de derechos civiles y políticos*, que afirma su aplicabilidad a “situaciones de conflicto armado a las que se aplican las reglas del Derecho internacional humanitario. La interpenetración entre el DIH y el DIDDHH ha sido creciente, en los derechos del niño, el estatuto de la Corte Penal internacional, las personas con discapacidad etc..O, en ámbitos regionales, como el europeo, donde el TEDH ha aplicado el CEDH a situaciones de ocupación militar (Chipre) o de conflicto armado interno (Chechenia), entre otros órganos⁴¹.

La convergencia se ve abonada por el hecho de que ambos sectores tienen el mismo fundamento (la dignidad humana), protegen intereses generales de la Comunidad Internacional, como obligaciones *erga omnes*, no bilaterales o bilateralizables, cuyas normas no están sujetas a reciprocidad; además, como

³⁹ -Informe del Secretario General sobre la protección de los civiles en los conflictos armados, 22 de mayo de 2012, párs. 5-17.

⁴⁰ -Vid. BLANC ALTEMIR, A., “El conflicto de Chechenia: implicaciones en el ámbito del Derecho internacional humanitario y de los derechos humanos”, *Conflictos y protección de derechos humanos en el orden internacional. Cursos de Derechos humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. VI, Soroeta Licerias, J., (Ed) 2006, pp. 67-149;

⁴¹ -*Asunto Abella y otros c. Argentina*, caso 11, 137, Informe 55/97, CIDH, OEA, II.1997; el TEDH en su sentencia de 17 de mayo de 2010, en el *Asunto Kononov c. Letonia* (CASANOVAS Y LA ROSA, O., El Derecho internacional humanitario y el Derecho internacional de los derechos humanos como regímenes internacionales”, *Estudios de Derecho internacional y derecho europeo en Homenaje a M. Pérez González*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 356-357, p. 345). Lo mismo cabe deducir del art. 15, 1 CEDH (al referirse al respeto de otras normas de DI), o del art. 4, 1 del Pacto de derechos civiles y políticos. Asimismo vid. Opinión sobre la legalidad del uso de armas nucleares, TIJ, Rec. Pár. 25; Opinión sobre las consecuencias de la construcción de un muro en territorio ocupado por Palestina, TIJ, Rec, 2004, pár. 106-113; *Asunto República democrática del Congo contra Uganda* (TIJ, Rec. 19-XII-2005, p.216).

igualmente indica Casanovas⁴² en ninguno se aplica el *principio in dubio pro libertate* (lo que no está prohibido está permitido)⁴³. El TIJ indicó en su *Opinión consultiva sobre el uso de armas nucleares* que esas “dos ramas del derecho aplicables en caso de conflicto armado (derecho de la Haya y derecho de Ginebra) han llegado a estar tan relacionadas entre sí que se considera que poco a poco se han convertido en un régimen complejo único, conocido como *Derecho internacional humanitario*”⁴⁴.

El debate sobre si estamos ante uno o dos regímenes internacionales⁴⁵ tiene un interés teórico, pero probablemente es más relevante afrontar la aplicabilidad de ambos en situaciones concretas. Así, por ejemplo, en disturbios interiores, donde el protocolo II de 1977 los deja fuera, como a las tensiones interiores –motines, actos esporádicos y aislados de violencia y otros análogos.

Aunque se puede considerar que son dos regímenes distintos –lo que no deja de ser una cuestión puramente teórica- no cabe duda de que son *dos sectores complementarios, cuya aplicación puede ser concurrente y complementaria*. La idea de complementariedad entre el DIH y el DIDDHH ha sido indicada por el propio TIJ cuando indicó, en su *Opinión consultiva consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino*⁴⁶ que “la protección que ofrecen las convenciones que regulan los derechos humanos no dejan de aplicarse en caso de conflicto armado, como no sea a causa de las disposiciones sobre la derogación como la que figura en el art. 4 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos”. En la relación entre ambos no se aplica el principio *lex specialis derogat lex generalis*, pues nos encontraríamos ante la colisión de dos *lex specialis*. Por ello Fdez Sánchez profundiza en la teoría de la complementariedad, como se ha apreciado en conflictos armados o situaciones como las de *Chechenia, Colombia o Guatemala*⁴⁷.

Hay nuevos asuntos que plantean la aplicabilidad del DIH o del DIDDHH, complementaria o alternativamente. Así, en 2008 EEUU quiso calificar la situación de *piratería en el golfo de Aden* como de conflicto armado, para aplicar las reglas del DIH, lo que no casa ni ha sido admitido por el CICR, pues los piratas son bandidos pero no actores no estatales en el conflicto interno somalí, aunque éste pueda abonar su existencia⁴⁸. O en el

⁴² -CASANOVAS Y LA ROSA, O., “El Derecho internacional humanitario y el Derecho internacional de los derechos humanos como regímenes internacionales”, *Estudios de Derecho internacional y derecho europeo en Homenaje a M. Pérez González*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 345 ss. PEREZ GÓZALEZ, M., “Las relaciones entre el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho internacional humanitario”, *CEBDI*, vol. 2, 1997, p. 343. SICILIANOS, L-A., “Entre multilateralisme et unilatéralisme: l’autorisation par le Conseil de Sécurité de recourir à la force”, *RCADI*, 2008, t. 339, 2009, pp. 336 ss. KOLB, R., “The relationship between International humanitarian law and human Rights law: a brief history of the 1948 Universal declaration of human Rights and the 1949 Geneva Convention”, *Inter. Rev Red Cross*, 1998, pp. 409-419. GASSER, M.P., “International humanitarian law and human Rights law in non International armed conflict. Joint venture or mutual exclusion?”, *GYIL*, 2002, pp. 149 ss.

⁴³ -Art. 29, 3 DUDH, cláusula Martens, art. 1-2, del protocolo I, de 1977

⁴⁴ -TIJ, *Opinión consultiva de 8 de julio de 1996 sobre la legalidad del uso de armas nucleares*.

⁴⁵ -Vid. CASANOVAS Y LA ROSA, O., “El Derecho internacional humanitario y el Derecho internacional de los derechos humanos como regímenes internacionales”, *Estudios de Derecho internacional y derecho europeo en Homenaje a M. Pérez González*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 345 ss.

⁴⁶ -TIJ, Rec. 2004, pár. 106

⁴⁷ -Vid. *Asunto Isayeva, Yusupova y Basayeva c. Rusia*, 24-II-2005, TEDH, pár. 172; CIDH, *Caso Bámaca Velásquez v. Guatemala*, Sentencia de 25-XI-2000, pár. 271

⁴⁸ -Vid. LALY-CHEVALIER, C., “Lutte contre la piraterie maritime et droits de l’homme”, *R.B.D.I.*, 2009/1, pp. 5-51, pp. 22-23.

caso de la denominada *guerra de Af-Pakistán*⁴⁹ se plantea la cuestión de la naturaleza del conflicto o la legalidad de la práctica de los asesinatos o ataques selectivos por fuerzas de EEUU o por drones en Afganistán y Pakistán, en la lucha contra Al Qaeda. A juicio de P. Pozo en la medida en que tales ataques se realicen en el marco de un conflicto armado, incluso si el conflicto ha traspasado las fronteras del Estado, podría constituir una práctica admitida por el DIH si se respetan los principios de distinción y proporcionalidad

2. EL CONFLICTO COLOMBIANO: ALGUNOS ELEMENTOS DE REFLEXIÓN

Hay conflictos como el *colombiano* que sirven hoy de botón de muestra de los desarrollos del Derecho internacional humanitario y de los derechos humanos. Cabe recordar que el conflicto colombiano es de larga data, y que perdura desde hace más de seis décadas. Ha tenido un fuerte impacto en la población civil. Los factores de iniciación y evolución del conflicto son muy amplios y han ido evolucionando. Es un conflicto complejo, en el que influyen factores sociales, ideológicos, económicos, internacionales. Y, además, tiene la peculiaridad de que luchar contra esos factores no permite acabar con el narcotráfico, que ha contaminado los análisis tradicionales e introducido elementos nuevos.

Los conflictos armados, internacionales o internos, han tenido a lo largo del siglo XX una incidencia relevante en los derechos humanos, pues fundamentalmente los afectados son mayoritariamente la población civil. En la actualidad los conflictos armados tienen por víctimas, en más de un 90%, a población civil, como ya dijimos. Esto es así también en el conflicto colombiano, cuyo impacto en los derechos humanos es muy relevante, como han puesto de manifiesto los órganos judiciales internos de Colombia, fundamentalmente desde la entrada en vigor de la Ley Justicia y Paz, de 2005, los informes de los organismos internacionales, tanto de Naciones Unidas como de la Organización de Estados Americanos-, la Corte interamericana de derechos humanos etc..

Podemos ver el conflicto colombiano como un caso test sobre los elementos relevantes en un conflicto armado interno. Los actores del conflicto son muy diversos, como el Estado, los grupos guerrilleros, los grupos paramilitares, los narcos, la criminalidad de otro tipo etc.. En todo caso el Estado colombiano tiene, en tanto que Estado, su responsabilidad en la situación, pero tampoco cabe ocultar el poder de actores no estatales y la imbricación entre unos y otros.

Desde la perspectiva de los *derechos humanos no cabe sino constatar la grave situación que existe para los derechos humanos en Colombia*. Entre los principales elementos de preocupación de que se han hecho eco los organismos internacionales destacan: -Masacres contra grupos vulnerables (pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes), en muchas ocasiones para que se desplacen y apoderarse de sus tierras; -Asesinatos selectivos y desapariciones forzadas contra líderes sociales y sindicales, defensores de derechos humanos, operadores de justicia, periodistas, candidatos etc.; -Ejecuciones extrajudiciales como una práctica extendida; -Escasas condenas por las violaciones de derechos humanos.

El *Informe del Alto comisionado de Naciones Unidas para los derechos humanos en Colombia* (de 19 de febrero de 2009), entre otros muchos

⁴⁹ -Vid. sobre esto POZO SERRANO, P., *La guerra de Af-Pakistán y el uso de la fuerza en las relaciones internacionales*, Eunsa, 2009, 312 pp,

similares, analiza las violaciones de derechos humanos y las infracciones al Derecho internacional humanitario cometidas por los grupos guerrilleros y las fuerzas armadas colombianas, así como las actividades de los grupos armados ilegales y narcotraficantes, junto con dificultades estructurales como la desigual distribución de la riqueza, la discriminación y estigmatización de grupos vulnerables, la impunidad y las dificultades para el acceso a la justicia, que condicionan el goce de derechos humanos, como se indica en el Informe⁵⁰. Ese informe, aún cuando reconoce esfuerzos gubernamentales para fortalecer el estado de derecho, constata que se producen graves violaciones de los derechos humanos y que todas las partes del conflicto continúan cometiendo infracciones del Derecho internacional humanitario.

Entre la población especialmente vulnerable por el conflicto destaca la situación de las mujeres⁵¹, los afrodescendientes⁵² o los desplazados, entre otros grupos. En esta línea los actores armados han desarrollado estrategias que afectan a la población civil en formas de pobreza extrema y la población afrodescendiente se ha visto sujeta a actos de violencia individual/colectiva, desplazamiento forzado, usurpación de bienes etc.. Es la segunda población étnica más numerosa de Colombia. El impacto del desplazamiento forzado ha sido especialmente muy intenso en la población afrocolombiana. Y ello porque los grupos armados buscan controlar territorios ricos en recursos naturales, biodiversidad y ubicación estratégica.

A su vez ese desplazamiento, que en muchas ocasiones se produce como consecuencia de masacres, produce mayor vulnerabilidad (falta de trabajo, vivienda, salud, educación) y exclusión social. Muchos de estos crímenes no son esclarecidos. El *esclarecimiento* de la verdad y la reparación de las víctimas son pilares básicos para solucionar el conflicto. Por lo que se refiere a los propios *desplazados*, protegidos por normas internacionales⁵³, la propia Corte Constitucional colombiana indicó (sentencia T-025, de diciembre de 2004) que los desplazados viven en un estado de cosas inconstitucional. Para la Corte el desplazamiento vulnera el derecho a la vida digna, la integridad personal, la igualdad, el trabajo, salud, seguridad social, educación, mínimo vital, protección especial debida a personas de la tercera edad, etc.. Según los principios rectores de los desplazados (1998) son aquellas “personas o grupos de personas que se han visto forzados u obligados a huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de derechos humanos, de catástrofes naturales o provocadas por el ser humano y que no han cruzado una frontera internacionalmente reconocida”. El DIH adopta un enfoque general, que tiende a la salvaguarda de la población civil, también de la desplazada.

Una cuestión que se plantea es la *aplicabilidad del Derecho internacional humanitario en conflictos armados como el colombiano*. En este sentido cabe traer a colación la *sentencia n° C-225/95 de la Corte Constitucional colombiana*, que hizo un control previo de constitucionalidad sobre la ley 171, de 16 de diciembre de 1994, relativa a la ratificación del protocolo II, de 1977, de

⁵⁰ -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, Asamblea General Naciones Unidas, 19 de febrero de 2009,

⁵¹ -En esta línea destaca el informe de 18 de octubre de 2006 de la relatora Susana Villarán, en junio de 2005, sobre su visita in loco en nombre de la Comisión interamericana de derechos humanos, donde pone de relieve que el Estado debe actuar con debida diligencia para prevenir el menoscabo de los derechos de las mujeres

⁵² -Informe de la Comisión interamericana de derechos humanos de 27 de marzo de 2009.

⁵³ -Vid. sobre esto ABRISKETA, J., “La población internamente desplazada en Colombia: claves para interpretar la regulación internacional”,

protección de civiles. Entre otras cosas, indica la Corte que el Derecho internacional humanitario forma parte del *Ius cogens* y del derecho consuetudinario. Es, indica, un catálogo axiológico de validez absoluta y universal que no depende de su consagración en el ordenamiento positivo. En esta línea indica (pár. 8) que la obligatoriedad del DIH se impone a todas las partes que participen en un conflicto armado, no siendo 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 la fuerza normativa del DIH 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 obligados a respetar estas normas que consagran aquellos principios mínimos de humanidad que no pueden ser derogados ni siquiera en las peores situaciones de un conflicto armado”.

De otro lado la Corte indica que el protocolo II no vulnera la soberanía nacional ni equivale a un reconocimiento de beligerancia de los grupos insurgentes. Es decir, la aplicación del protocolo II no supone que el Estado colombiano legitime a los grupos armados irregulares. Como indicó el gobierno en su exposición de motivos: (...) es importante que en la práctica internacional no hay ningún ejemplo conocido de que un Estado que se haya adherido al protocolo empiece a ver cómo terceros Estados se apoyan en este hecho para entrar a reconocer como beligerantes a grupos subversivos que operen en el territorio del primero. Con o sin protocolo II el reconocimiento de la beligerancia se puede producir en cualquier momento, sin importar si el Estado en el cual operan dichos grupos es o no parte en dicho instrumento (.....)”.

En cuanto a la naturaleza del conflicto armado colombiano cabe reflexionar sobre la idea de que ha ido evolucionando a lo largo de seis décadas. En esta línea se trata de una guerra civil. Ha habido autores, como Jiménez Piernas, que consideran (intervención en la Escuela Diplomática de España, 7 de mayo de 2013) que un conflicto como el colombiano en algunos periodos tiene la naturaleza de guerra civil mientras que en otros puede ser calificable de disturbios internos, pues ha ido evolucionando a lo largo del tiempo. Además, en la actualidad ha varios tipos de conflictos, que tienen que ver con la naturaleza de la violencia (paramilitares, narcotraficantes, guerrillas, delincuencia), que no toda ella puede ser analizada bajo los mismos parámetros jurídicos.

De otro lado cabe indicar que el *proceso de paz en Colombia* se ha traducido en diversas medidas, entre las que destaca el proceso de desmovilización, el esclarecimiento judicial y la reparación de las víctimas. El Acuerdo entre el Presidente Uribe y las Autodefensa Unidas de Colombia dio lugar a la desmovilización de más de 30.000 efectivos, en el marco de la denominada Ley de Justicia y Paz, de 2005. La idea era la reintegración de los desmovilizados y el desmonte de las estructuras armadas. Posteriormente el proceso ha sido más preocupante, pues algunos desmovilizados han sido asesinados, otros se han integrado en actividades criminales. Del mismo modo hay problemas en cuanto a la reparación del daño causado a las víctimas, la situación de los líderes sociales y sindicales, los defensores de derechos humanos, los jueces, pueblos indígenas, el peligro de que ese proceso sirva para amparar la impunidad de muchas violaciones. De otro lado, la *Comisión interamericana de derechos humanos* ha realizado múltiples recomendaciones a Colombia relativas a la necesidad de fortalecer las instituciones para la

aplicación de la ley de Justicia y paz, el reforzamiento de los mecanismos de protección de las víctimas, la adecuación de extradición de desmovilizados a estándares de la Corte Suprema y de la Comisión interamericana, la prevención de ejecuciones extrajudiciales, el impulso a nuevas políticas (en materia de territorio, salud, educación, justicia, pueblos indígenas, comunidades afrocolombianas), el reforzamiento de la seguridad de jueces, defensores de derechos humanos, periodistas etc.

En este tipo de conflictos el Estado tiene un papel muy relevante tanto para finalizar como humanizar, en la medida de lo posible, el conflicto. En esta línea es relevante la jurisprudencia de la *Corte interamericana de Derechos humanos* y su facultad inherente para supervisar el cumplimiento de sus decisiones. Entre otras medidas, la Corte ha indicado a Colombia que está obligada a reconocer la responsabilidad internacional por los hechos del caso, a investigar los hechos y sancionar a los responsables de crímenes y masacres. Asimismo a la búsqueda e identificación de las víctimas desaparecidas, a crear condiciones de seguridad y regreso a lugares donde se han producido masacres y a establecer programas de vivienda para los desplazados, el pago de indemnizaciones y compensaciones para las víctimas y familiares, el brindarles el tratamiento adecuado, incluida la atención médica y psicológica etc.. Junto a ello hay otras medidas de reparación como las relativas a la construcción de un monumento apropiado y digno para recordar los hechos de la masacre⁵⁴, el establecimiento de placas en un lugar público apropiado..

Una de las peculiaridades del conflicto colombiano es que aún no habiendo finalizado se ha empezado un *proceso transicional*. En esta línea la ley Justicia y paz supuso el establecimiento de un marco jurídico para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley y para la creación de la Comisión nacional de reparación y reconciliación⁵⁵, cuyos resultados son aún inciertos.

⁵⁴ -Vid. *Resolución del Presidente de la Corte interamericana de Derechos humanos de 23 de enero de 2012. Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia; Resolución del Presidente de la Corte interamericana de derechos humanos de 22 de diciembre de 2010 Caso de las masacres de Ituando vs Colombia. Supervisión de cumplimiento de la sentencia*

⁵⁵ -DÍAZ PAREZ, I.L., “El rostro de los invisibles. Víctimas y su derecho a la verdad, justicia, reparación y no repetición”, *Víctimas invisibles, conflicto armado y resistencia civil en Colombia*, Bondía, D., Ramiro, M., Huygens editorial, 2009, pp. 37-73.

IV. TIPOS DE CONFLICTOS Y APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO, CON ESPECIAL REFERENCIA A LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNACIONALES

Prof. Dr. Manuel Pérez González
Universidad Complutense de Madrid

1. DIVERSIDAD DE LAS SITUACIONES DE CONFLICTO Y CLASIFICACIÓN DICOTÓMICA (CONFLICTOS INTERNACIONALES Y NO INTERNACIONALES)

Desde una perspectiva polemológica —abstracción hecha, pues, de las caracterizaciones jurídicas—, es posible constatar, entre otras tendencias que en la actualidad apuntan en relación con los conflictos armados, la diversificación de las situaciones de conflicto: guerras coloniales, luchas de liberación nacional fuera del contexto colonial, acciones de resistencia o insurgencia contra una ocupación extraña a la que en cualquier caso siguen aplicándose las reglas del Derecho de ocupación, conflictos intestinos que se internacionalizan al extenderse a Estados vecinos o al contar en el territorio donde se desarrollan con la presencia, consentida o no por las partes en conflicto, de potencias extranjeras, "guerras" contra grupos o redes terroristas (que en su condición de entidades no estatales involucradas en acciones que conllevan el uso de la fuerza armada pueden ser objeto de calificaciones contradictorias)⁵⁶, conflictos en que la intervención de coaliciones multinacionales, respaldadas o no por una decisión de una organización internacional, se injiere en una situación de violencia interna que se generaliza convirtiéndose en contienda civil (conflicto de Libia), ciertas situaciones en que la violencia ejercida por grupos de delincuencia organizada y la reacción de las autoridades estatales contra ella justifican por su envergadura el calificativo de conflicto armado, etc.

No obstante, sin dejar de constatar esa tendencia, que entre otras cosas nos llevaría a considerar las guerras "asimétricas" y los conflictos en que se aplican nuevos avances tecnológicos —incluidas las "ciberguerras"— o en que se cuenta con el concurso de civiles (personas físicas o jurídicas) en la planificación y gestión del conflicto, lo cierto es que, desde una perspectiva jurídica, y en concreto a los efectos de la aplicación de las normas del Derecho internacional humanitario, sigue siendo válida la clásica distinción entre conflictos armados internacionales (incluidos, en virtud del protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra, aquellos conflictos en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas en el ejercicio de su derecho a la libre determinación) y conflictos armados sin carácter

⁵⁶ Ver, desde la perspectiva del *ius ad bellum*, D. Bethlehem, "Self-Defense Against an Imminent or Actual Attack by Nonstate Actors", *AJIL*, October 2012, vol. 106, núm. 4, pp. 769-777.

internacional, distinguiéndose a su vez dentro de éstos los que responden al tipo de las guerras civiles tradicionales, regulados por el Protocolo adicional II, y los que, aun no reuniendo las condiciones estrictas para la aplicación de este Protocolo, quedan cubiertos por las normas humanitarias básicas o esenciales, y por ende mínimas, del art. 3 común a los cuatro Convenios de 1949.

A esta tipología se atiene el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) en su Documento de Opinión de 2008 sobre la definición de conflicto armado a la luz del Derecho internacional humanitario⁵⁷, apoyándose en los textos convencionales, la doctrina y la jurisprudencia. En él el Comité califica como conflicto armado internacional aquél en que, recurriendo a la fuerza armada, se enfrentan Estados entre sí, con independencia de la duración y el grado de intensidad del enfrentamiento⁵⁸, sin perjuicio de registrar el hecho de la elevación a la categoría de conflictos armados internacionales de las guerras de liberación nacional por obra del Protocolo adicional I (art. 1, apdo. 4). En cuanto a los conflictos armados no internacionales, el propio Comité, recogiendo la distinción entre los del Protocolo adicional II y los del art. 3 común (entre éstos, los que enfrentan entre sí a grupos armados no estatales sin participación del gobierno o autoridad política nacional), hace hincapié en que lo que caracteriza a los conflictos internos frente a los internacionales es la calidad de las partes implicadas, de modo que, en lo que se refiere a los conflictos susceptibles de ser cubiertos por el art. 3 común, por "parte no estatal" se entiende un grupo armado con cierto grado de organización (existencia de una estructura de mando y capacidad del grupo para planificar y llevar a cabo operaciones militares, *inter alia*), y, por otra parte, la violencia armada debe alcanzar un cierto grado de intensidad hasta el punto de poder hablarse de una "violencia armada prolongada". A estos dos criterios, organización de la parte en conflicto y nivel de intensidad de las hostilidades, se suman, en el caso de los conflictos regulados por el Protocolo adicional II, otros como el control territorial ejercido por el grupo rebelde. Según el citado Documento de Opinión, pues, los conflictos armados no internacionales "son *enfrentamientos armados prolongados* que ocurren entre fuerzas armadas gubernamentales y las fuerzas de uno o más grupos armados, o entre estos grupos, que surgen en el territorio de un Estado (parte en los Convenios de Ginebra). El enfrentamiento armado debe alcanzar *un nivel mínimo de intensidad* y las partes que participan en el conflicto deben poseer *una organización mínima*"⁵⁹.

En la práctica, no obstante, puede resultar difícil verificar la concurrencia de esos mínimos requeridos, habida cuenta de la frecuente renuencia de los gobiernos que encaran una situación conflictiva que va creciendo en violencia a

⁵⁷ CICR, "¿Cuál es la definición de 'conflicto armado' según el derecho internacional humanitario?", Documento de Opinión, 17 de febrero de 2008; puede consultarse en <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/article/other/armed-conflict-article-170308.htm>

⁵⁸ No obstante, según una cierta opinión, el criterio de intensidad de la violencia serviría para descartar la consideración como conflicto armado entre Estados de algunos usos esporádicos de la fuerza, calificables de "incursiones fronterizas", "incidentes", "choques" y otras "provocaciones armadas". Pese a lo cual el CICR considera que debería mantenerse la ausencia del requisito del umbral de intensidad para clasificar una situación como un conflicto armado internacional, entre otras razones por la necesidad de asegurar la protección de quienes, como los miembros de las fuerzas armadas de un Estado que se opone a otro, son capturados por la parte adversa y llenan los requisitos para que se les confiera el estatuto de prisioneros de guerra bajo el III Convenio de Ginebra "independientemente de que haya realmente enfrentamientos entre los dos Estados". Ver al respecto CICR, "El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos", (tercer) informe, documento preparado para la XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, Ginebra, octubre de 2011, ES, 31IC/11/5.1.2, pp. 8-9.

⁵⁹ Ver el Documento de Opinión citado en nota (2) y el informe de 2011 citado en nota (3).

admitir la existencia de un conflicto armado, y de la propensión de algunos gobiernos a calificar de terroristas o delincuentes a los rebeldes alzados en armas, a falta de un procedimiento "externo" al Estado de valoración de los elementos de la situación. A ello se añade el hecho de la diversificación, en los últimos quince años, de las situaciones de conflicto susceptibles de ser regidas por el art. 3 común, siendo de destacar, en particular, el incremento de los conflictos armados no internacionales con un elemento extraterritorial, lo que ha llevado a cuestionar —como apunta el Comité Internacional de la Cruz Roja⁶⁰— si la clasificación actual de los conflictos armados es suficiente.

El propio CICR traza una tipología de los conflictos actuales o recientes (entre Estados y grupos armados o entre estos grupos) que pueden ser considerados conflictos armados no internacionales, por más que algunos de ellos sigan siendo objeto de controversia jurídica.

Dentro de esta tipología, el CICR apunta varios "tipos" de conflictos (los que enfrentan a fuerzas gubernamentales con grupos organizados o a estos grupos entre sí, en ambos casos dentro del territorio de un solo Estado; los que, tras desencadenarse en el territorio de un solo Estado, se han extendido al territorio de Estados vecinos; aquéllos en que fuerzas armadas multinacionales combaten junto con las fuerzas armadas de un Estado "receptor", en el territorio de éste, contra uno o varios grupos armados organizados —caso de Afganistán, entre otros—; y aquéllos en que las fuerzas de las Naciones Unidas o las puestas bajo la égida de una organización internacional regional como la Unión Africana son enviadas a apoyar a un gobierno huésped implicado en hostilidades contra uno o varios grupos armados organizados en su territorio) a los que son aplicables el art. 3 común y las normas consuetudinarias del Derecho internacional humanitario.

Otros "tipos" de conflictos registrados por el propio CICR suscitan, por contra, dudas en cuanto a su calificación jurídica y, por tanto, a las reglas aplicables. Uno de ellos es el de los conflictos armados no internacionales "transfronterizos", en los que las fuerzas de un Estado traban hostilidades con una parte no estatal que opera a partir del territorio de un Estado "receptor" vecino, pero sin el control o el apoyo directo de este Estado. Un caso de la práctica reciente es el de la guerra de 2006 entre Israel y Hezbolá, a la que se tendió a aplicar una doble calificación (conflicto internacional entre Israel y Líbano y conflicto no internacional entre Israel y Hezbolá) y, por tanto, el criterio según el cual el art. 3 común y el Derecho internacional humanitario consuetudinario constituían la normativa aplicable a esas dos situaciones paralelas, sin perjuicio de aplicar el Derecho de los conflictos armados internacionales entre los dos Estados⁶¹. Otro tipo controvertido, recogido igualmente por el CICR, es el que ha sido etiquetado desde una cierta posición como "transnacional", poniéndose como ejemplo el conflicto entre Al Qaeda y sus seguidores y adherentes por una parte y los Estados Unidos por otra. Nosotros consideramos con el CICR que, en casi todos los casos, parece inapropiado calificar en pura técnica jurídica como "guerra" global la lucha contra el terrorismo, teniendo en cuenta que ésta es polifacética y que, como tal, conlleva medidas que van desde respuestas no violentas (cooperación judicial, sanciones económicas y otras) hasta, *in extremis*, el uso de la fuerza, razón por la cual debe en general considerarse inapropiado e innecesario aplicar el Derecho internacional humanitario a situaciones que no son de conflicto

⁶⁰ Informe citado en nota (3), p. 10.

⁶¹ Cfr. informe citado, p. 12.

armado⁶². Parecidas reflexiones se suscitan en relación con las distintas modalidades de lucha contra el crimen organizado, a propósito de las cuales puede plantearse la cuestión de hasta qué punto la violencia estatal ejercida en respuesta a este tipo de delincuencia puede considerarse un conflicto armado según el Derecho internacional humanitario, y la cuestión conexas de en qué circunstancias los grupos armados implicados en el crimen organizado pueden ser considerados partes en un conflicto armado. Desde el punto de vista del CICR, que compartimos, según el Derecho internacional humanitario la motivación de los grupos organizados en una situación de violencia armada no es un criterio para determinar la existencia de un conflicto armado, de modo que, en el contexto de la lucha contra el crimen organizado, si se considera que una situación alcanza el umbral de un conflicto armado no internacional, se aplica a las dos partes —las fuerzas gubernamentales y las organizaciones criminales involucradas en dicha situación— el Derecho internacional humanitario relativo a la conducción de las hostilidades, aplicándose en cambio, en las situaciones en que tal umbral no se alcanza, las normas sobre derechos humanos propias de una operación de *law enforcement*⁶³.

2. LA APLICACIÓN DIFERENCIADA DE LAS NORMAS DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Sin perjuicio de poder postular, si no una regulación única, sí una aplicación equiparable en lo posible de las reglas del Derecho internacional humanitario a los conflictos armados internacionales y a los internos, lo cierto es que el tratamiento normativo de una y otra categoría de conflictos acusa diferencias apreciables. Una comparación entre los respectivos contenidos normativos del Protocolo adicional I y el Protocolo adicional II —más aligerado éste de carga reguladora, sobre todo en el doble terreno de la conducción de las hostilidades y de la sanción de las infracciones— resulta por demás significativa, al igual que lo resulta la escueta y genérica redacción del art. 3 común a los Convenios de Ginebra, en principio pensado para los conflictos armados no internacionales (que en cuanto tales surgen "en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes" de los Convenios, es decir, de cualesquiera de los 194 Estados vinculados por ellos) pero extensible, dado el carácter básico de sus disposiciones, a todo tipo de conflicto armado, incluidos, como veremos, los internacionales.

En todo caso, es preciso reconocer que la regulación convencional de los variados conflictos armados no internacionales se queda corta —más corta, desde luego, que la de las guerras entre Estados— para hacer frente a necesidades nuevas y a desafíos inéditos, sobre todo en lo que se refiere a la protección de las personas privadas de libertad, la reparación de los daños causados por las violaciones del Derecho y la protección de los desplazados internos, ámbitos éstos, a los que pueden añadirse otros como la protección del medio ambiente natural, en los que se detecta una insuficiencia, cuando no una total ausencia, de las reglas aplicables⁶⁴ en este tipo de conflictos. Para algunas

⁶² En este sentido, CICR, "El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos", (segundo) informe, documento preparado para la XXX Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, Ginebra, octubre de 2007, 30IC/07/8.4, pp. 7-11.

⁶³ Informe citado en nota (3), pp. 12-13.

⁶⁴ Resulta inexcusable consultar a este respecto el estudio del CICR "Fortalecimiento de la protección jurídica de las víctimas de los conflictos armados", preparado para su discusión en la XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, Ginebra, octubre de

de las cuestiones que pueden plantearse en el contexto de esas necesidades nuevas, resulta apropiada y provechosa la aportación del Derecho internacional de los derechos humanos en su concurrencia con el núcleo de normas humanitarias mínimas del Derecho de los conflictos armados, entre ellas las del art. 3 común. Con todo, la aplicación de normas de derechos humanos en este tipo de situaciones puede topar con obstáculos derivados del hecho de que una al menos de las partes en el conflicto es un grupo armado no estatal, que, por ejemplo, no está obligado a otorgar el habeas corpus a las personas capturadas y retenidas por él ni podría hacerlo en la práctica, salvo en el caso de un grupo que ejerza un control territorial con carácter estable y posea por tanto capacidad para actuar como una autoridad estatal; de manera que, como concluye el Comité Internacional de la Cruz Roja, "la proposición de que se debe recurrir al derecho de los derechos humanos cuando no hay disposición alguna sobre una cuestión particular en el DIH —como las garantías procesales en caso de internamiento— no toma en consideración los límites prácticos y jurídicos de la aplicabilidad del derecho de los derechos humanos a las partes no estatales en un conflicto armado no internacional"⁶⁵.

Con carácter general, retengamos por el momento la idea de que, pese a la gran variedad de situaciones de conflicto (entre Estados, entre gobiernos y grupos organizados —alcancen éstos o no un cierto control territorial que los capacite para realizar operaciones sostenidas y concertadas—, entre estos grupos sin participación de las autoridades oficiales —caso corriente en los Estados fallidos o desestructurados—, entre Estados y movimientos de liberación nacional que pugnan por hacer valer su derecho a la libre determinación, entre Estados y grupos terroristas que pueden constituir o no células de una red transnacional que propugna ejercer la violencia indiscriminada, entre una potencia ocupante y la población del territorio ocupado por esa potencia cuando una parte de esa población recurre a la resistencia armada, entre un gobierno y uno o varios grupos rebeldes que operan dentro del territorio del Estado interviniendo en el conflicto fuerzas multinacionales, etc.), las reglas aplicables a las distintas clases de conflictos que han proliferado en las recientes décadas, en términos de Derecho internacional humanitario, son las que se aplican en el contexto de esa dicotomía normativa que distingue entre conflictos internacionales y no internacionales, sin que sea necesario o aconsejable, pues, aplicar reglas nuevas pertenecientes a un sedicente *tertium genus* dentro del Derecho internacional humanitario en ciertas situaciones caracterizables como "conflictos mixtos", sino, antes bien, recurrir a una aplicación ponderada de las reglas convencionales y consuetudinarias existentes, en función de la calidad de las partes que intervienen en el conflicto y de las circunstancias en que dichas partes actúan.

Así, en aquellos conflictos internos en que se involucran fuerzas multinacionales (dependientes o no de una organización internacional), la posible consideración del conflicto como conflicto armado internacional *sui generis* no excluye la aplicación diferenciada del Derecho internacional humanitario, siendo así que puede resultar difícil, en la concreta situación de conflicto entre una fuerza multinacional y grupos no estructurados, requerir a las partes a aplicar el tercer Convenio de Ginebra; de modo que, como se ha podido advertir, la aplicación de las reglas será diferente dependiendo de las

2011, ES Cl/11/5.1.1. En él se hace hincapié en la necesidad de seguir desarrollando, en ámbitos como los que quedan apuntados, las normas humanitarias aplicables a los conflictos no internacionales.

⁶⁵ CICR, informe citado en nota (3), pp. 20-21.

partes en el conflicto en cada caso sobre el terreno, por donde el Derecho de los conflictos armados internacionales deberá aplicarse cuando las tropas internacionales chocan con las fuerzas gubernamentales, mientras que será el Derecho de los conflictos armados no internacionales el que prevalezca cuando la lucha se establece entre aquellas tropas y grupos no gubernamentales⁶⁶. Por otro lado, en el supuesto de conflictos armados "transfronterizos", de difícil caracterización al estar implicados en ellos a la vez Estados y grupos de resistencia (pudiendo éstos ser tildados de terroristas por una de las partes estatales, como en el caso de Hezbollah en el contexto de las relaciones entre Israel y Líbano y en el contexto específico del conflicto de Líbano en 2006), parece lógico que sea la naturaleza de los beligerantes y no el carácter transfronterizo (*cross-border*) de la situación el criterio decisivo para la clasificación del conflicto: si en el caso de referencia se ha podido señalar que, junto a (y a lo largo de) un conflicto armado internacional entre Israel y Líbano, la guerra en 2006 constituyó un conflicto armado no internacional entre Israel y Hezbollah⁶⁷, ello no excluye en nuestra opinión la posible aplicación de las reglas de los Convenios de Ginebra relativas a los conflictos armados internacionales a las relaciones entre Líbano (una porción de cuyo territorio fue ocupada de hecho por fuerzas israelíes en el curso de la contienda) e Israel en la concreta situación conflictiva de 2006. Y, por lo demás, en lo que se refiere a la caracterización jurídica de los enfrentamientos entre Israel y Hezbollah, no resulta ocioso aquí —sin ánimo de terciar en un delicado debate— traer a colación la decisión de la Corte Suprema de Israel de 2006 sobre los *targeted killings*, en la cual la Corte partió del presupuesto de que el Derecho que se aplica al conflicto armado entre Israel y las calificadas por la propia Corte como organizaciones terroristas en el "área" (esto es, Judea y Samaria —Cisjordania— y la franja de Gaza) es el Derecho de los conflictos armados internacionales, toda vez que "the fact that the terrorist organizations and their members do not act in the name of a state does not turn the struggle against them into a purely internal state conflict", teniendo en cuenta la posibilidad de que en la realidad de hoy en día esas organizaciones posean un alto grado de capacidad militar, de modo que —concluye la Corte— "confronting the dangers of terrorism constitutes a part of the international law dealing with armed conflicts of international character"⁶⁸.

En todo caso, y como queda apuntado, el Derecho internacional de los derechos humanos aporta, en cualquier situación de conflicto armado, internacional o interno, una protección jurídica adicional, complementaria de las normas del Derecho internacional humanitario, que refuerza la ya garantizada por estas normas, cubriendo incluso posibles vacíos en la regulación de los conflictos armados. Aparte de que, como ha señalado la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva de 1996 sobre las *armas nucleares*, la protección prevista en instrumentos internacionales como el Pacto

⁶⁶ En este sentido, SYLVAIN V., "Typology of armed conflicts in International Humanitarian Law: legal concepts and actual situations", *International Review of the Red Cross*, Vol. 91, Number 873, March 2009, pp. 69-94; p. 88.

⁶⁷ Sylvain Vité, op. cit., p. 92.

⁶⁸ HCJ 769/02, The Public Committee against Torture in Israel & Palestinian Society for the Protection of Human Rights and the Environment versus Government of Israel et al., Judgment, 13 December 2006, párr. 21. Una posición diferente es la de la Corte Suprema de los Estados Unidos en su sentencia de 29 de junio de 2006 en el asunto *Hamdan v. Rumsfeld* (Supreme Court of the United States, No. 05-184, Salim Ahmed Hamdan v. Donald H. Rumsfeld, Secretary of Defense, et al., on Writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, June 29, 2006) propugnando, en relación con el conflicto "atípico" entre los Estados Unidos y la red terrorista Al Qaeda, la aplicación del art. 3 común a los Convenios de Ginebra.

internacional de derechos civiles y políticos no cesa en tiempo de guerra (salvo el caso excepcional de suspensión de algunas de sus disposiciones en una situación de emergencia nacional), principios y reglas como los contenidos en el art. 3 común —concernientes a ciertos derechos básicos de las personas que no pueden dejar de aplicarse ni siquiera en aquellos supuestos, como los de los conflictos internos, en las que los Estados se resisten a aplicar en toda su extensión el *ius in bello*— se sitúan en el punto de encuentro del Derecho humanitario y el Derecho de los derechos humanos⁶⁹. Como ha advertido Sylvie Junod al referirse a las cláusulas de suspensión de derechos en situaciones excepcionales contenidas en esos instrumentos internacionales, el núcleo irreductible de derechos no susceptibles de suspensión que está en la base de los derechos humanos constituye a la vez la protección mínima que procura garantizar el art. 3 común en los conflictos no internacionales, representando así ese punto de encuentro o "zona de convergencia" de los dos grandes sectores normativos⁷⁰.

En lo que concierne precisamente a los conflictos armados no internacionales, parece obligado referirse al art. 3 común y su juego en la determinación de los perfiles de estos conflictos —por abajo (umbral) y por arriba (techo)— en el contexto de esa clasificación dual a la que nos venimos refiriendo⁷¹.

3. EL ARTÍCULO 3 COMÚN Y LA TIPOLOGÍA DE LOS CONFLICTOS

La inserción en 1949, en los cuatro Convenios de Ginebra, de una disposición específica relativa a los conflictos armados internos es en el discreto resultado de los esfuerzos por parte de la comunidad internacional de someter esos conflictos a algún tipo de reglamentación jurídico-humanitaria, aunque fuera mínima. Como explica Georges Abi-Saab, la toma de conciencia, finalizada la segunda guerra mundial, de la necesidad de interesarse por los conflictos armados internos acusó la influencia de la guerra civil española, de las atrocidades cometidas contra las minorías en el curso de la segunda guerra mundial, y del movimiento en favor de la protección internacional de los derechos humanos en el seno de las Naciones Unidas ⁷². Entre dos opciones en juego, esto es, aplicar *in toto* los Convenios a los conflictos internos (siquiera a los equiparables, en cuanto guerras civiles caracterizadas, a los conflictos interestatales) o aplicarles tan sólo los principios fundamentales recogidos en los Convenios (solución que podía acomodarse con una definición vaga o incluso con la total ausencia de definición de conflicto armado interno), acabó

⁶⁹ Cfr. nuestro estudio "Las relaciones entre el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho internacional humanitario", *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Vol. I, 1997, Pamplona, Aranzadi, 1998, pp. 315-393; p. 330.

⁷⁰ JUNOD, S., "Los derechos humanos y el Protocolo II", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 99, septiembre-octubre de 1983, pp. 262-263.

⁷¹ En el siguiente epígrafe se reproduce una parte de las ideas expresadas en su día en nuestro estudio "El art. 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 como expresión normativa del 'poder de la humanidad': algunas reflexiones", *El Derecho internacional ante los retos de nuestro tiempo. Homenaje a la Profesora Victoria Abellán Honrubia*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2009, pp. 485-515; pp. 487-503.

⁷² ABI-SAAB, G., "Conflits armés non internationaux", en *Les dimensions internationales du droit humanitaire*, Pedone/Institut Henry Dunant/UNESCO, 1986, pp. 251-277; p. 254.

prevaleciendo esta segunda opción ⁷³, reflejada en la incrustación en cada uno de los cuatro Convenios de una disposición *ad hoc*, el artículo 3, para esta categoría de conflictos.

Ahora bien, sin dejar de reconocer que esta disposición supone un gran avance en la línea de la humanización de las guerras intestinas, sobre todo por asegurar la aplicación *ipso iure* a éstas de un mínimo de reglamentación jurídica humanitaria, plantea, como no ha de dejado de advertir el propio Abi-Saab, una serie de problemas derivado de ese mismo carácter automático de su aplicación combinado con su formulación vaga y muy condensada.

A. El problema del umbral

Uno de esos problemas es el del umbral de la aplicación de las reglas enunciadas en el precepto –calificado, según expresión convertida en lugar común, como un “convenio en miniatura”–, lo que suscita la cuestión de cuáles son, a falta de una referencia a un procedimiento objetivo de calificación, las condiciones mínimas que permiten constatar la existencia de un conflicto armado “sin carácter internacional” y distinguir los conflictos de este tipo de ciertas formas más reducidas de violencia –las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, que, según el apartado 2 del Art. 1 del Protocolo adicional II, “no son conflictos armados”–, siendo así que la dificultad residiría en determinar el “momento a partir del cual la existencia de un tal conflicto (interno) no puede ser negada, particularmente por el gobierno establecido”⁷⁴. Dicha dificultad, en la práctica, quedaría obviada si esa “determinación del momento” –en definitiva, la calificación jurídica de la situación– estuviera a cargo de una instancia externa facultada para decidir de manera imparcial si se cumplen los criterios de aplicabilidad del artículo 3 común o si, por el contrario, se está ante una situación de quiebra del orden público no calificable como conflicto armado. A falta de ello, se abandona a la buena voluntad del gobierno interesado la selección de las reglas internacionales aplicables, lo que, como se ha dicho atinadamente, “permite a los Estados eludir la aplicación del Derecho internacional humanitario en las situaciones de violencia interna con el pretexto de que se trata de simples operaciones de policía o calificando a los grupos armados opuestos como delincuentes comunes o terroristas, negándose a reconocer la existencia dentro de su territorio de un conflicto armado”⁷⁵.

Es verdad, no obstante, que los reproches de indefinición de la noción de conflicto no internacional y de falta de precisión del umbral de las hostilidades a partir del cual la violencia desencadenada en el seno de un Estado cae bajo el peso del artículo 3 común no son del todo fundados, si se tiene en cuenta que el campo de aplicación de dicho artículo deriva de su contenido, al tratarse de una reglamentación *mínima* aplicable a *todas* las situaciones de conflictos armados no internacionales⁷⁶. Ahora bien, ello exige precisar la noción misma de conflicto armado no internacional –cosa que la Conferencia internacional de 1949 no hizo– en la medida en que sólo la interpretación más extensa de dicha noción en el sentido del artículo 3 común es compatible con el carácter

⁷³ *Op. cit.*, pp. 254-255. Ver asimismo BUGNION, F., *Le Comité International de la Croix-Rouge et la protection des victimes de la guerre*, Comité International de la Croix-Rouge, Genève, 1994, pp. 375 y ss.

⁷⁴ ABI-SAAB, G., *op. cit.*, p. 257.

⁷⁵ Milena Costas Trascasas, *Violencia interna y protección de la persona. Una laguna jurídica del Derecho internacional*, Cruz Roja Española/Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 567.

⁷⁶ En este sentido, BUGNION, F., *op. cit.*, p. 378.

normativo mínimo de este artículo⁷⁷. A ello se aplicó en 1962 una comisión de expertos reunida por el Comité Internacional de la Cruz Roja, la cual consideró que la existencia de un conflicto armado, en el sentido del artículo 3 común, no puede ser negada si la acción hostil, dirigida contra un gobierno legal, presenta un carácter colectivo y un mínimo de organización, debiendo a este propósito tenerse en cuenta elementos como la duración del conflicto, el número y el encuadramiento de los grupos rebeldes, su instalación o su acción en una parte del territorio, el grado de inseguridad, la existencia de víctimas, los medios utilizados por el gobierno legal para restablecer el orden, etc.⁷⁸. En esta línea de análisis, François Bugnion señala que, “en la práctica, un gobierno no puede negar la existencia de un conflicto armado no internacional en el sentido del artículo 3 cuando se ve enfrentado a una acción armada colectiva que los medios ordinarios de represión, esto es, las fuerzas de policía y la aplicación ordinaria de la ley penal, no se bastan para sofocarla”, precisando que “el recurso a las fuerzas armadas y la puesta en vigor de una legislación y unos procedimientos de excepción constituirán, en la mayoría de los casos, pruebas concluyentes de la existencia de un conflicto armado en el sentido del artículo 3”⁷⁹.

En el terreno específico de la responsabilidad penal individual, la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, a partir de la decisión sobre jurisdicción en el caso *Tadic* de 2 de octubre de 1995, ha recogido la definición de conflicto armado que entendía se correspondía mejor con la evolución de la costumbre internacional desde la aprobación del Protocolo adicional II sobre protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional⁸⁰: según la Sala de Apelaciones en la decisión citada, “un conflicto armado existe cada vez que se recurra a la fuerza armada entre Estados o se produzca una violencia armada prolongada (*protracted armed violence*) entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre estos grupos en el seno de un Estado”⁸¹. Como se ha podido advertir, aparte de la afirmación de que cabe hablar de conflicto armado (interno) incluso en supuestos en los que las fuerzas gubernamentales no se encuentran implicadas, el aspecto más sobresaliente de la definición dada por la Sala de Apelaciones es la eliminación del requisito previsto en el artículo 1 apdo. 1 del Protocolo adicional II de que los grupos armados organizados implicados en el conflicto ejerzan sobre una parte del territorio estatal un control tal que les

⁷⁷ *Op. cit.*, pp. 378-379.

⁷⁸ *Commission d'experts chargée d'examiner la question de l'aide aux victimes des conflits internes*, Genève, CICR, 1962, pp. 2-3. *Apud* François Bugnion, *op. cit.*, p. 379.

⁷⁹ *Op. cit.*, p. 379.

⁸⁰ Ver al respecto OLÁSULO ALONSO, H., *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 Blanc, Valencia, 2007, pp. 56-60.

⁸¹ ICYT, Appeals Chamber, Case No. IT-94-1AR72, *The Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a "Dule"*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, párrafo 70. La referencia conjunta que hace el Tribunal a los conflictos entre Estados y a los conflictos internos se explica en función de las circunstancias del caso al constatar el propio Tribunal que una cadena de hostilidades, que exceden los criterios de intensidad aplicables a los conflictos tanto internos como internacionales, vino desarrollándose en la región desde 1991, dando lugar a situaciones de “violencia prolongada y a gran escala entre las fuerzas armadas de diferentes Estados y entre fuerzas gubernamentales y grupos rebeldes organizados” (párrafo 70). En apreciación del propio Tribunal, aunque en el distrito de Prijedor no tuvieron lugar acciones militares sustanciales en la fecha y el lugar en que los presuntos crímenes se cometieron, el Derecho internacional humanitario resultaba aplicable, siendo suficiente al respecto que dichos presuntos crímenes estuvieran “vinculados estrechamente con las hostilidades que se desarrollaban en otras partes de los territorios controlados por las Partes en el conflicto” (*ibid.*).

permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar, por tanto, dicho Protocolo: “De esta manera –subraya Héctor Olásolo Alonso–, se extiende el abanico de situaciones que pudieran ser calificadas como de conflicto armado, y se hace más tenue la línea que divide este tipo de situaciones de aquellas otras de tensiones o disturbios internos, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos”⁸² a los que se refiere el citado artículo 1 apdo.1 del Protocolo adicional II. En este sentido, el ámbito de aplicación del artículo 3 común, considerablemente más amplio que el del Protocolo adicional II –lo que en la práctica tiene la virtud de abrir el espectro de situaciones de conflicto interno en que la protección humanitaria está llamada a amparar a todas las personas que no participen directamente en las hostilidades o que por cualquier causa hayan dejado de participar en ellas–, se situaría entre las tensiones y disturbios interiores y los conflictos armados de alta intensidad (del tipo, *inter alia*, de las guerras civiles de corte clásico) cubiertos, estos últimos, por el Protocolo adicional II, sin perjuicio de advertir que, según se reconoce en el propio Protocolo (artículo 1 apdo. 1), el mismo “desarrolla y completa el artículo 3 común... sin modificar sus actuales condiciones de aplicación”. Incluso se ha podido llegar a decir que la progresiva, si bien discreta, extensión de la protección de las normas humanitarias por parte del Comité Internacional de la Cruz Roja a las víctimas de las situaciones de disturbios, se ha apoyado, por una parte, en las propias ambigüedades del artículo 3 común en cuanto a la definición de la noción de conflicto armado sin carácter internacional, y, por otra parte, en el hecho que dicho artículo, a diferencia del artículo 1 apdo. 2 del Protocolo adicional II, no excluya expresamente las tensiones y disturbios interiores de su ámbito de aplicación⁸³.

Pero, a pesar de todo, el problema de la determinación del umbral de la aplicación del Derecho internacional humanitario en situaciones de violencia interna –generalizada o no– sigue estando presente, sobre todo si se tiene en cuenta que, en la práctica estatal, los gobiernos suelen ser propensos a negar la existencia de un conflicto armado (no ya del tipo de los regulados en el Protocolo adicional II, sino incluso del de los que cubre con toda su laxitud el artículo 3 común) que de hecho se está desarrollando en el territorio del Estado que presiden, y hasta a ignorar que una situación de disturbios interiores está teniendo lugar, renunciando en este caso a proclamar el estado de excepción o incumpliendo la obligación que les imponen las normas internacionales sobre derechos humanos de notificarlo al depositario del instrumento convencional correspondiente⁸⁴. En el caso del conflicto del Chiapas en México en 1994, en el que el gobierno federal no consideró necesario declarar el estado de excepción en la zona, si bien *de facto* se derogaron derechos y libertades garantizados por el Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 1966, la intensidad de las hostilidades tal vez no permitiera determinar con total certeza que la situación constituía un conflicto armado sin carácter internacional en el sentido de los convenios de Derecho internacional humanitario, pero tampoco podría

⁸² Héctor Olásolo Alonso, *op. cit.*, pág. 57.

⁸³ En este sentido, CALOGEROPOULOS-STRATIS, A.S., “Droit humanitaire, droits de l’homme et victimes des conflits armés”, en *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l’honneur de Jean Pictet* (Christophe Swinarski, ed.), CICR/Martinus Nijhoff Publishers, Genève/La Haye, 1984, pp. 655-662 ; p. 656. *Apud* Milena Costas Trascasas, *Violencia interna...*, *cit.*, p. 454.

⁸⁴ Sobre las desviaciones en la aplicación del estado de excepción y sus consecuencias negativas sobre la suspensión de garantías relativas a derechos enunciados en convenios internacionales de derechos humanos en situaciones de peligro público, ver Milena Costas Trascasas, *op. cit.*, capítulo cuarto (“El recurso al estado de excepción: análisis de la praxis estatal”), pp. 279-337.

afirmarse con rotundidad que se trataba de una simple situación de disturbios o tensiones interiores si se atendía a circunstancias como el recurso al ejército por parte de las autoridades políticas para sofocar la revuelta, el grado de organización militar del grupo armado de oposición (el Ejército Zapatista de Liberación Nacional) y su invocación del respeto de las leyes de la guerra, la presencia activa en la zona del Comité Internacional de la Cruz Roja a invitación del gobierno mexicano y a solicitud del propio grupo insurgente, etc.⁸⁵. En el caso del conflicto de Chechenia y, en concreto, de varios actos de violencia letal registrados en 1999 y 2000 en el curso de operaciones militares dirigidas por fuerzas rusas contra separatistas chechenos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos adoptó una serie de decisiones sobre asuntos en que se alegaba la violación por parte de la Federación Rusa del artículo 2 (derecho a la vida) del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Aunque dicho conflicto presentaba sin duda las características de un conflicto armado no internacional ⁸⁶, el Tribunal renunció a consultar los principios y reglas del Derecho internacional humanitario como parámetro de interpretación de las normas del Convenio europeo, lo que hubiera contribuido a reforzar la *ratio* de sus decisiones, limitándose a decidir sobre la exclusiva base del propio Convenio, tal vez –aunque no sólo– por constatar que, al no haber sido declarado en Chechenia ningún estado de emergencia ni promulgada ninguna ley marcial, las operaciones a las que achacaba la violación del derecho a la vida (de personas civiles) debían ser juzgadas “against a normal legal background” ⁸⁷. Comentado la decisión del Tribunal en el asunto *Isayeva contra Rusia*, un autor como David Kaye se pregunta si, a despecho de la actitud del Tribunal de analizar la operación militar rusa en Katyr-Yurt como una operación de “law enforcement” más que como una acción llevada a cabo en el curso de un conflicto armado, este y otros casos llevados ante el Tribunal con ocasión del conflicto de Chechenia, dado su singular contexto (una trágica contienda interna, un uso masivo del poder militar), no requerirían la aplicación de un régimen jurídico distinto del “normal”⁸⁸. Según el mismo autor, si bien puede decirse que el enfoque del Tribunal es consistente con su deber de aplicar el Convenio europeo de manera normal en ausencia de una declaración de emergencia pública, aun así “el contexto de guerra interna (*internal strife*) abogaba plenamente por una

⁸⁵ Cfr. COSTAS TRASCASAS, M., *op. cit.*, pp. 174-178; y, en lo que se refiere a la actuación del CICR con ocasión del conflicto, MÉGEVAND, B., “Entre Insurrection et gouvernement. L’action du CICR au Mexique”, *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, no. 811, 1995, pp. 61-79.

⁸⁶ En su sentencia de 24 de febrero de 2005 sobre el asunto *Isayeva contra Rusia* (Council of Europe, European Court of Human Rights, Case of Isayeva v. Russia (Application no. 57950/00), Judgment, 24 february 2005), el Tribunal parece reconocer implícitamente la existencia de un conflicto de esa naturaleza en la región: “El Tribunal acepta que la situación que existía en Chechenia en el tiempo relevante reclamaba medidas excepcionales por parte del Estado con vistas a recuperar el control sobre la República y suprimir la insurgencia armada ilegal. Dado el contexto del conflicto de Chechenia en el tiempo relevante, esas medidas podían presumiblemente incluir el despliegue de unidades del ejército equipadas con armas de combate, incluyendo aviación y artillería militares. La presencia de un numeroso grupo de combatientes armados en Katyr-Yurt, y su activa resistencia a los cuerpos encargados de mantener el orden (*law-enforcement bodies*), sobre lo que no hay desacuerdo entre las partes, pueden haber justificado el uso de la fuerza letal por los agentes del Estado” (párrafo 180).

⁸⁷ Sentencia citada, párrafo 191. Según el propio Tribunal, la utilización de bombas y otras armas de combate pesadas “en una zona poblada, fuera de tiempo de guerra (*outside wartime*) y sin previa evacuación de los civiles, es imposible de conciliar con el grado de precaución que se espera de un cuerpo encargado de hacer respetar la ley en una sociedad democrática” (*ibid.*).

⁸⁸ KAYE, D., “*Khashiyev and Akayeva v. Russia; Isayeva, Yusupova and Basayeva v. Russia; Isayeva v. Russia*, European Court of Human Rights, February 24, 2005”, *AJIL*, October 2005, Vol. 99 No. 4, pp. 873-881; p. 878.

interpretación de las normas del Convenio a la luz del Derecho regulador de los conflictos armados”⁸⁹.

Una actitud diferente, inscrita en la tendencia a destacar la convergencia del Derecho humanitario y el Derecho de los derechos humanos, han exhibido los órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos en algunos casos planteados ante ellos, lo que les ha llevado a utilizar normas arraigadas en el Derecho internacional humanitario en orden a determinar o, mejor, a informar el significado de las obligaciones estatales impuestas por las normas de los tratados de derechos humanos en situaciones de conflicto armado. Así, en el asunto *La Tablada*⁹⁰, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos juzgó pertinente invocar el Derecho internacional humanitario en una situación de conflicto interno de baja intensidad (el asalto a un cuartel): “Las disposiciones del artículo 3 común –dice específicamente la Comisión– son, de hecho, normas puras sobre derechos humanos. Por lo tanto, en la práctica, la aplicación del artículo 3 común por un Estado parte en la Convención americana (de derechos humanos) en el cual exista un conflicto interno, no impone cargas adicionales sobre las fuerzas armadas, ni las coloca en una situación de desventaja frente a los grupos disidentes. Eso se debe a que, básicamente, el artículo 3 (común) requiere que el Estado haga, en gran medida, lo que ya está obligado a hacer legalmente en el marco de la Convención americana”⁹¹. En otro asunto, *Arturo Ribón Ávila y otros*⁹², la propia Comisión Interamericana llegó a la conclusión de que los hechos probados ponían en evidencia que las víctimas habían sido ejecutadas extrajudicialmente por agentes estatales “en clara violación del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra y de la Convención americana” de derechos humanos, en particular el artículo 4 de esta Convención relativo al derecho a la vida, declarado no suspendible por el artículo 27 de la misma bajo ninguna circunstancia, de modo que, según la propia Comisión, “esta garantía no derogable, establecida en la Convención americana, se aplica conjuntamente y se informa con lo establecido por el Derecho internacional humanitario para las situaciones en que existen hostilidades internas”⁹³. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos

⁸⁹ *Ibid.* En definitiva, el autor deplora que, aun mostrándose el Tribunal sensible respecto de la situación en la que el gobierno ruso está actuando, no se refirió para nada a las reglas del Derecho internacional humanitario a pesar de haber sido presentadas por los abogados de los demandantes como base para interpretar las normas del Convenio europeo y establecer la responsabilidad de Rusia (*ibid.*); responsabilidad que, después de todo, el propio Tribunal declaró al considerar que el uso de la fuerza desproporcionado por parte de los agentes del Estado no podía considerarse necesario para asegurar la defensa de cualquier persona contra la violencia ilegal, violando por tanto el artículo 2 del Convenio europeo.

⁹⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe núm. 55/97, caso 11.137, Juan Carlos Abella c. Argentina, 18 de noviembre de 1997; OEA/SERV/L/V/II.97, Doc. 38, 30 de octubre de 1997; <http://www.cidh.oas.org/annualrep/97span/Argentinall.137.htm>. El caso se refiere a un ataque que cuarenta y dos personas armadas realizaron contra un cuartel militar, resultando muertos tras un intenso combate veintinueve atacantes y varios agentes del Estado. Los atacantes supervivientes denunciaron la violación por parte de los agentes de la Convención americana de derechos humanos y, a la vez, de diversas normas de Derecho internacional humanitario, achacando responsabilidad al Estado por los actos denunciados (ejecución sumaria de algunos de los atacantes capturados, desaparición de otros, tortura de todos los prisioneros).

⁹¹ Informe citado, párrafo 158, nota 19.

⁹² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe núm. 26/97, caso 11.142, Arturo Ribón Ávila c. Colombia, 30 de septiembre de 1997; <http://www.cidh.oas.org/annualrep/97span/Colombiall.142.htm>. En este caso se denunciaba que once personas habían sido objeto de ejecución extrajudicial en el marco de un enfrentamiento armado entre miembros del ejército y de cuerpos de seguridad colombianos y elementos del grupo armado disidente M-19.

⁹³ Informe citado, párrafos 134 y 135.

Humanos, a pesar de su escasa inclinación a acudir a reglas exteriores al *corpus iuris* en cuyo marco ejerce su competencia, en algún asunto, como el asunto *Bámaca Velásquez*⁹⁴, procedió a interpretar el artículo 4 de la Convención americana a la luz del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra a fin de precisar el alcance de las obligaciones del Estado (Guatemala en este caso) en una situación de conflicto armado no internacional en lo que se refiere al trato debido a quienes no participan o por cualquier causa han dejado de participar en las hostilidades. En concreto, la Corte señaló que, pese a su falta de jurisdicción para declarar la responsabilidad de un Estado por violaciones de tratados que caen fuera de su ámbito de competencia, ciertos actos u omisiones que violan derechos humanos “infringen también otros instrumentos internacionales de protección de la persona humana, como los Convenios de Ginebra de 1949 y, en particular, el artículo común⁹⁵, de modo que, según conclusión de la propia Corte, “las disposiciones relevantes de los Convenios de Ginebra pueden ser tomadas en cuenta como elemento de interpretación de la propia Convención americana”⁹⁶.

Para completar las consideraciones que quedan hechas sobre el artículo 3 común en su aplicación a los conflictos armados internos, para los que fue en principio concebido, parece oportuno, a la vista de la frontera difusa (y políticamente manipulable) entre los conflictos de esa naturaleza y las situaciones de disturbios y tensiones interiores⁹⁷, propugnar, con autores como Theodor Meron⁹⁸ o Milena Costas Trascasas⁹⁹, la aplicación extensiva a estas situaciones de principios y reglas extraídos del campo del Derecho internacional humanitario (los recogidos en el propio artículo 3 común y otros sobre protección de las poblaciones civiles contra los efectos de las hostilidades, garantías judiciales para los detenidos, prohibición de los castigos colectivos, prohibición de los desplazamientos forzados, prohibición de la privación deliberada a la población civil de bienes indispensables, asistencia humanitaria, etc.), principios y reglas generalmente aceptados como Derecho en la práctica de los Estados y que contribuyen a reforzar la protección ofrecida a los

⁹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, núm. 70, caso *Bámaca Velásquez*, Sentencia de 25 de noviembre de 2000.

⁹⁵ Sentencia citada, párrafo 208.

⁹⁶ Párrafo 209 *in fine*.

⁹⁷ En su esclarecedora monografía sobre la violencia interna ante el Derecho internacional, Milena Costas Trascasas sitúa a los disturbios y tensiones interiores en una “zona de indeterminación jurídica” entre los respectivos ámbitos de aplicación del Derecho internacional humanitario y del Derecho internacional de los derechos humanos, generándose una falla –¿una “laguna” jurídica?– que puede dar lugar a la apertura de espacios de impunidad, habida cuenta de que, por un lado, los Estados descartan aplicar las normas de Derecho internacional humanitario en tales situaciones por no alcanzar la violencia el umbral de un conflicto armado, y, por otro lado, propenden a reducir el grado de garantía de los derechos humanos al mínimo posible, valiéndose de la facultad que los tratados internacionales en la materia les conceden para suspender determinados derechos; lo que en la práctica coloca a las víctimas en una situación de desamparo jurídico y, en un plano general, provoca una quiebra en el *continuum* normativo que teóricamente debería existir en el sistema de protección internacional de la persona. Milena Costas Trascasas, *Violencia interna...*, cit., capítulo tercero (pp. 197-278), conclusiones (pp. 563-576) y *passim*. Ver asimismo nuestro estudio “Las relaciones...”, cit. *supra* en nota (14), pp. 355-361.

⁹⁸ MERON, Th., “On the Inadequate Reach of Humanitarian and Human Rights Law and the Need for a New Instrument”, *AJIL*, July 1983, Vol. 77 No. 3, pp. 589-606; “Towards a Humanitarian Declaration on Internal Strife”, *AJIL*, October 1984, Vol. 78 No. 4, pp. 859-868; *Human Rights in Internal Strife: Their International Protection*, Grotius Publications Ltd., Cambridge, 1987; “Contemporary Conflicts and Minimum Humanitarian Standards”, en *International Law: Theory and Practice*, Mélanges THIERRY, H., (WELLENS, K., ed.), The Netherlands, 1998, pp. 623-628.

⁹⁹ COSTAS TRASCASAS, M., *op. cit.*, capítulos sexto y séptimo (pp. 400-562).

individuos y colectivos en tales situaciones por los tratados internacionales sobre derechos humanos.

Por lo demás, y a fin de disipar el temor de los gobiernos de que la aplicación de normas humanitarias, siquiera mínimas, a los conflictos armados internos pudiera implicar de alguna manera la atribución de un estatuto internacional a los grupos rebeldes, el artículo 3 común aparece despojado de toda referencia a los mecanismos de control establecidos en los Convenios (quitando la forma diluida de control que representa la posibilidad de que un organismo humanitario imparcial, tal como el CICR, ofrezca sus servicios a las partes en conflicto), y, por otra parte, incluye en su párrafo final la expresa cautela de que la aplicación de las disposiciones en él contenidas “no producirá efecto sobre el estatuto jurídico de las partes contendientes”. Esta cautela –que en varios aspectos, aunque sin utilizar la mención de “partes”, se reproduce en el artículo 3 del Protocolo adicional II¹⁰⁰– no quita, con todo, que el artículo 3 común confiera a los grupos alzados en armas “un cierto estatuto jurídico objetivo” –en palabras de Georges Abi-Saab¹⁰¹–, más limitado, ciertamente, en cuanto a sus efectos que el que se deriva del reconocimiento de beligerancia, al no entrañar la aplicación del *ius in bello* en su conjunto sino tan sólo de los principios enunciados en el propio artículo 3 común. “Su efecto –precisa dicho autor– es asegurar la aplicación de una reglamentación jurídica mínima, desde el momento en que la violencia alcanza un cierto nivel, y ello independientemente de la voluntad del gobierno establecido”¹⁰²; lo que no significa que dicha aplicación suponga la internacionalización del conflicto, pues ni siquiera cuando las partes contendientes, con base en la incitación del artículo 3 común (tercer párrafo), deciden poner en vigor, mediante acuerdos especiales, algunas o todas las demás disposiciones de los Convenios, el conflicto deviene internacional, ya que, según se ha advertido, en ningún caso un gobierno, aplicando el Derecho internacional humanitario (incluso *in extenso*), renuncia a su capacidad y su autoridad para vencer a los rebeldes y castigarlos (mediante un proceso que respete las garantías judiciales previstas por el Derecho internacional humanitario) por su rebelión¹⁰³.

¹⁰⁰ Según este artículo, ninguna disposición del Protocolo podrá invocarse con objeto de menoscabar la soberanía de un Estado o la responsabilidad que incumbe al gobierno de mantener o restablecer la ley y el orden en el Estado o de defender la unidad nacional y la integridad territorial del Estado por todos los medios legítimos, ni como justificación para intervenir en el conflicto armado o en los asuntos internos o externos del Estado en cuyo territorio tenga lugar ese conflicto. Ver al respecto SASSÒLI, M. y BOUVIER, A., *How Does Law Protect in War? Cases, Documents and Teaching Materials on Contemporary Practice in International Humanitarian Law*, International Committee of the Red Cross, Geneva, 1999, pp. 216-217.

¹⁰¹ ABI-SAAB, G., “Conflicts armés non internationaux”, en *Les dimensions...*, cit., p. 259.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ En este sentido, SASSÒLI, M. y BOUVIER, A., *loc. cit.* Sobre el recurso en la práctica a los acuerdos especiales del artículo 3 común, así como a otras “herramientas jurídicas” como las declaraciones unilaterales o de intención o los códigos de conducta de los grupos armados oponentes comprometiéndose a respetar el Derecho internacional humanitario, las referencias al derecho internacional humanitario en los acuerdos de alto el fuego o de paz, o las concesiones de amnistía por simple participación en las hostilidades, véase una rica casuística en CICR, “El Derecho internacional humanitario y los desafíos...”, doc. cit. *supra* en nota (7), epígrafe V (“Los conflictos armados no internacionales”) y Anexo 3 (“Mejorar el respeto del Derecho internacional humanitario en los conflictos armados no internacionales”).

B. El problema del techo

Otro problema, no menos relevante, es el del techo de la aplicación del artículo 3 común. Como ha señalado Georges Abi-Saab, este problema, que no es otro que el de la distinción entre conflictos internos y conflictos internacionales, ha venido a revelarse urgente dada la naturaleza de la configuración estratégica y política de las relaciones internacionales con posterioridad a la segunda guerra mundial, que ha favorecido ciertos tipos de conflictos armados difíciles de situar según la clasificación binaria tradicional¹⁰⁴. Este autor se refiere, en concreto, a la proliferación en el mundo de la posguerra de guerras limitadas que, pese a desarrollarse en principio en el territorio de un solo Estado, eran en realidad “guerras por procuración”, alentadas y apoyadas, de manera indirecta y a veces abierta, por los bloques en presencia¹⁰⁵. Guerras de este cariz, que presentan características a la vez de los conflictos internos e internacionales, siguieron produciéndose desde el final del período de la guerra fría, como lo muestra la cadena de conflictos que vino desarrollándose en los Balcanes desde la década de los 90 del siglo pasado, para cuya ubicación en un grupo u otro de esa clasificación binaria los órganos internacionales (en concreto, la Corte Internacional de Justicia y el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia) se vieron en la precisión de aplicar, con ópticas diferentes, el criterio del control (externo) sobre la actuación de una o varias de las facciones en pugna. A los conflictos de este tipo cabe añadir ejemplos de otros conflictos ambiguos, como sedicentes “guerras de liberación nacional” de difícil encaje en los conflictos a los que se refiere el artículo 1 apdo. 4 del Protocolo adicional I, guerras atípicas como la crisis del Líbano en el verano de 2006, guerras de “resistencia” a la ocupación extranjera aun cuando los ocupantes aparenten haber dejado de serlo para convertirse en “colaboradores” de las autoridades locales o constituirse en “fuerzas internacionales” de interposición, usos de la fuerza contra objetivos confusos en el contexto de la mal llamada “guerra contra el terrorismo”, etc.

Con independencia de las consideraciones extraídas de la moderna polemología, cada vez menos partidaria de encasillar los variopintos tipos de conflictos armados que se producen en nuestros días dentro de una dicotomía rígida, se ha llegado a sostener, desde una óptica sustancialmente humanitaria, que, abstracción hecha del carácter internacional o interno del conflicto, debe reclamarse una sola y misma normativa jurídica internacional y, por tanto, abandonarse formalmente la distinción cuyo reflejo “legal” es la propia existencia por separado de los Protocolos adicionales I y II¹⁰⁶. Pero ello no deja de ser, hoy por hoy, un buen deseo que choca con la realidad. La realidad, esto es, la posición de los gobiernos con respecto a la posibilidad de aplicar reglas internacionales profusas y exhaustivas a las situaciones de violencia interna desde la perspectiva del *ius in bello*, es el contraste entre un cuerpo extenso de reglas destinadas a regular los conflictos internacionales y un conjunto reducido de reglas –cuya expresión convencional son el artículo 3 común y, para los conflictos de umbral elevado, el Protocolo adicional II– aplicables a los conflictos no internacionales. Ello obedece, a la postre, al hecho de que los Estados propenden a ver en toda revuelta civil un caso de rebelión o sedición que debe ser tratado bajo el rigor del Derecho penal nacional, y a excluir a la vez

¹⁰⁴ ABI-SAAB, G., *op. cit.*, p.257.

¹⁰⁵ *Op. cit.*, pp. 257-258.

¹⁰⁶ En este sentido, GUTIÉRREZ ESPADA, C., “El Derecho internacional humanitario y los conflictos armados internos (aprovechando el *asunto Tadic*)”, *Revista Española de Derecho Militar*, nº 68, julio-diciembre 1996, pp. 13-36, en especial pp. 22-29.

la posible injerencia de otros Estados en sus asuntos internos. De ahí que, a propósito de las garantías judiciales estipuladas en el artículo 6 del Protocolo adicional II en relación con la posible sanción de infracciones cometidas con ocasión de un conflicto armado sin carácter internacional, pueda sostenerse que dicho precepto no prohíbe la persecución judicial de las personas por el hecho de su participación en las hostilidades, pues una tal inmunidad sólo podría derivar del reconocimiento de un estatuto de prisionero de guerra para los combatientes capturados, estatuto no aplicable en principio en el contexto de los conflictos de esta naturaleza¹⁰⁷, salvo la posible aplicación por las partes de los acuerdos especiales a los que se refiere el artículo 3 común.

Es detectable, con todo, una clara tendencia a extender a los conflictos internos la aplicación, por vía consuetudinaria, de reglas humanitarias articuladas en principio en los Convenios de 1949 y en el Protocolo adicional I para los conflictos internacionales. Ello se manifiesta, en particular, en el terreno de la protección penal de personas y bienes en caso de conflicto armado. Así, diversos códigos penales nacionales, entre ellos el español a partir de 1995, declaran punibles los actos tipificados en ellos como delictivos en cuanto infracciones graves del Derecho internacional humanitario, cometidos por cualesquiera individuos con ocasión de un “conflicto armado”, abstracción hecha, pues, del carácter internacional o interno del conflicto, con independencia de que la base jurídica de la sanción penal pueda tener su ubicación convencional, respecto de ciertos supuestos delictivos, en las reglas de los Convenios de 1949 previstas para los conflictos interestatales o en las contenidas en el Protocolo adicional I. Línea esta que se consolida en el plano internacional convencional en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, cuyo artículo 8 (“Crímenes de guerra”) incluye dentro de la competencia de la Corte *ratione materiae*, aparte de las violaciones graves del Derecho internacional aplicable en los conflictos internacionales, las violaciones del artículo 3 común y “otras violaciones graves” de las leyes y usos aplicables en los conflictos no internacionales (letra e) del apdo. 2 de dicho artículo) cuya regulación, en los textos convencionales, aparecía referida en su origen al exclusivo plano de los conflictos internacionales¹⁰⁸.

En cualquier caso, convengamos con François Bugnion en que la mención de un régimen jurídico adecuado a los conflictos internos no debe interpretarse en el sentido de suponer la existencia de reglas distintas cuyo contenido sería

¹⁰⁷ ABI-SAAB, G., *op. cit.*, p. 273.

¹⁰⁸ Es verdad, en todo caso, que el Estatuto de Roma acoge la posición tradicional de clasificar los crímenes de guerra de acuerdo con el carácter internacional o no internacional del conflicto armado en que se producen, y es verdad, asimismo, que, apartándose hasta cierto punto de la jurisprudencia del TPIY que ha recogido la existencia de un núcleo duro de Derecho internacional humanitario que es común a todo tipo de conflicto armado, los redactores del Estatuto de Roma se decantaron por tipificar un abanico de conductas bastante más amplio en relación con los conflictos armados de carácter internacional que en relación con los conflictos armados de carácter no internacional. Cfr. En este sentido OLÁSULO ALONSO, H., *op. cit.*, p. 68. Pero, aun dando por buenas estas apreciaciones, parece oportuno hacer una doble precisión: por un lado, no es posible negar la existencia de un núcleo duro de reglas humanitarias aplicable a cualquier tipo de conflicto armado (ver *infra*), lo que, entre otras cosas, tiene el efecto útil de asegurar una protección básica (*ex clausula Martens* y artículo 3 común) a todos aquellos que sufren las consecuencias de la violencia bélica, sobre todo en situaciones de dudoso encaje en uno u otro grupo de la clasificación binaria tradicional; y, por otro lado, el hecho de que el “abanico de conductas” recogido en las letras c) y e) del apdo. 2 del artículo 8 del Estatuto de la Corte sea más reducido que el que figura en las letras a) y b) del mismo apartado, no quita para comprobar que algunas de las violaciones graves del Derecho internacional humanitario incluidas en la letra e) traen su expresión convencional de reglas en principio referidas a los conflictos internacionales, sobre todo en lo que se refiere a la protección de la población civil contra los efectos de las hostilidades (ataques prohibidos) o a la prohibición de matar o herir a traición a un “combatiente adversario”.

diferente del de las reglas aplicables a los conflictos internacionales y que sólo se aplicarían a los conflictos internos¹⁰⁹. Pero precisemos que la aplicación a los conflictos internos de ciertas reglas precedentemente adoptadas *qua* reglas convencionales para los conflictos internacionales constituye algo más que una simple “*démarche de transposition*” en palabras del autor citado¹¹⁰: significa que, dado el valor esencial de ciertas reglas que aseguran en toda circunstancia una protección básica o indispensable de la persona una vez desatada la violencia bélica, esas reglas y los principios sobre los que reposan son aplicables a toda situación de conflicto armado.

Y esto vale para el artículo 3 común como receptáculo de normas humanitarias mínimas. En su sentencia de 27 de junio de 1986 recaída en el asunto de las *actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, la Corte Internacional de Justicia consideró posible enjuiciar ciertos comportamientos de los Estados Unidos respecto de Nicaragua (en especial la producción y difusión de un manual sobre operaciones psicológicas en guerra de guerrilla para uso de los “contras”) en función de los “principios generales de base” del Derecho humanitario de los que los Convenios de Ginebra no son sino la expresión concreta¹¹¹. Según la propia Corte, el artículo 3 común a estos Convenios enuncia ciertas reglas que deben ser aplicadas en los conflictos armados no internacionales, pero que constituyen también, en el caso de los conflictos armados internacionales, “un mínimo” independiente de las más elaboradas que se les añaden para tales conflictos¹¹². Sobre la base de esta constatación, y aun considerando que los actos de los “contras” respecto del gobierno nicaragüense deben juzgarse de acuerdo con el Derecho aplicable a los conflictos no internacionales en tanto que las acciones de los Estados Unidos en y contra Nicaragua deben serlo de acuerdo con el Derecho que afecta a los conflictos internacionales, la Corte llega a la conclusión de que “la identidad de las normas mínimas aplicables a los conflictos internacionales y a los conflictos que no tienen tal carácter deja sin interés la decisión de si los actos en cuestión deben apreciarse en el marco de las reglas válidas para una u otra categoría de conflictos”, de modo que los principios pertinentes deben buscarse en el artículo 3 común¹¹³. Estos principios “pertinentes” recogidos en dicho artículo (principio de trato humano, principio de no discriminación, principio de inviolabilidad, principio de seguridad) pertenecen a la doble esfera del Derecho humanitario y de los derechos humanos, y se presentan como principios de vocación constructiva capaces, en cuanto tales, de llenar posibles vacíos o lagunas en ausencia de regulación convencional sobre la base de la idea de humanidad, lo que explica que la denuncia de cualquiera de los Convenios de Ginebra “no producirá efecto alguno sobre las obligaciones que las partes contendientes tengan que cumplir en virtud de los principios del Derecho de gentes tal como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública” (artículo 63 del primer Convenio, artículo 62 del Segundo Convenio, artículo 142 del tercer Convenio, artículo 158 del cuarto Convenio). Entre esas obligaciones resultantes de los “usos establecidos” están, sin duda, las derivadas de los “principios de base” o reglas “mínimas” enunciados en el artículo 3 común y aplicables, en su doble calidad convencional y consuetudinaria, en cualesquiera tipos de conflictos armados.

¹⁰⁹ BUGNION, F., *op. cit.*, p. 277, nota 4.

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ *CIJ Recueil*, 1986; párrafos 218 y 220 de la sentencia.

¹¹² Párrafo 218.

¹¹³ Párrafo 219.

Los conflictos que se sucedieron a partir de 1991 en el territorio de la antigua Yugoslavia podrían calificarse, en las sucesivas fases de su desarrollo, de diverso modo: conflicto interno e internacional a la vez, conflicto interno paralelo a un conflicto internacional, conflicto interno que se ha internacionalizado por el hecho de un apoyo exterior, conflicto internacional reemplazado ulteriormente por uno o varios conflictos internos, o alguna combinación de esas situaciones ¹¹⁴. Como la Sala de Apelaciones del TPIY señala en su ya citada decisión de 1995 sobre jurisdicción en el caso *Tadic*, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas creó este Tribunal con el objetivo de juzgar a los responsables de violaciones graves del Derecho internacional humanitario en la ex Yugoslavia, previniendo así la perpetración de futuras violaciones y contribuyendo a la restauración de la paz y la seguridad en la región: “El contexto en el que el Consejo de Seguridad actuó indica que se proponía alcanzar ese objetivo sin referencia al hecho de que los conflictos en la ex Yugoslavia fueran internos o internacionales”¹¹⁵. La propia Sala de Apelaciones, subrayando la “naturaleza variable de los conflictos”, advierte que los distintos acuerdos concertados por las diferentes partes en los sucesivos conflictos venían a reflejar, en la indicación del Derecho aplicable (Convenios de Ginebra y Protocolo adicional I, artículo 3 común, los aspectos internacionales o internos de cada conflicto. “Tomados globalmente –indica la Sala de Apelaciones–, los acuerdos (...) confirman la proposición según la cual cuando el Consejo de Seguridad adoptó el Estatuto del Tribunal Internacional en 1993, lo hizo refiriéndose a situaciones que las propias partes consideraban en fechas y lugares diferentes como conflictos armados internos o internacionales o como una combinación de ambos” ¹¹⁶. La intención del Consejo de Seguridad era, pues, según precisa la Sala de Apelaciones, habilitar al Tribunal para conocer de las violaciones del Derecho humanitario que pudieran cometerse en los dos contextos. Partiendo de tal supuesto, el Tribunal, tanto en esta decisión de su Sala de Apelaciones como en decisiones posteriores, se esfuerza en interpretar los artículos de su Estatuto que proporcionan las bases de su competencia *ratione materiae* (artículos 2, 3, 4 y 5) de manera que todos los distintos supuestos de violaciones graves del Derecho humanitario cometidas en cualesquiera tipos de situaciones de conflicto queden cubiertos por la competencia del Tribunal. Así, en tanto que, en el estado actual de la evolución del Derecho, el artículo 2 del Estatuto del Tribunal (“Violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949”) sólo se aplica a los crímenes cometidos en el contexto de conflictos armados internacionales ¹¹⁷, el artículo 3 (“Violaciones de las leyes y usos de la guerra”), lejos de entenderse exclusivamente referido a las

¹¹⁴ Ver al respecto la decisión sobre jurisdicción en el caso *Tadic* de la Sala de Apelaciones del TPIY de 2 de octubre de 1995, citada *supra* en nota 26, párrafo 72.

¹¹⁵ Decisión citada, *ibid.*

¹¹⁶ Párrafo 73.

¹¹⁷ Párrafo 84. Ello sin perjuicio de que otras disposiciones del Estatuto cubran situaciones distintas de las de los conflictos internacionales, pues, como la propia Sala de Apelaciones indica, no sería lógico que el Tribunal ejerciera su jurisdicción para perseguir y castigar ciertos comportamientos en un conflicto internacional ignorando esos mismos comportamientos en el contexto de un conflicto interno, sobre todo a sabiendas de que los conflictos en la ex Yugoslavia podían clasificarse, en diferentes épocas y lugares, como conflictos internos, internacionales o de los dos tipos a la vez (párrafo 78). Por otra parte, y pese a considerar que la interpretación del artículo 2 del Estatuto en el sentido de que éste no se aplica sino a las violaciones perpetradas en el marco de conflictos internacionales es, hoy por hoy, la correcta, la Sala de Apelaciones es consciente de que tal interpretación “puede parecer que no concuerda con las tendencias recientes de la práctica de los Estados y del conjunto de la doctrina de los derechos humanos, que (...) tienden a difuminar numerosos aspectos de la dicotomía tradicional entre guerras internacionales y conflictos civiles” (párrafo 83).

reglas de La Haya de 1899 y 1907 sobre las leyes y usos de la guerra terrestre, debe concebirse, en una interpretación teleológica y atenta a los progresos del Derecho, como una especie de cláusula supletiva o residual orientada a garantizar que ninguna violación grave del Derecho humanitario escape a la competencia del Tribunal; de modo que, según la propia Sala de Apelaciones, “puede sostenerse que el artículo 3 (del Estatuto) es una cláusula general que cubre todas las violaciones del Derecho humanitario no dependientes del artículo 2 o no cubiertas por los artículos 4 o 5”, entre ellas, las violaciones de las reglas de La Haya sobre los conflictos internacionales, las infracciones de los Convenios de Ginebra distintas de las calificadas como “infracciones graves” por dichos Convenios, y las violaciones del artículo 3 común y de otras reglas consuetudinarias relativas a los conflictos internos¹¹⁸.

Atendiendo a la época y el lugar en que se produjeron los hechos por los que se juzgaba al encausado, el Tribunal consideró aplicable en este caso el artículo 3 común en cuanto conjunto de reglas subsumibles en el citado artículo 3 de su Estatuto ¹¹⁹. Centrada, en efecto, la Sala de Primera Instancia del Tribunal, en su sentencia de 7 de mayo de 1997, en la aplicación de los artículos 3 y 5 del Estatuto (violación de las leyes y usos de la guerra y crímenes de lesa humanidad), sostuvo, en consonancia con la previa decisión sobre jurisdicción de la Sala de Apelaciones, que las leyes y usos de guerra del artículo 3 del Estatuto constituyen un cuerpo de Derecho Internacional humanitario de naturaleza consuetudinaria dentro del cual el artículo 3 común, aplicable e a los conflictos sin carácter internacional, incorpora un régimen de protección que es un reflejo de consideraciones elementales de humanidad y que, en tal condición, resulta de aplicación a los conflictos armados en general; añadiendo que cada una de las prohibiciones contenidas en el artículo 3 común, sobre cuya base se declara al acusado culpable de atentados contra la vida, tratos crueles y atentados contra la dignidad personal, constituyen esas consideraciones elementales de humanidad evocadas por la Corte Internacional de Justicia en el asunto de Nicaragua, cuya violación puede considerarse como una vulneración

¹¹⁸ Párrafo 89.

¹¹⁹ Teniendo en cuenta que desde el 19 de mayo de 1992 el gobierno de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) había dejado de ejercer a través de sus propias fuerzas el control efectivo sobre las operaciones de las fuerzas de la facción serboslovena (VRS), éstas ya no podían, en opinión del Tribunal, ser consideradas como órganos o agentes *de facto* de aquel gobierno en la época en que ocurrieron los hechos en el distrito (*opstina*) de Prijedor por los que se juzgaba al acusado; y, por esta razón cada una de las víctimas de los crímenes imputados a Tadic disfrutaban de la protección derivada de las prohibiciones contenidas en el artículo 3 común más que de la protección del régimen más específico de las “infracciones graves” de los Convenios aplicable a las personas protegidas en el sentido del artículo 4 del cuarto Convenio, esto es, las personas (civiles) que se encuentran en poder de una parte contendiente de la cual no sean súbditas, supuesto este que caería bajo el artículo 2 del Estatuto del Tribunal concerniente a los conflictos internacionales. Ver al respecto la sentencia de la Sala de Primera Instancia de 7 de mayo de 1997, International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Former Yugoslavia since 1991, Trial Chamber II, Case No. IT-94-1-AR72, The Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a “Dule”, Opinion and Judgement, 7 May 1997, United Nations, 1997, párrafos 578 a 608 (sobre todo este último párrafo). Ver, en contraste, la opinión disidente de la jueza G. K McDonald (Presidente), para quien durante todos los periodos pertinentes cubiertos por el Acta de acusación contra Tadic el conflicto que se estaba desarrollando era de carácter internacional por ejercer Yugoslavia un control efectivo sobre la V.R.S., razón por la cual resultaba de aplicación el artículo 2 del Estatuto del Tribunal y, a través de él, el conjunto de reglas destinadas a las personas protegidas bajo el cuarto Convenio. *Loc. cit.*, Separate and Dissenting Opinion of Judge McDonald Regarding the Applicability of Article 2 of the Statute. En la doctrina, puede consultarse Theodor Meron, “Classification of Armed Conflict in the Former Yugoslavia: Nicaragua Fallout”, *AJIL*, April 1998, Vol. 92 No. 2, pp. 236-242.

de reglas que protegen valores importantes y que es susceptible de comportar graves consecuencias para la víctima ¹²⁰.

Abundando en el contenido y el alcance del artículo 3 del Estatuto del Tribunal, la Sala de Apelaciones, en su decisión sobre jurisdicción de 1995, se preocupa en hacer ver cómo la distinción entre conflictos internacionales y conflictos internos va diluyéndose en la medida en que, sobre la base de una práctica progresiva de Estados e instituciones internacionales, ciertos principios generales y ciertas reglas (de origen consuetudinario) del Derecho de la guerra han ido extendiéndose a los conflictos armados internos ¹²¹. Entre las razones de esa paulatina aplicación extensiva, la Sala de Apelaciones se refiere al hecho de que el rápido desarrollo y propagación de las doctrinas de los derechos humanos a partir de la adopción de la Declaración Universal en 1948 ha traído consigo cambios significativos en el Derecho internacional, lo que, según la propia Sala, ha provocado, en un plano general, que un enfoque basado en la soberanía del Estado (*State-sovereignty-oriented approach*) haya ido siendo sustituido por un enfoque basado en los derechos e intereses de la persona (*human-being-oriented approach*), y, en el plano específico de la regulación de la violencia bélica, que la distinción entre conflictos interestatales y guerras civiles haya ido perdiendo su valor en la medida en que los seres humanos aparecen involucrados¹²².

Así pues, las reglas de rango consuetudinario recogidas en 1949 en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra (entre ellas la protección de quienes no participan o han dejado de participar en las hostilidades), y otras de idéntico rango relativas a la conducción de las hostilidades y a los medios y métodos de combate, se han extendido a los conflictos armados internos; bien entendido, no obstante, que esa extensión, por un lado, no supone una pura transposición o trasvase al plano de los conflictos internos de reglas en principio propias y privativas de los conflictos internacionales, sino, más bien, la aplicación a aquellos conflictos de reglas que, por su carácter de exigencias humanitarias básicas en cualquier situación de violencia armada, son aplicables a todos los tipos de conflictos; y que, por otro lado, y según apreciación de la Sala de Apelaciones en su decisión sobre jurisdicción en el caso *Tadic*, no es la reglamentación detallada contenida en dichas reglas, sino la “esencia general” de éstas, la que resulta aplicable a los conflictos internos ¹²³.

En lo que se refiere en concreto al artículo 3 común, el TPIY, apoyándose en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia sobre *Nicaragua*, es categórico al sostener que, “al menos en lo que concierne a las reglas mínimas del artículo 3 común, el carácter del conflicto importa poco”¹²⁴, añadiendo que

¹²⁰ Párrafos 609 y 612 de la sentencia de la Sala de Primera Instancia de 7 de mayo de 1997.

¹²¹ Entre esos principios y reglas cabe referirse, específicamente, a los relativos a la conducción de las hostilidades (prohibición de ataques contra personas y bienes civiles, precauciones en los ataques contra objetivos militares que puedan causar incidentalmente daños a civiles), a la protección de quienes no participan o han dejado de participar en las hostilidades, y a los medios y métodos de guerra (prohibición de la perfidia). Ver al respecto los párrafos 100 a 125 de la decisión de jurisdicción de 1995.

¹²² Cfr. Párrafo 97 de la decisión sobre jurisdicción. “¿Por qué –se pregunta la Sala– proteger a los civiles de la violencia de la guerra, o prohibir la violación, la tortura o la destrucción injustificada de hospitales, edificios dedicados al culto, museos o bienes privados, o prohibir el empleo de armas que causen sufrimientos innecesarios, cuando dos Estados soberanos están en guerra, y, al mismo tiempo, abstenerse de aplicar las mismas prohibiciones o de ofrecer las mismas protecciones cuando la violencia armada surge únicamente en el territorio de un Estado soberano?”

¹²³ Párrafo 126.

¹²⁴ Párrafo 102 *in fine*.

las decisiones adoptadas por las partes en diversos conflictos internos por las que convienen en respetar algunas de las otras reglas de los Convenios de Ginebra con base en la apelación a los acuerdos especiales que hace el tercer párrafo de dicho artículo, “reflejan la idea de que ciertas reglas fundamentales deben aplicarse cualquiera que sea la naturaleza del conflicto”¹²⁵. Esta posición del Tribunal sobre la aplicabilidad de las “reglas mínimas” del artículo 3 común a los conflictos tanto internos como internacionales exhibida en el caso *Tadic* se reitera en posteriores decisiones, entre ellas las relativas a los casos *Kordic y Cerkez*¹²⁶, *Kupreskic y otros*¹²⁷, *Furundzija*¹²⁸, *Delalic y otros*¹²⁹, *Strugar*¹³⁰, *Oric*¹³¹, etc. Y ello con independencia de que, en medio de las perplejidades causadas por la propia evolución de los acontecimientos en los Balcanes, las Salas de instancia, apartándose un tanto en algún momento de la línea apuntada en el citado caso *Tadic* –atenta a la caracterización como interno o internacional del conflicto en función de la época y el lugar en que los hechos ocurrieron–, apostaran en los asuntos *Nikolic*, *Karadzic-Mladic*, *Rajic* y *Delalic y otros*¹³² por la naturaleza “única” internacional del conflicto, calificación que se extendía a todos los actos de hostilidad llevados a cabo dentro del territorio de la ex Yugoslavia ¹³³.

¹²⁵ Párrafo 103.

¹²⁶ ICTY, Trial Chamber, Case No. IT-95-14/2, The Prosecutor v. Dario Kordic & Mario Cerkez (“Lasva Valley”), Judgement, 26 February 2001, párrafo 260.

¹²⁷ ICTY, Trial Chamber, Case No. IT-95-16, The Prosecutor v. Zoran Kupreskic et al. (“Lasva Valley”), Judgement, 14 January 2000, párrafo 534. Considerando incluida la prohibición de las represalias dentro de las prohibiciones del artículo 3 común, el Tribunal señala que “sería absurdo decir que las represalias que atentan contra la vida y la integridad física de los civiles están prohibidas en las guerras civiles pero están autorizadas en los conflictos internacionales en lo que se refiere a los civiles que se encuentran en las zonas de combate” (*ibid.*).

¹²⁸ ICTY, Trial Chamber, Case No. IT-95-17/1, The Prosecutor v. Anton Furundzija, (“Lasva Valley”), Judgement, 10 December 1998, párrafo 138 *in fine*.

¹²⁹ ICTY, Appeals Chamber, Case No. IT-96-21-A, The Prosecutor v. Zejnil Delalic et al. (“Celebici”), Judgement, 20 February 2001, párrafos 44, 140 y ss. En este caso, la Sala de Apelaciones considera que el argumento del apelante según el cual el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas contemplaba el conflicto como internacional, “aunque fuera correcto”, no sería determinante para el asunto, toda vez que “las prohibiciones registradas en el artículo 3 común también son aplicables a los conflictos internacionales” (párrafo 135), concluyendo que, al poder considerarse este artículo como un patrón básico (*minimum yardstick*) de reglas de Derecho internacional humanitario aplicables por igual a los conflictos internos e internacionales, tales reglas son de aplicación a los conflictos internacionales “porque constituyen el núcleo duro (*core*) de las reglas aplicables a estos conflictos” (párrafo 147).

¹³⁰ ICTY, Trial Chamber, Case No. IT-01-42-T, The Prosecutor v. Pavle Strugar (“Dubrovnik”), Decision on Defence Motion Requesting Judgement of Acquittal Pursuant to Rule 98 Bis, 21 June 2004, párrafo 27.

¹³¹ ICTY, Trial Chamber, Case No. IT-03-68-T, The Prosecutor v. Naser Oric, Judgement, 30 June 2006, párrafo 252.

¹³² ICTY, Trial Chamber, Case No. IT-94-2-R61, The Prosecutor v. Dragan Nikoic a/k/a “Jenki”, Decision on Review of Indictment Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, 20 October 1995; ICTY, Trial Chamber, Case No. IT-95-5/18, The Prosecutor v. Radovan Karadzic & Ratko Mladic (“Srebrenica”), Initial Indictment, 16 November 1995, párrafo 41; ICTY, Trial Chamber, Case No. IT-95-12-R61, The Prosecutor v. Ivica Rajic a/k/a “Viktor Andric”, Decision on Review of the Indictment Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, 13 September 1996, párrafos 9-49; ICTY, Trial Chamber, Case No. IT-96-21, The Prosecutor v. Zejnil Delalic et al. (“Celebici”), Judgement, 16 November 1998, párrafos 211-235.

¹³³ En la decisión de 16 de noviembre de 1998, la Sala en el caso “Celebici”, distanciándose de la calificación “mixta” del conflicto, había llegado a la conclusión de que los hechos enjuiciados se habían producido en el contexto general de un conflicto armado internacional, sosteniendo en consecuencia la aplicabilidad de las reglas relativas a los conflictos internacionales a todo el territorio de la ex Yugoslavia hasta el cese general de las hostilidades, salvo que en áreas separadas pueda demostrarse la existencia de conflictos internos sin relación

4. LA NECESIDAD DE REFORZAR LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS MEDIANTE DESARROLLOS NORMATIVOS COMPLEMENTARIOS

Aunque el Derecho internacional humanitario en su estado actual sigue siendo un marco jurídico apropiado para regular la conducta de las partes en los conflictos armados —por lo cual todo intento que se haga para fortalecer el régimen jurídico destinado a mejorar la suerte que corren las víctimas de estos conflictos se debería fundar en las normas existentes—, hay que reconocer con el Comité Internacional de la Cruz Roja que, en la actual fase de su evolución, el Derecho internacional humanitario no es perfecto en todos los aspectos y es necesario potenciarlo en ámbitos específicos, sobre todo en relación con los conflictos armados no internacionales, en los cuales la insuficiencia de la regulación se hace más ostensible. En efecto, en palabras del CICR "un *statu quo* normativo resultaría claramente insatisfactorio"¹³⁴. De ahí la necesidad de desarrollar las normas vigentes mediante la introducción de reglas complementarias convenidas en el propio terreno del Derecho internacional humanitario sobre la base de la práctica general de los Estados o traídas desde el terreno del Derecho internacional de los derechos humanos.

El valor de esta rama del Derecho internacional como instrumento normativo para potenciar o fortalecer el Derecho aplicable a los conflictos armados ha sido encarecido por el propio CICR, que considera en este sentido que "es esencial evitar que haya, inútilmente, nuevas normas de derecho humanitario que duplican las normas vigentes de derecho internacional, en particular el derecho de los derechos humanos", reconociendo, no obstante, que este Derecho, incluso en su aplicación a los conflictos armados no internacionales, no resuelve todos los problemas de índole humanitaria en la práctica, pues sólo es de obligado cumplimiento para los Estados¹³⁵.

La necesidad de desarrollar mediante esas reglas complementarias el Derecho internacional humanitario se hace particularmente perentoria en lo concerniente a la protección de las personas privadas de libertad como consecuencia de un conflicto armado, sobre todo si éste es de naturaleza no internacional. La privación de libertad en este contexto puede revestir las forma del internamiento (detención administrativa por razones de seguridad) o de la detención a efectos de iniciar un procedimiento penal. En lo que se refiere al internamiento —o a la figura homóloga de la residencia forzosa—, cuya situación parece conllevar una especial vulnerabilidad de la persona privada de libertad, las insuficiencias normativas se hacen patentes sobre todo en el ámbito de los conflictos armados no internacionales, particularmente en lo tocante a las condiciones de detención y a las garantías procesales. En cuanto a las condiciones de detención, sobre todo en los conflictos que se rigen por el art. 3 común, urge "elaborar disposiciones específicas en relación con los diversos aspectos que conforman un régimen de detención para que las partes

alguna con un conflicto de naturaleza internacional (párrafos 209-234). Cfr. COSTAS TRASCASAS, M., *op. cit.*, pp. 53-57.

¹³⁴ CICR, estudio citado en nota (9).

¹³⁵ Estudio citado, "Introducción". No obstante, en nuestra opinión los grupos no estatales participantes en los conflictos de este tipo, aparte de tener obligaciones en el terreno estricto del Derecho humanitario, no se hallan exentos, en la medida de sus capacidades, de respetar ciertas normas del Derecho de los derechos humanos concurrentes con aquél, como en el caso de la captura y detención de personas pertenecientes a la parte adversa.

detenedoras, tanto estatales como no estatales, conozcan y respeten las normas mínimas para el trato humano de los detenidos", en particular para atender las necesidades de las personas especialmente vulnerables¹³⁶. Y, en cuanto a las garantías procesales, es de deplorar que, a diferencia de lo que ocurre con los conflictos armados internacionales, a los que se aplican diversas normas contenidas en el cuarto Convenio de Ginebra, no existen disposiciones convencionales sobre las garantías que deberían amparar a las personas internadas en los conflictos armados no internacionales, lo que, según el CICR, supone que "el problema humanitario que se plantea debido a la ausencia de reglamentación jurídica se podría describir, sencillamente, como detención arbitraria"¹³⁷, debido entre otras cosas a que en la práctica los detenidos no son informados debidamente de los motivos de su detención y no existe un proceso para recurrir de entrada la legalidad de la detención y en su caso lograr la excarcelación si no hay una causa o si la causa ha prescrito. En la realidad, el art. 3 común no contempla ninguna disposición que regule el internamiento, aparte del requisito del trato humano, y el Protocolo adicional II, que sí menciona el internamiento en los arts. 5 y 6, no especifica cómo se debe organizar.

Desde el entorno del CICR se ha propuesto unas normas mínimas por las que debería regirse el internamiento, sobre todo en lo que se refiere a las garantías procesales (derecho a ser informado de los motivos del internamiento, derecho a ser inscrito en un registro *ad hoc* y a permanecer en un lugar de internamiento oficialmente reconocido, derecho a impugnar sin demora la legalidad de la detención, examen de la legalidad del internamiento por un organismo independiente e imparcial, derecho a la asistencia jurídica, derecho a que se examine periódicamente la legalidad del mantenimiento de la decisión de detención, derecho a comunicarse con los familiares y recibir su visita, derecho a la asistencia médica que requiera el estado de salud de la persona internada, derecho a presentar solicitudes y quejas ante la potencia detenedora relativas al trato recibido y a las condiciones de detención) así como el acceso por parte del CICR y de otras instituciones pertinentes a las personas objeto de detención administrativa¹³⁸. Con vistas a garantizar estos derechos en los conflictos armados no internacionales, el CICR, mediante la formulación de esas normas mínimas, ha propugnado aplicar a estos conflictos, por extensión, las garantías recogidas en el cuarto Convenio de Ginebra para los conflictos armados internacionales —entre ellas las relacionadas con los lugares de detención (art. 143), la reconsideración por un tribunal o consejo administrativo competente de la decisión relativa al internamiento (art. 43), la obligación de adoptar las decisiones siguiendo un procedimiento legítimo que prevea el derecho de apelación de los interesados (art. 78), la asistencia médica a las personas internadas (arts. 81, 91 y 92), las peticiones y quejas en lo que atañe al régimen al que estas personas se hallan sometidas (art. 101), etc.—, así como hacer entrar en juego normas de los tratados internacionales de derechos humanos, resoluciones de órganos internacionales y textos de *soft law*, como en lo tocante al deber de proporcionar información sobre las razones por las que se ha

¹³⁶ Estudio citado, "Protección de las personas privadas de libertad".

¹³⁷ Estudio citado, *ibid.*

¹³⁸ Ver PEJIC, J., "Procedural principles and safeguards for internment/administrative detention in armed conflict and other situations of violence", *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, Number 858, June 2005, pp. 375-391 (el texto en español, "Principios y garantías procesales relativos al internamiento o detención administrativa en conflictos armados y otras situaciones de violencia interna", puede consultarse en *Revista Internacional de la Cruz Roja, Selección de artículos 2005*, pp. 355-377). Dicho estudio figura como posición del CICR en el Anexo 1 al informe de 2007 del CICR citado *supra* en nota (7).

privado de libertad a una persona (art. 9.2 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, resolución 43/173 de 9 de diciembre de 1988 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, principios 10, 11 y 12 del Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión) o en lo tocante a la obligación de registrar los datos de los detenidos y la prohibición de disimular una detención (arts. 17 y 18 de la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 20 de diciembre de 2006, principios 12 y 16 del Conjunto de Principios citado, principio 6 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias)¹³⁹.

Así pues, aparte de la posibilidad de transponer al ámbito de los conflictos armados no internacionales las disposiciones pertinentes de los Convenios de Ginebra aplicables en principio a los conflictos armados internacionales (y los principios y reglas de índole consuetudinaria como los que bajo la rúbrica de "garantías fundamentales" se recogen en el art. 75 del Protocolo adicional I), las aportaciones normativas provenientes del campo de los derechos humanos resultan particularmente indicadas para complementar las normas del Derecho internacional humanitario¹⁴⁰. En su opinión consultiva de 9 de julio de 2004 sobre las *consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, la Corte Internacional de Justicia, refiriéndose a las relaciones entre el *ius in bello* y los derechos humanos, ha señalado que "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"¹⁴¹. Partiendo de esta base, se ha podido decir que "los derechos de las personas internadas por razones de seguridad en conflictos armados —internacionales o no internacionales— pertenecen a la categoría de derechos que, en términos de la CIJ, 'pueden estar contemplados' en ambas ramas del Derecho. Habida cuenta de la mencionada falta de normas relativas al internamiento de personas en conflictos armados no internacionales, es preciso recurrir al derecho de los derechos humanos a la hora de constituir una lista de principios y garantías procesales para regular el internamiento en esos conflictos"¹⁴². Bien entendido que las reglas de uno y otro sector del Derecho internacional pueden concurrir con contenidos coincidentes en la regulación de diversos aspectos, de modo que, por ejemplo, la lista de los derechos a un juicio equitativo (*due process*) es casi idéntica en el Derecho internacional humanitario y el Derecho internacional de los derechos humanos, ordenamientos éstos a los que debe ajustarse a su vez el Derecho interno del Estado. En lo que respecta al Derecho internacional humanitario, aun

¹³⁹ PEJIC, J., estudio citado, pp. 384, 385 y *passim*.

¹⁴⁰ Ello sea dicho con la reserva de que el Derecho de los derechos humanos no se basta para dar respuesta a todas las cuestiones que pueden plantearse en relación con la detención de personas en conflictos de este tipo, habida cuenta de que en casi todos ellos la parte no estatal carece del aparato adecuado para garantizar el cumplimiento de las obligaciones correlativas a esos derechos; sin olvidar, por otra parte, las dificultades que, en el caso de conflictos no internacionales "multinacionales", pueden derivar del hecho de que no todos los Estados que participan en una coalición están vinculados por los mismos tratados de derechos humanos, o de la propia indefinición del alcance extraterritorial del Derecho de los derechos humanos en operaciones en el extranjero.

¹⁴¹ Párr. 106 de la opinión consultiva. Ver al respecto nuestro trabajo "*Ius in bello, ius ad bellum* y derechos humanos (a propósito de la opinión de la Corte Internacional de Justicia sobre el muro)", *Pacis Artes. Obra homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, Tomo I, Universidad Autónoma de Madrid/Eurolex, 2005, pp. 479-498; pp. 492-496.

¹⁴² PEJIC, J., "Procedural principles and safeguards...", cit., pp. 377-378.

reconociendo que el art. 3 común, contrariamente a lo que ocurre con los Convenios de Ginebra tercero (art. 84, arts. 99 a 108) y cuarto (art. 43, arts. 66 a 78, art. 126), no contiene garantías específicas en materia judicial fuera de la referencia genérica a un "juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados", está ampliamente aceptado que el art. 75 del Protocolo adicional I puede considerarse como una norma de Derecho consuetudinario aplicable en todo tipo de conflicto armado, y, por lo demás, puede decirse que el Derecho internacional humanitario refuerza las correspondientes disposiciones de derechos humanos, puesto que no autoriza derogación alguna del derecho a un juicio equitativo en las situaciones de conflicto armado¹⁴³.

5. A MODO DE RECAPITULACIÓN

Hemos considerado a lo largo de estas páginas la creciente diversidad de situaciones de conflicto susceptibles de conllevar el uso de la fuerza, algunas de ellas novedosas por no decir inéditas y, en ciertos casos, difíciles de ubicar según la clasificación dual de la que parten los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales. Tal diversidad, fruto en buena parte de la proliferación de actores con capacidad para ejercer la violencia, incide a su vez en que las características nuevas o agravadas de los conflictos presenten retos importantes para la protección de las personas y bienes civiles y en general para la aplicación del Derecho internacional humanitario. Esa diversidad puede a veces provocar dudas a la hora de seleccionar el Derecho aplicable a distintos tipos de conflicto, lo que se hace sobre todo patente en relación con conflictos no internacionales que presentan rasgos peculiares, como es el caso de los conflictos "transfronterizos" en los que las fuerzas de un Estado traban hostilidades con una parte no estatal que opera a partir del territorio de un Estado "receptor" vecino pero sin el control o apoyo aparente de este Estado, o de los conflictos "transnacionales" en los que uno o varios Estados se enfrentan a entidades que practican la violencia en el contexto de la lucha contra el terrorismo o contra ciertas formas de delincuencia organizada. En tales casos, puede resultar inapropiado aplicar el Derecho internacional humanitario a situaciones que no son de conflicto armado. Un elemento esencial en la búsqueda del "proper law" aplicable a cada situación es la naturaleza de los contendientes al efecto de poder ser considerados como partes en un conflicto armado en sentido jurídico.

Por otra parte, la proyección extraterritorial de ciertos conflictos no internacionales, a los que por eso mismo se les ha rotulado como conflictos no internacionales "exportados" o "deslocalizados", no les sustrae de su condición básica que reclama la aplicación del art. 3 común y, en su caso, del Protocolo adicional II.

¹⁴³ En este sentido, CICR, "El derecho internacional humanitario y los desafíos...", doc. cit. supra en nota (3), p. 18, Por otra parte, en los conflictos no internacionales, el art. 3 común a los Convenios de Ginebra y los arts. 5 y 6 del Protocolo adicional II señalan unas normas mínimas aplicables en caso de internamiento a las que pueden superponerse, 1) en el caso del art. 3 común, otras normas establecidas en esos Convenios para los conflictos internacionales, en virtud de "acuerdos especiales" que pueden concertar las partes contendientes, y 2) en el caso de las citadas disposiciones del Protocolo adicional II, otras normas procedentes del campo de los derechos humanos con base en la referencia que se hace en el párr. 2 del preámbulo de este Protocolo a que "los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos ofrecen a la persona humana una protección fundamental", instrumentos en los que, según el CICR, se incluyen el Pacto internacional de derechos civiles y políticos y la Convención contra la tortura así como los tratados regionales de derechos humanos (*Comentario del Protocolo adicional II*, CICR/Plaza & Janés, Colombia, 2000, párrs. 4428-4430).

En todo caso, una observación que procede hacer es que la clasificación de las situaciones de violencia armada se ve con frecuencia condicionada por consideraciones políticas, en la medida en que las partes envueltas en tales situaciones propenden a interpretar los hechos de acuerdo con sus propios intereses, hasta el punto de no admitir el estar implicadas en un conflicto armado, prefiriendo, como apunta Sylvain Vité, "to play down the intensity of the situation by claiming to carry out an operation to maintain public order" y descartar así la aplicabilidad del Derecho internacional humanitario¹⁴⁴. En este orden de cosas resulta indispensable buscar criterios fiables que permitan identificar una situación como de conflicto armado, distinguiéndola de otras situaciones calificables como "disturbios y tensiones interiores" o como operaciones de *law enforcement* en el contexto de la represión del terrorismo.

Y, en otro orden de cosas, se hace necesario definir los perfiles de los conflictos armados no internacionales "por arriba", fijando su techo en aras de su regulación característica, sin perjuicio de constatar que, en la legislación y la jurisprudencia, se va abriendo paso una tendencia que apunta a aplicar hasta donde sea posible normas homogéneas para los conflictos armados internacionales y no internacionales. A este propósito hemos utilizado como referencia normativa el art. 3 común a los Convenios de Ginebra, el cual, al establecer para todo conflicto "que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes" de cada uno de los Convenios la obligación de aplicar, "como mínimo", las disposiciones en él contenidas, "may nowadays —según apunta Jelena Pejic— be evolutively interpretad as a matter of treaty law to apply not only to non-international armed conflicts occurring wholly within the territory of a state but also to armed conflicts involving state and non-state parties initially *arising* in the territory of a state"¹⁴⁵, si bien las garantías básicas absolutamente fundamentales que se recogen en este precepto y que deben ser aplicadas *como mínimo* por las partes en conflicto, precisan ser desarrolladas y completadas, para ser realmente operativas, mediante normas adicionales apropiadas, que, como hemos visto en el epígrafe IV de este estudio, pueden ser extraídas del bloque normativo (convencional y consuetudinario) que rige los conflictos armados internacionales (y en su caso las situaciones de ocupación militar) y de diversas normas procedentes del campo del Derecho de los derechos humanos.

¹⁴⁴ Sylvain Vité, "Typology of armed conflicts,..", cit., p. 94.

¹⁴⁵ Jelena Pejic, "The protective scope of Common Article 3: more than meets the eye", *International Review of the Red Cross*, Vol. 93, Number 881, march 2011, pp. 189-225; pp. 204-205.

V. LA CRISIS DEL DERECHO EN LOS CONFLICTOS ARMADOS CONFUSOS Y DESREGULADOS.

Prof. Dr. Armando Borrero Mansilla
Antiguo Consejero de Seguridad Nacional de Colombia
Universidad Nacional de Colombia

1. LA PÉRDIDA DE LAS CERTEZAS Y LA PÉRDIDA DE LAS SEGURIDADES

Cuando se trastoca un orden se genera inquietud. La pérdida de las certezas causa desasosiego porque se pierde la seguridad. El orden se apega a las regulaciones y las sacraliza para tener un piso firme sobre el cual se pueda sostener un mundo previsible. Así en el arte, en las ciencias y en la política. Cuando en la segunda mitad del siglo diecinueve comienza, tímidamente, la ruptura del orden musical impuesto por la armonía clásica, comienza también una sensación de subversión del “orden natural”, como lo pretendió Rameau: lo natural para el oído humano, lo que no puede ser de otra manera, el orden inmanente de la música. Todo el siglo veinte fue, en música, una búsqueda incesante de referencias nuevas para la composición musical, un terremoto del arte que no termina todavía sobre las ruinas del orden anterior. Cuando en una ciencia se derrumba un paradigma explicativo, cuando el conocimiento de un fenómeno se deroga o se supera, la comunidad científica se desestabiliza y comienza de nuevo la búsqueda afanosa de las seguridades para afirmar sus posiciones.

Prácticas sociales como el derecho, no sólo no escapan a inquietudes similares, sino que las sufren de continuo en el continuo devenir de los cambios normativos o de las interpretaciones. En el caso del derecho de la guerra, el cambio se da en la naturaleza de los conflictos bélicos. La normatividad establecida, la que se puede llamar “clásica”, se estrella contra fenómenos nuevos no previstos. Lo que estaba regulado ya no es lo mismo que sucede y surge todo un conjunto de dudas, incertidumbres y demandas de normas adecuadas a la realidad vivida. Mientras tanto el ambiente se torna incierto y la desazón cunde entre quienes tienen responsabilidades como militares, como jueces y como defensores, como dirigentes políticos, como académicos y en fin, como simples ciudadanos.

La guerra clásica, la de los Estados nacionales, ya no domina en la actualidad. Un logro formidable de la cultura de Occidente fue el intento de sujetar la guerra a derecho y lograrlo, por lo menos parcialmente. A primera vista derecho y guerra son antinómicos y eso hace más notable el desarrollo de un derecho (derecho de gentes, derecho público europeo, derecho internacional de los conflictos armados, derecho internacional humanitario) para paliar algunos de los peores efectos de los enfrentamientos armados. Hasta la enemistad, llevada al extremo de la matanza, podía ser acotada. Pero la

enemistad se soltó de los acotamientos y la tendencia de la guerra a los extremos, bien anotada por Clausewitz, ha hecho saltar las normas.

Una cosa fue la enemistad de los Estados nacionales, generalmente fundada en intereses materiales y de poder. Otra cosa son las enemistades que ponen en trance existencial a los contendores. Las luchas de poder por intereses delimitables de manera clara, pueden ser negociadas; las que implican la posibilidad de una imposición en el campo de las visiones del mundo, o la destrucción de las identidades y de las formas de vida, trascienden a enemistades profundas porque ponen en juego el propio ser. De ahí la crueldad de las guerras que llevan consigo diferencias ideológicas e identitarias. El desafío de sujetarlas es supremo.

Las guerras de la segunda mitad del siglo veinte llevan, en su mayor parte, el sello de las ideologías y de las identidades. No es que desaparezcan los intereses materiales, pero se enfundan y justifican en la ideología, o en la cultura, o en la etnia. La fuerza se aplica no sólo para vencer militarmente a un enemigo, sino para hacer daño más allá de las regulaciones sobre los objetivos legítimos de la violencia estatal. Se entra en grados crecientes a los terrenos del terrorismo. Conseguir beneficios para una causa es posible por la vía del miedo extorsivo, o sea alcanzar concesiones por suspender el daño, antes que por el desarme del contrincante. El otro problema es la condición del combatiente. Cuando aparece el partisano como constante y cuando se extiende a actores no estatales la titularidad del *jus ad bellum*, la decisión sobre la regularidad se hace en medio de la pérdida de los criterios que tuvo antes la calificación en derecho.

Se juntan entonces dos problemas que dificultan un uso previsible de las normas del derecho. Uno es el problema de definir un objetivo militar legítimo en los conflictos confusos, necesariamente confusos cuando una de las partes, o todas, no se acoge a derecho. El otro es la tendencia a caer en el fenómeno de la “identificación con el enemigo” (si él lo hace, yo tengo derecho a hacerlo también) que rompe la disposición de la no reciprocidad en lo atinente a las normas del DIH. En el siglo veinte y en lo corrido del actual, para no ir más atrás, hasta los Estados en guerra con otros Estados, han caído en la segunda práctica y baste con recordar los bombardeos indiscriminados de ciudades en la segunda guerra mundial o los vaivenes del “ojo por ojo y diente por diente” (y no necesariamente en esa proporción y esa simetría) de los conflictos del Medio Oriente. La delgada línea de la frontera entre lo permitido por el derecho y las prácticas del “hors de loi”, la cruzan los Estados de derecho con las acciones, encubiertas o francas, de retaliación.

La clasificación misma de las diferentes formas de violencia se torna también confusa. Antes era muy clara la distinción entre la violencia intensa de la guerra y las violencias esporádicas de la delincuencia. Hoy esa frontera es porosa. Han aparecido formas de violencia originadas en actividades delincuenciales que reproducen las maneras de actuar de las insurgencias armadas que subvierten el orden jurídico de los Estados. Organizados al modo militar como ciertas organizaciones armadas del narcotráfico (los Zetas mexicanos son el mejor ejemplo) que operan en México, en Colombia, en Centroamérica, en Afganistán y en Myanmar, obligan a los Estados a combatirlos de modo militar. La comunidad internacional empieza a verse implicada en decisiones que ponen a prueba un derecho consolidado. El lenguaje, y no sólo el coloquial, sino también el oficial de los Estados, confunde: se habla de “guerra contra el narcotráfico” o de “guerra al tráfico de personas”. “Horrorosa pero ordenada, la guerra era clara” escribió un general francés¹⁴⁶. Hoy es el reino de las incertidumbres.

¹⁴⁶ LE BORGNE, C., *La Guerra ha Muerto*, Ediciones Ejército, Madrid, 1988, pag. 13

2. ¿ MISIONES MILITARES O MISIONES POLICIALES ?

En Octubre de 1977 fue secuestrado un avión alemán de pasajeros por un grupo de dos hombres y dos mujeres pertenecientes al Frente Popular de Liberación de Palestina y después de un periplo por varios aeropuertos, fue llevado al de Mogadiscio, la capital somalí. Allí, un comando del GSG-9 de la Policía Federal de Fronteras alemana, asaltó el avión y en una operación espectacular mató a tres terroristas y dejó herida a una cuarta que pudo ser juzgada. El ataque fue tan sorpresivo y tan eficaz el uso de granadas de humo y sonido para paralizar momentáneamente a los secuestradores, que los policías armados de subametralladoras y armas cortas, pudieron abatir al grupo del llamado Ejército Rojo Fracción Alemana (mejor conocido como Banda Baader-Meinhof)

Un año antes, el coronel Ulrich Wagener organizador del GSG-9, había participado en el rescate que hizo el Ejército de Israel en el aeropuerto de Entebbe (Kampala, Uganda) una de las operaciones antiterroristas más sensacionales de todos los tiempos. En el caso de Mogadiscio fue un grupo policial, de una policía militarizada y de un comando con entrenamiento típicamente militar, y en el segundo caso, el de Entebbe, fue una fuerza militar la protagonista. ¿Existe alguna diferencia por la adscripción, militar o policial, en el tipo de operación realizada? En ambos casos se operó con iniciativa en el uso de las armas contra grupos considerados enemigos, en una actuación típicamente militar. Pero, también una policía puede acudir a la iniciativa en el uso de las armas cuando en el desarrollo de la comisión de un delito (como fue el caso del secuestro del avión de Lufthansa) el grupo terrorista demuestra que está dispuesto a usar las armas antes que rendirse y, además, ya había asesinado al piloto del avión. En el fondo, la actuación fue igual. La imposibilidad de diferenciarlas nace de la amenaza enfrentada, antes que de la naturaleza militar o policial de los rescatadores.

Para el ofensor, el grupo terrorista, su actuación fue un acto de guerra. Para los ofendidos, las sociedades y en su nombre los Estados, el acto fue un delito. Para unos un acto político, para los otros un acto criminal. La asimetría en la calificación también contribuye a llenar de zonas grises las fronteras entre lo policial y lo militar. Desde el final de la segunda guerra mundial, el problema se agudiza en la misma medida en que la irregularidad se extiende por todos los conflictos armados del planeta. El asunto va más allá de las luchas que pueden calificarse como guerras o al menos “conflictos armados” y engloba a formas delincuenciales organizadas y hasta transnacionales provistas de grupos armados ilegales que defienden negocios grandes y poderosos.

3. LOS TERRORISMOS NO REVOLUCIONARIOS Y LOS NEGOCIOS ILEGALES

En América Latina, Asia y África, especialmente, pero también en los Balcanes y en el Cáucaso, se han dado conflictos en los que grupos armados para defender actividades económicas ilegales de tamaño considerable (tanto que requieren de fuerzas propias para defenderse de los Estados, de la competencia, o de ambos en muchos casos) actúan de manera militar, o mejor paramilitar, y

protagonizan acciones asimilables a hechos de guerra por el nivel de confrontación alcanzado. Incluso, el desarrollo de las luchas planteadas lleva a proveerlos de objetivos políticos, que si bien no son revolucionarios, si implican objetivos de tipo limitado en campos netamente políticos. Un ejemplo claro de ese paso de lo puramente delincencial a lo político, se dio precisamente en Colombia.

En Colombia se presentan todas las modalidades del terrorismo político. Hay terrorismo revolucionario ejecutado como táctica auxiliar de las guerrillas, hay terrorismo represivo ejecutado por grupos paramilitares y hay terrorismo de alcances políticos limitados, el sub-revolucionario, ejecutado por organizaciones de narcotráfico. Estos dos últimos son del tipo que interesa para la ilustración del planteamiento. Se trata de un terrorismo que puede ser visto como puramente delincencial, sin objetivos políticos, si no se profundiza en sus causas y propósitos. El terrorismo “represivo” de los paramilitares tenía que ver con la defensa del negocio de las drogas, con procesos de expulsión de comunidades campesinas y acumulación de tierras en cabeza de terratenientes y narcotraficantes, pero también con la lucha por el dominio de territorio y población que los enfrentaba a la guerrilla, sin cuya eliminación no podía consolidarse el proyecto narco-paramilitar. La confrontación del proyecto político de las guerrillas, las alianzas con políticos locales, militares y policías, y la infiltración y control del Estado regional y local, los llevó a lo político.

El terrorismo de los narcotraficantes, especialmente el del cartel de Medellín en los finales de los años ochenta y comienzos de los noventa, no sólo tuvo consecuencias políticas (en lo nacional y en lo internacional) sino, también, objetivos políticos. La agresión contra la sociedad tenía como finalidad la abolición de la extradición de nacionales colombianos (el grupo se denominó “Los Extraditables”) y el castigo de funcionarios, mayormente de justicia y policía, que obstaculizaban el negocio ilegal. Más todavía, el cartel de Medellín intentó paralizar brutalmente a estas instituciones con acciones tan violentas como el asesinato indiscriminado, sistemático y masivo de agentes de la policía en Medellín. La dimensión política se hace clara en la voluntad de contrastar y tratar de obtener el cambio de políticas de Estado, leyes y acciones judiciales. Es el llamado “terrorismo subrevolucionario”.

El combate a este tipo de terrorismo se mantiene todavía en el terreno de lo policial, presidido, obviamente, por un enfoque de derechos humanos en cuanto a la utilización de la fuerza. Sin embargo, el Estado colombiano debe utilizar medios militares para contener bandas de sicarios con armamento sofisticado y con un poder de fuego mucho más elevado de lo que se consideraba normal en la delincuencia organizada. Los “bloques de búsqueda”, fuerzas conjuntas de militares y policías, introducían una variante que forzaba los linderos misionales y dejaba indefinida la vieja diferencia.

Los intentos de captura de Pablo Escobar alcanzaron la envergadura de operaciones típicamente militares, con asaltos helicoportados e infiltración de fuerzas considerables en áreas amplias de los campos donde se escondió, más de una vez, el capo mafioso. El lenguaje de la “guerra al narcotráfico” iba más allá de la metáfora. Pablo Escobar quiso poner de rodillas al Estado, objetivo pocas veces intentado por delincuentes y recibió de éste la respuesta que se le da a una amenaza contra la seguridad nacional. La delincuencia, antes enemiga de una sociedad defendida por un Estado, ahora trascendía a enemiga del Estado mismo. El narcotráfico en América Latina, ha tenido capacidad desestabilizadora.

El terrorismo político del tipo sub-revolucionario no ha tenido un protagonismo histórico comparable al del propiamente revolucionario. En el

pasado, los focos de atención fueron el terrorismo anarquista de fines del siglo XIX y principios del XX; luego, en el período de entreguerras mundiales, el terrorismo de extrema derecha hecho por los movimientos nazi-fascistas; más adelante, tras la segunda guerra mundial, fue el asociado a las guerras de liberación nacional y a las guerras internas revolucionarias. Hoy, el terrorismo de objetivos difusos, y de venganza y castigo, aparece con fuerza en un escenario nuevo: el de movimientos sin fundamento nacional, que en nombre de civilizaciones, culturas, etnias o religiones, se autoproclaman como los vengadores de los agravios, supuestos o reales, de civilizaciones o Estados opresores.

Esta última modalidad se asimila al terrorismo sub-revolucionario, por cuanto no tiene objetivos de cambio profundo como reformas sociales o de Estado. Incluso, no propone, de manera clara, cambios en las relaciones internacionales. Expresa apoyo a reivindicaciones de liberación nacional como, por ejemplo, las del pueblo palestino, pero no aparece como brazo armado de un movimiento concreto por objetivos también concretos. Se trata más bien, de combatir a causantes de agravios (“el gran Satán”, el imperialismo, los impíos, etc.) y castigarlos. No propone un programa político, no aclara ideologías rectoras de su actuar, distintas de interpretaciones fundamentalistas de la religión o de la moral. Es político en su intención de castigar y vengar, pero no revolucionario.

Al Qaeda, para mencionar el más destacado de los “terrorismos de castigo”, apoya causas del mundo musulmán, pero no tiene una propuesta programática como justificación de la aplicación de la violencia, o dicho de otra manera, una justificación positiva. La justificación es negativa: se sabe lo que se niega, lo que se rechaza, pero no se sabe lo que se afirma como consecuencia del castigo aplicado a un adversario. La respuesta que han recibido estas modalidades de terrorismo es militar. Las operaciones de los Estados Unidos han sido netamente militares en el plano internacional. Operaciones de guerra en Afganistán, operaciones de fuerzas especiales en casos como la muerte de Osama Bin-Laden en Pakistán, bombardeos aéreos dirigidos contra una persona específica como las muertes de los cabecillas de Al-Qaeda en Irak y Yemen.

El ciclo terrorista que se ve venir en el mundo estaría signado por la modalidad sub-revolucionaria en el nivel planetario, con objetivos diversos, incluso la defensa de negocios ilícitos. Vale anotar que, aunque el terrorismo sub-revolucionario de los narcotraficantes colombianos no fue internacional, las estructuras del negocio son cada vez más transnacionales y pueden, en un futuro, combatir medidas internacionales de control del tráfico ilícito y convertirse en fuente de terrorismo global. Los carteles mexicanos de la droga ya operan en países centroamericanos y sus alianzas con los colombianos pueden llevar pronto a acciones conjuntas. Por esa razón, conocer y explicar esa modalidad, antes no muy considerada, puede dar elementos de comprensión del fenómeno constituido por un terrorismo de objetivos políticos limitados o difusos, según el caso. Terrorismo de rechazo y no de afirmación. Terrorismo para desafiar, no para proponer. Terrorismo motivado por el lucro, o por la ira y por el fanatismo y no por una utopía.¹⁴⁷

¹⁴⁷ El gran problema para una definición del terrorismo se funda en que no es una entidad por sí mismo, no por causa de actividades específicamente terroristas, sino que se define por los propósitos de actividades que pueden ser terroristas o no. Es ese sentido hay delitos con propósito terrorista y por eso las definiciones más precisas son aquellas que lo definen por la intención del perpetrador y las consecuencias sociales de los hechos de terror.

En el proceso de caracterización del terrorismo político, ha hecho carrera la clasificación de las modalidades terroristas propuesta por Paul Wilkinson. Este autor divide el terrorismo político en tres tipos, a saber, el terrorismo revolucionario, el terrorismo sub-revolucionario y el

Las confusiones motivadas por el terrorismo contemporáneo han llevado a intentos de establecer figuras de derecho muy polémicas. Ocupa lugar especial el intento hecho por el gobierno de George Bush en los Estados Unidos, para justificar la prisión de sospechosos de pertenecer a Al Qaeda, capturados en Afganistán, principalmente, y mantenidos en la base de Guantánamo, fuera del territorio nacional de los Estados Unidos, para eludir la aplicación de las normas del derecho de la guerra. El concepto acuñado en su oportunidad por el Departamento de Justicia fue el de “enemigo combatiente” a algunos detenidos y autorizar que fueran interrogados bajo métodos que pueden ser considerados tortura.

El concepto tuvo tropiezos y fuertes críticas en todo el mundo. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos se pronunció en un caso específico y decidió que las cortes federales si pueden conocer las demandas de los detenidos en Guantánamo. Pero más allá de la repulsa justificada a los métodos empleados con los detenidos llevados a Guantánamo y con muchos otros en los teatros de operaciones de Irak y Afganistán, está el hecho de las ambigüedades existentes en los conflictos entre Estados y organizaciones no estatales, sean grupos insurgentes con objetivos políticos claros o grupos terroristas y delincuenciales que se mueven en las “zonas grises” establecidas entre el derecho penal estatal y el derecho internacional de los conflictos armados.

4. LAS BANDAS CRIMINALES COLOMBIANAS ¿OBJETIVO MILITAR?

La historia reciente de Colombia tiene muchos más ejemplos de “zonas grises” para definir la aplicación de un enfoque de derechos humanos o un enfoque de derecho internacional humanitario, y por lo tanto, para la decisión de ordenar operaciones militares o sólo policiales contra las bandas criminales al servicio del narcotráfico y otros negocios ilegales, mejor conocidas por el acrónimo BACRIM. Estas estructuras criminales son entes nacidos de la compleja mezcla del narcotráfico, el paramilitarismo y las bandas de sicarios al servicio de las “oficinas de cobro” urbanas. Tienen alcance nacional en sus operaciones y negocios ilegales, los principales de los cuales son el tráfico de drogas, la minería ilegal, el robo de combustibles, o el contrabando del mismo y su distribución ilegal, el secuestro y la extorsión.

La situación no sería tan confusa si el escenario para la distinción entre un enemigo clasificable como objetivo militar y otro que no lo sea, fuera una sociedad en paz interna y con un funcionamiento institucional normal. Pero cuando coinciden los factores de disturbios en una sociedad y un Estado, en los mismos escenarios geográficos y con formas organizativas y de actuación que puedan ser indistinguibles en un momento dado, la elección no es un asunto fácil y por supuesto, las decisiones subsiguientes no lo son tampoco. Las autoridades del Estado se enfrentan de manera permanente al problema de determinar si los niveles de las hostilidades ameritan o no, la aplicación del derecho internacional humanitario.

terrorismo represivo. El primero busca producir una revolución política y el tercero evitarla. El segundo, el terrorismo sub-revolucionario, no propende por cambios profundos de la sociedad o del Estado, y ni siquiera por un cambio de gobierno. Este tipo de terrorismo “*aspira a unos objetivos más limitados, como forzar al gobierno a cambiar su política sobre cierta cuestión, avisar o castigar a determinados funcionarios públicos o plantear un reto a unas acciones del gobierno que los terroristas consideran recusables.*” (WILKINSON, P., *Political Terrorism*, MacMillan, London, 1974)

La aplicación del DIH responde a criterios objetivos de intensidad de las hostilidades y de organización de los contendores. Tanto la doctrina como la jurisprudencia internacional insisten en que el DIH hace parte del derecho consuetudinario de los pueblos y del *ius cogens*. Por lo tanto, no es posible negar el carácter vinculante de las normas del mismo. Según la Convención de Viena de 1969, el conjunto de normas del *ius cogens*, son normas de carácter imperativo del derecho internacional general. El artículo 53 de esta Convención declara de manera precisa como “una norma imperativa de derecho internacional general 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”¹⁴⁸

En Colombia se acogió la fórmula de incorporar el derecho internacional humanitario al ordenamiento interno nacional y se advierte en la jurisprudencia que su aplicación no se desprende de caracterizaciones subjetivas, sino de circunstancias objetivas, tales como el nivel de organización de los grupos armados y del nivel de la violencia que apliquen.¹⁴⁹ Pero en la práctica no es tan fácil establecer la diferencia. Fijar un límite claro entre niveles de violencia no ha sido posible en la mayor parte de los conflictos armados que oscilan entre disturbios más o menos permanentes y guerras claramente definidas. En el conflicto colombiano todavía se discute en los medios académicos, si es posible hablar de guerra civil, o de conflicto de media o baja intensidad. Se rechaza casi siempre la caracterización de “guerra civil” y tampoco, en el otro extremo, la definición del conflicto como simple “amenaza terrorista” (versión oficial durante los dos períodos del presidente Uribe) La propuesta de “conflicto armado prolongado”¹⁵⁰ es la más aceptada, pero no es la más clara en cuanto precisión de un lindero entre un grado menor de violencia y otro mayor.

De todas maneras, las guerrillas colombianas no presentan mayor problema para definir las como objetivo militar legítimo. Ni siquiera durante la época de la negación oficial del conflicto impuesta por el presidente Uribe, como ya se mencionó, se dejó de operar con un enfoque de derecho internacional humanitario. Los funcionarios no podían mencionar las palabras “conflicto”, “posconflicto” o “guerra” pero el lenguaje de la guerra, el de los medios de comunicación y el de la calle, aula y café, siguió siendo el de costumbre. Hizo carrera, por esos años, en la Escuela Superior de Guerra de Bogotá, la humorada de un coronel, quien al recibir un grupo de alumnos nuevos les dirigió una arenga de bienvenida y motivación que terminó con estas palabras: ...dicho de otra manera, señores oficiales, esta guerra vamos a ganarla, “la haya o no la haya”.

El problema que plantean los ejércitos privados del narcotráfico y de otros negocios ilegales (minería ilegal, “oficinas de cobro”, robo, contrabando y tráfico ilegal de combustibles) radica, tanto en el *modus operandi*, como en el alcance político de estos grupos. En el primer punto, se puede anotar que si bien tienen capacidades para combatir de manera continua y organización paramilitar, también operan de manera descentralizada para cumplir tareas de extorsión y secuestro, intimidación de comunidades o de individuos, control del microtráfico de drogas y de negocios con apariencia legal pero controlados por las mafias. En unos casos son la organización típicamente mafiosa y en otros, grupos armados capaces de realizar tareas de combate, contra fuerzas del Estado

¹⁴⁸ Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados entre Estados, Art. 53

¹⁴⁹ Cf. Sentencia de la Corte Constitucional C-291 de 2007. Ponente: Manuel José Cepeda

¹⁵⁰ PIZARRO, E., *Una Democracia Asediada*, Editorial Norma, Bogotá, 2004, pag. 29

o contra rivales, por la competencia en las actividades ilegales o por el control de territorios y poblaciones.

El Estado colombiano ha adoptado el enfoque de derechos humanos y le ha entregado a la Policía Nacional la iniciativa para reprimir las BACRIM. Sin embargo, como se deduce de lo escrito en el párrafo anterior, estas organizaciones, en algunos casos, pueden superar las capacidades puramente policiales y requerir un tratamiento militar. En el Manual de Derecho Operacional expedido por el Comando General de las Fuerzas Militares, que reúne las normas y principios reguladoras del uso de la fuerza, desde lo constitucional y legal hasta los niveles tácticos de las reglas de enfrentamiento, se estableció un procedimiento para determinar el carácter de las operaciones y establecer cuáles y cuándo se deben adelantar bajo preceptos de derecho internacional humanitario y cuando la fuerza militar debe asistir a la Policía Nacional. El procedimiento acordado se transcribe a continuación y luego se anotará el conjunto de dificultades prácticas que trae consigo. La transcripción, aunque parezca prolija y muy local, se hace porque ilustra uno de los problemas más difíciles de resolver en un conflicto irregular y confuso. Derecho y burocracia se estrellan contra realidades parcialmente inasibles con los instrumentos más corrientes de los Estados.

5. AUTORIZACIÓN DE OPERACIONES MILITARES EN LA LUCHA CONTRA LAS BACRIM: EL GRUPO ASESOR

Si la clasificación jurídica de las operaciones es clara, no lo es la realidad operacional. Por la profusión de organizaciones armadas ilegales que han existido y aún existen en Colombia, el oficial, el suboficial y el soldado, enfrentan situaciones de extrema complejidad, donde la aplicación de los criterios jurídicos contenidos en este Manual se convierte en un reto diario. La responsabilidad no puede recaer tan sólo sobre quienes están en el terreno, es necesario asegurar lineamientos jurídicos desde el más alto nivel.

Fundamentalmente, hay dos preguntas que responder: ¿se trata de un grupo armado organizado?; y ¿bajo qué marco jurídico se debe actuar?

La respuesta a la segunda pregunta tiene que ver con la aplicación de reglas de encuentro, que serán tratadas a continuación.

En cuanto a la primera, la respuesta es menos obvia de lo que pueda parecer. Si bien en Colombia existen organizaciones armadas ilegales como las FARC y el ELN que sin dificultad cumplen con los criterios de organización y despliegue de hostilidades contenidos en la definición de “grupo armado organizado” del CICR, y por décadas han sido combatidos como tales, hay nuevos grupos asociados al narcotráfico que el Gobierno ha denominado Bandas Criminales (BACRIM) y que eventualmente también podrían satisfacer esos criterios. Dado que la violencia de las BACRIM con frecuencia sobrepasa la capacidad de la Policía Nacional, tanto por su intensidad como por su despliegue territorial, es necesario establecer cuándo y cómo las FFMM deben actuar en apoyo a la Policía Nacional en su lucha contra las mismas. Para ello, el Comando General de las Fuerzas Militares ha expedido dos directivas. La Directiva 208 de 2008 y la Directiva 216 de 2009, establecen:

- *El procedimiento para determinar cuándo un grupo armado, y en particular una BACRIM, alcanza un nivel de violencia y organización que*

implica la existencia de una situación de hostilidades, y por lo tanto supone la necesidad de desplegar a las FFMM; y

• El procedimiento a seguir una vez el Grupo Asesor del que trata la Directiva 208 de 2008 haya determinado las BACRIM contra las cuales las FFMM pueden actuar. Sin perjuicio de los lineamientos del Grupo Asesor sobre las BACRIM que eventualmente pueden ser objeto de operaciones militares en apoyo a la Policía Nacional, las FFMM tienen la obligación, utilizando la tarjeta azul (ver abajo), de actuar contra cualquier grupo de BACRIM que detecten o sobre el que reciban indicios de presencia dentro de su jurisdicción, como es su deber hacerlo contra cualquier grupo armado ilegal en cumplimiento de sus obligaciones constitucionales.

a. Requerimiento

El procedimiento de autorización inicia con un requerimiento de reunión del Grupo Asesor, proveniente de:

(1) El Director General de la Policía Nacional cuando se presenten amenazas que rebasen la capacidad operativa de la Policía Nacional; o,

(2) Los Comandantes de Fuerza o División o sus equivalentes en la Fuerza Aérea y la Armada Nacional, cuando consideren que existe una situación que podría estar rebasando la capacidad operativa de la Policía Nacional y piden ponerla de presente a esta institución.

b. Conformación del Grupo Asesor

Cuando la Policía Nacional presenta una solicitud, el Jefe de Estado Mayor Conjunto convoca a reunión del Grupo Asesor al Jefe de Inteligencia y Contrainteligencia Conjunta, al Jefe de Operaciones Conjuntas, al Inspector General y al Asesor Jurídico Operacional del Comando General. El Grupo Asesor será presidido por el Comandante General de las Fuerzas Militares

Adicionalmente, puede extender invitación a:

• Los Comandantes de Fuerza, el Viceministro para las Políticas y de Inteligencia y Operaciones de las Fuerzas, y los Comandantes y miembros de los Estados Mayores de unidades, según sea el caso.

• El Director General, el Director de Inteligencia y el Director de Seguridad Rural de la Policía Nacional;

• El Director del CTI y el Director Nacional de Fiscalías en representación del Fiscal General de la Nación o su delegado; y

• Otros funcionarios según las necesidades de los temas por tratar.

c. Funciones del Grupo Asesor

El Grupo Asesor tiene las siguientes funciones:

• Evaluar la información de inteligencia contenida en la matriz de nivel de hostilidad y organización de las agrupaciones ilegales que delinquen en el país (ver literal d infra); y

• Asesorar al Comando General de las Fuerzas Militares sobre el apoyo militar a la Policía Nacional para combatir una agrupación ilegal en particular.”

¹⁵¹

Las dificultades nacen del carácter burocrático del mecanismo de decisión. En el papel, la intención de proteger los derechos y diferenciar las situaciones que requieren de un enfoque de DDHH, de aquellas que permiten el

¹⁵¹ Comando General de las Fuerzas Militares, *Manual de Derecho Operacional*, Bogotá, 2009, pags.97 a 99

recurso al derecho de urgencia que es el DIH, resulta precisa e impecable. En la práctica de un conflicto irregular plagado de ingredientes que lo hacen confuso, como las actividades vinculadas al narcotráfico y a otros tipos de negocios clandestinos, como el paramilitarismo aupado por terratenientes y narcotraficantes, como las bandas de propósitos múltiples (extorsión, secuestro, contrabando de armas, explosivos, combustibles y otros) y la existencia de unas guerrillas que se acercan a todos esos mundos socialmente “subterráneos”, las cosas son a otro precio.

Los militares que patrullan día y noche por toda la geografía nacional saben muy bien que en cualquier momento y circunstancia se pueden ver envueltos en un encuentro armado. Los combates de una guerra de guerrillas son con frecuencia, combates de encuentro y la más mínima duda que se traduzca en tardanza o en desconcierto, la menor indecisión para actuar de acuerdo a un entrenamiento devenido casi en conducta instintiva, puede significar muerte y derrota. El uso prescrito de las tarjetas azul (situaciones que ameritan un enfoque de DDHH) y roja (situaciones regidas por el DIH) se sumerge, con frecuencia, en la imposibilidad de distinguir plenamente el enemigo que se enfrenta. Cuando una operación se realiza contra un blanco identificado con claridad, las normas pueden ser aplicadas sin poner en peligro a las propias tropas; pero cuando se deambula en misiones de seguridad de áreas, todo puede suceder en un conflicto como el colombiano.

En este punto aparece uno de los problemas más frecuentes de aplicación de la justicia a los militares y a los policías. Larga es la historia de la decadencia de la justicia militar en Colombia desde la década de los ochenta hasta hoy, y no es este el espacio para tratar los pormenores del proceso histórico. Baste decir que un número cada vez mayor de procesos judiciales es conocido por la justicia ordinaria. Entre una justicia castrense estigmatizada como de solidaridad de cuerpo y una justicia estigmatizada, a su vez, como inexperta, parcializada y hasta acusada, en veces, de infiltrada, hace nido la confusión. El problema afecta la calificación de los tipos de operaciones, la emisión de órdenes de operaciones y la definición de las reglas de encuentro. El esfuerzo hecho para llegar a la formulación de un manual completo de derecho operacional, encontró muchos obstáculos en la realidad. La “fricción” en la guerra, de estirpe conceptual clausewitziana, se expresó también en el plano de las normas. Se afectó también la coordinación con las autoridades judiciales, el cumplimiento del papel de primer respondiente y diversos tratamientos para situaciones típicas de un conflicto confuso.

6. EL DERECHO OPERACIONAL Y LA “GUERRA OCULTA”

La Cruz Roja Internacional define “grupo armado organizado” y su definición es el punto de partida acogido por el Comando General de las Fuerzas Militares para establecer los dos tipos generales de operaciones de las fuerzas. Para el tema que se desarrolla en este trabajo, interesa especialmente el siguiente punto de la definición del CICR:

*“...Sin embargo, el término grupo armado organizado se refiere exclusivamente al ala armada o militar de una parte no estatal: sus fuerzas armadas en un sentido funcional. Esta distinción tiene consecuencias importantes para determinar la membresía en un grupo armado organizado, en contraste con otras formas de afiliación con, y apoyo a, una parte no estatal del conflicto”*¹⁵²

¹⁵² Comando General, *ibid*, pag.95 (traducción libre del inglés de la Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el DIH, 2009, pags.33 y 34)

La dificultad en el conflicto colombiano nace de la indeterminación del carácter de algunos de los niveles de apoyo organizados por las guerrillas. Un buen ejemplo son los milicianos de las FARC, quienes además de realizar con armas funciones de control de población en muchas comunidades de las áreas con influencia de la organización, también participan en acciones armadas. No usan uniformes militares pero usan armas de tipo militar y generan un alto grado de incertidumbre entre las tropas gubernamentales. Son frecuentes las polémicas acerca de muchas muertes en operaciones: ¿se trata de combatientes sin uniforme, camuflados como campesinos inocentes, o realmente pobladores no involucrados en organizaciones armadas, caídos por error o por acción intencional de agentes del Estado?

La “zona gris” se revela tanto más amplia, si se considera que un conflicto del tipo guerra de guerrillas implica no sólo actividades de carácter militar, sino acciones dirigidas a erosionar el Estado, sobre todo en la periferia más débil, para hacerle perder credibilidad, y por lo tanto legitimidad, ante la población. La llamada “guerra oculta” es otra fuente de confusiones para la calificación del uso de la fuerza y fuente por lo tanto, de conflictos interinstitucionales en el seno del Estado. En el caso del conflicto colombiano, en un pasado reciente, finales de los años noventa especialmente, cientos de municipios fueron influidos por grupos ilegales armados de signo diverso. Muy cercano está el recuerdo de los alcaldes municipales que despachaban sus asuntos desde las capitales departamentales, porque ni siquiera podían permanecer en sus sedes sin peligro para sus vidas.

La manera de operar de los distintos grupos armados y las políticas de control de las comunidades que usan, establecen diferencias de grado en la conformación de esas “zonas grises” mencionadas. En Colombia es notoria la diferencia en el *modus operandi* de las dos principales guerrillas, en lo atinente al tratamiento de las comunidades campesinas. Mientras las FARC se inclinan por un control de la población muy pragmático y militar, el ELN mantiene un modelo miliciano de sus combatientes y de organización de las comunidades. El guerrillero del ELN es militar de “medio tiempo” puesto que pasa parte del mismo en la guerrilla y otra parte en trabajo político y social con las gentes del campo. Las organizaciones de base resultantes, son una forma de control “delegado” de la población, lo cual no deja de producir conflictos dentro de las comunidades y en el pasado esto se reveló como una debilidad ante el paramilitarismo, porque estos últimos, tan presentes en el tejido social como las guerrillas, identificaban fácilmente los apoyos sociales mediante el expediente de explotar los resentimientos generados por los vecinos dominantes.

Las FARC son, entonces, un ejército permanente más nítido que el ELN y su práctica de control por el terror, sin delegación, y su mayor nomadismo, impide en parte las fricciones que delatan los apoyos. En parte, porque en las zonas históricas de las FARC, allí donde han permanecido por décadas, mantienen organización miliciana (pero la población es más homogéneamente afecta a la guerrilla) la que no deja de generar, eventualmente, resentimientos y disputas.

Para las fuerzas del Estado, la manera de tratar las organizaciones que no son armadas en apariencia, diferentes de los grupos coloquialmente llamados “enfusilados”, es decir combatientes francos, es bien difícil. Esta dificultad, por supuesto no es nueva, pero no por conocida en los anales del derecho internacional, es fácil de resolver. La justicia se encuentra con frecuencia atrapada en las marañas de las ambigüedades que produce la irregularidad en sus distintos grados y matices. No importa que el derecho penal, tanto nacional

como internacional, consagre causales eximentes de responsabilidad: la niebla produce visiones borrosas.

En materia de causales eximentes de responsabilidad penal o de inculpabilidad, no es fácil desenredar las marañas que se producen en situaciones extremas. Precisar los límites de la obediencia debida, o verificar la calidad de la información para aplicar el principio de distinción, o los casos fortuitos y la legítima defensa, el miedo insuperable, la coacción ajena o el error, para no mencionar sino las causales más comunes, se ha convertido en un factor de conflicto continuo entre militares, policías, fiscales, jueces y académicos. A los sufrimientos materiales producidos por el conflicto se suman los morales y entre estos, los mencionados no son los menores en la historia atormentada del último medio siglo.

7. LAS DIFICULTADES PARA SUPERAR LAS INDEFINICIONES

Hace medio siglo exactamente, Carl Schmitt terminó su “Teoría del Partisano”. Se puede disentir del punto de partida metodológico de Schmitt por nihilista, por ideológico, por su entronque con la derecha más tradicional o por cualquier otro motivo. Pero no se puede negar ni la creatividad, ni la agudeza, ni la actualidad de aquella obra. Sorprende la visión anticipada de fenómenos que hoy apenas se concretan, la perspicacia para entender como la irregularización de la guerra es un proceso progresivo y creciente, y para estimar en su justa medida la significación del partisanismo frente al orden impuesto por el derecho de la guerra a los conflictos interestatales. Están presentes los factores desintegradores introducidos por la irregularidad y, entre éstos, el fenómeno llamado por los psicólogos, de la “identificación con el enemigo”, que puede derrumbar las nociones más preciadas de humanidad, de regulación jurídica y de duelo caballeresco.

Schmitt comienza con la resistencia española a la ocupación francesa, a partir de 1808 y en sus desarrollos encuentra la terrible realidad de los métodos irregulares. Textualmente expresa en los inicios de su escrito: *“En el círculo infernal de terror y contraterror, la lucha contra los partisanos suele ser, muchas veces, el fiel reflejo de los métodos de los partisanos mismos. Hay una frase famosa, que se suele citar como orden de Napoleón al general Lefèvre, del 12 de septiembre de 1813, y que no perdió nada de su actualidad y exactitud: con partisanos hay que luchar a la manera de los partisanos, il faut opérer en partisan partout ou il y a des partisans”*¹⁵³

Alrededor de la identificación con el enemigo se da la degradación de los conflictos: si el otro lo hace, yo también puedo y debo hacerlo. En el lado opuesto de esta concepción está el derecho, y para reforzarlo, la experiencia histórica: luchar dentro de las normas del derecho es rentable. Lejos de ser un obstáculo, la aceptación y práctica de las regulaciones legitima al Estado. No se conoce una democracia y un Estado de derecho derrotados por una guerra de guerrillas en la era contemporánea. Pero el derecho necesita desarrollos nuevos para afrontar situaciones antes no previstas. En la medida misma en que la enemistad es llevada a lo absoluto, el derecho creado para la enemistad acotada, se revela insuficiente.

El conflicto colombiano ha padecido toda la gama de confusiones, y de degradación, que nace de la incapacidad para encontrar instrumentos que lo regulen. Ante un enemigo implacable que no vacila en métodos y un Estado que no siempre puede evitar que sus agentes actúen como adversarios homólogos

¹⁵³ SCHMITT, C., *Teoría del Partisano*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966, pag.

para convertir el conflicto en un juego de espejos, se vuelve un ejemplo trágico de la pérdida de los acotamientos y de la inexistencia de mecanismos internacionales eficaces para hacer efectivo, una vez perdido el *ius ad bellum*, por lo menos el *ius in bello*. Nuevamente, la enemistad en los conflictos que ponen en trance existencial a las sociedades, impone las condiciones. Si la guerra tiende a los extremos, el derecho debería llegar también a esos mismos extremos para someterlos. Pero la realidad es la marcha a las enemistades profundas, como lo muestra el estado del arte en materia de propuestas estratégicas para el reemplazo de la guerra clásica.

Ha hecho carrera una proposición que confirma la tendencia a las enemistades absolutas y a la derogación de las regulaciones y es la que se ha dado en llamar “de los coroneles chinos” (por una obra que se convirtió en lectura obligada para los estrategas) Los coroneles Qiao Liang y Wang Xiangsui, escribieron el libro “La Guerra Irrestricada” cuya esencia está dada por la frase siguiente: “*la primera regla de la guerra irrestricada es que no hay reglas.*” Nada está prohibido. La formulación es ominosa, pero las formas que tiende a tomar el terrorismo contemporáneo hacen pensar que la degradación de los conflictos puede ir más lejos todavía.

¿Cómo superar las indefiniciones del derecho en la aplicación práctica? Es necesario producir desarrollos normativos y de interpretación, pero el empeño chocará, seguramente con obstáculos severos. Las nociones de “enemigo combatiente” y de “objetivo militar legítimo” están en crisis. Pero cualquier intento de cambio choca con la realidad que, a veces, parece caótica del derecho penal. El mundo avanza en integración económica y política, construye arquitecturas institucionales supraestatales en muchos campos, los Estados hacen cesiones de soberanía para la defensa colectiva o cooperativa y hasta en en materia de justicia y sobre todo en justicia económica (para el comercio, para la explotación de recursos naturales, para proyectos de infraestructura, etc.) Pero en materia de interior y justicia penal, el avance es mínimo y cuando se alcanza algún avance, queda de relieve que es el sector más difícil y más atrasado en los procesos conocidos de integración.

La razón es clara: interior y justicia penal son los últimos reductos de la soberanía de los Estados. Éstos encuentran, más fácilmente, intereses compatibles en lo económico, en lo político y en materia de defensa externa. Pero el dominio sobre sus ciudadanos sigue siendo campo de soberanías excluyentes. Los Estados no se ponen de acuerdo en definir, por ejemplo, tipos penales comunes para facilitar la persecución al delito internacional, y mucho menos en acordar códigos penales comunes. Tampoco es fácil construir aparatos policiales comunes como se puede ver en las vicisitudes de Europa para llegar a Europol, a pesar del avance considerable en planos políticos y económicos.

Colombia, para volver al caso que ocupa como tipo ejemplar estas notas, vive la situación en torno al narcotráfico y en torno a las guerrillas. La colaboración judicial con los Estados Unidos se da en el marco de unas relaciones de Estado patrón a Estado cliente. La posibilidad de una colaboración con la región latinoamericana ha sido anulada por una historia tortuosa de evasión vecinal frente al problema colombiano. La arena de encuentro y cooperación que es Naciones Unidas tampoco ha sido fértil para empeños de acuerdo en las materias del derecho penal y del derecho internacional relacionadas. La ONU no ha podido siquiera imponer una definición común, universal, de terrorismo, para guiar la conducta internacional frente al fenómeno violento.

Muchas cosas deben cambiar. La noción, mencionada ya, de objetivo militar, es un traje que le queda corto al usuario. Las fronteras entre misión militar y misión policial se borran cuando se trata de las nuevas amenazas al orden político. La guerra misma como concepto, está en los limbos de la indefinición, por lo menos desde el fin de la segunda guerra mundial, cuando ya afloraron alguno de los problemas que aquí se discuten. Soldado, guerra nacional, enemigo respetado, derecho internacional humanitario, medios y métodos aceptados de hacer la guerra, son todas nociones sitiadas.

En conclusión, el camino hacia una adecuación del derecho internacional de los conflictos armados para ponerlo a tono con las transformaciones de los fenómenos violentos en general, y de la guerra en particular, parece que será tan largo como lo pedía Kavafis para el viaje a Ithaca. Pero comienzo tienen las cosas y comenzar a plantear el problema es avanzar. La guerra clásica ya no existe. Los Estados mismos están dispuestos a pasar sobre el derecho, cuando su defensa se ve impotente frente a las asimetrías de poder aplastantes que hay en el mundo de hoy. El “todo vale” se impondrá si no se encuentra la capacidad constructora de institucionalidad mundial que lo detenga.

VI. NUEVAS PERSPECTIVAS DEL CONFLICTO ARMADO COLOMBIANO

Prof. Dr. Roberto González Arana.
Universidad del Norte de Colombia

La confrontación armada en Colombia tradicionalmente se ha descrito como un proceso con una duración de más de cinco décadas. Sin embargo, desde un punto de vista analítico compartimos la visión de que este conflicto no puede simplificarse a ser leído como el mismo desde sus inicios. Más aún, “se presume que la confrontación que comenzó hace cinco décadas no es ni siquiera cercana, por estructura y funcionamiento a la actual. Actores, territorios y dinámicas se han sumado a lo que en un principio fue una guerra de insurgentes contra gobiernos por razones de poder” (Salamanca, Manuel, 2010, p.82).

Esto permite explicar el que una particularidad del conflicto colombiano es “la increíble capacidad de los actores armados de aprender, adaptarse y mutar”¹⁵⁴ pues mucho va desde las guerrillas guevaristas de los años de la guerra fría a la insurgencia aliada con el narcotráfico o las autodefensas campesinas liberales a las llamadas bandas criminales de hoy (Bacrim).

Para comprender mejor las raíces de la violencia actual resulta útil remitirnos brevemente al pasado a fin de hallar nexos entre el conflicto actual y la compleja historia del país.

Si bien es cierto la violencia ha sido un proceso estructurador y a veces decisivo de la historia colombiana también es pertinente decir que una historia violenta es común a la historia de la humanidad en su conjunto, y una de sus principales características es su universalidad.

Ahora bien, al parecer, hay un hilo conductor asociado a *cultura política y violencia* en Colombia y por tanto, pareciera que en el país nos hemos habituado a resolver los conflictos a través de la violencia, particularmente porque las luchas sociales “históricamente han sido percibidas como subvertoras del orden” (Vargas, Alejo).

También las guerras civiles fueron una constante en la historia republicana de Colombia y se gestaron para dirimir intereses políticos y económicos. A decir de Rafael Pardo, en la Colombia del siglo XIX “era fácil irse a las guerras por la abundancia de armas que habían quedado de la independencia, por la militarización de la sociedad que resaltaba la autoridad de los altos oficiales por sobre el resto de la población.” (Pardo, 2010: 455).

También en este siglo, los artesanos se enfrentaron al establecimiento, organizando movilizaciones para reclamar sus derechos. No debe sorprendernos entonces que el siglo XX haya despertado con una guerra civil (la de los mil días), evento en el cual el país no sólo sufrió consecuencias en pérdidas de vidas sino también su economía recibió un gran golpe. Era tal la desolación que, como lo anotan algunos autores, “Si Colombia hubiera hecho un esfuerzo intencional por defraudar las esperanzas que se cifraron en la nueva nación independiente, no habría podido hacer un trabajo mejor” (Montenegro y Rivas, 2005: 19).

¹⁵⁴ “Los conflictos largos suelen terminar con victoria militar”, Entrevista, Revista Semana.online, octubre 3, 2009, consultado febrero 15, 2012).

Por supuesto, desde los tiempos en que se andaba en el país *a lomo de mula* hasta hoy han pasado muchas décadas, al punto que la economía colombiana, es casi cien veces más grande que a comienzos del siglo XX y el ingreso per cápita es diez veces más alto. Claro, hemos avanzado mucho pero lentamente en el contexto regional por infinidad de factores, tanto ajenos al país, como ligados a la clase política, al modelo socioeconómico, a la violencia y la exclusión, y por supuesto al conflicto armado interno.

1. ESTIGMATIZACIÓN DE LA PROTESTA SOCIAL

Las primeras generaciones obreras en el país fueron reprimidas por el Estado. Dado que no existía protección estatal para los trabajadores a través de leyes laborales, los empresarios se complacían dividiendo al movimiento obrero. De esta forma, “la protesta social, sindical y ciudadana fueron criminalizadas tempranamente. La movilización era considerada acción subversiva y el trabajador, el ciudadano, el campesino y el indígena eran tratados como enemigos de la sociedad” (Torres, 2010, p.79). Al Estado le inquietaba que los vientos liberadores originados en de Europa (revolución rusa), México (revolución agrarista) y Argentina (revuelta estudiantil de Córdoba) influyeran en los trabajadores y sus líderes. En este periodo se fueron elaborando diversos “mecanismos de control” para contener los vientos de cambio. Sobresalen la vigilancia policial (financiada por la Tropical Oil Company) y los sermones de la Iglesia para alejar *a los indeseables*.

A la par con la persecución al incipiente movimiento sindicalista, el Estado colombiano lideró una batalla sin cuartel contra los líderes extranjeros que alimentaban el sentimiento revolucionario de la época. Es así como en febrero de 1924, el peruano Nicolás Gutarra dirigente de la liga de inquilinos de Barranquilla, fue expulsado del país acusado de anarquista. En 1925 el gobierno colombiano también expulsó al inmigrante ruso Silvestre Savinsky, propietario de una lavandería en Bogotá en donde tertuliaban simpatizantes de ideas socialistas. En ese año se expulsó también al bacteriólogo alemán Rodolfo Von Wedel. En 1927 sacaron del país al dirigente italiano Vicente Adamo y al griego Evangelista Priftis por participar en la Sociedad de Obreros Libres. Se destacan finalmente los procesos contra los españoles Mariano Lacambra, Elías Castellanos y el italiano Genaro Turino, todos acusados de anarquistas (Archila, 1991: 236-237).

2. PROTESTA Y MOVILIZACIÓN SOCIAL (SEGUNDA MITAD DEL SIGLO XX)

Un importante estudio del historiador Mauricio Archila da cuenta que un 23,9% de protestas sociales en Colombia (1958-1990) se dieron motivadas por el tema de la tierra. El otro 16% de las protestas estuvo motivado por condiciones laborales o falta de empleo. El 14% siguiente de los motivos de las revueltas ha sido la violación de acuerdos, o pocas leyes que regulen los conflictos sociales. El 11% de las protestas ha estado motivado por la precaria prestación de servicios públicos domiciliarios. El último 8% se origina por la lucha a favor de los derechos humanos (ARCHILA, 2003, p. 234-235).

3. ¿DEMOCRACIA LIBERAL?

Por medio de la historia oficial se nos ha enseñado que por no haber tenido dictaduras militares como en la mayor parte del Continente en Colombia tenemos una democracia. Sin embargo, el funcionamiento de las instituciones no ha sido la regla pues desde 1948 y en treinta años (1958-1988) de gobiernos liberales y conservadores, el Estado de Sitio ha tenido vigencia más de veintidós años, ante lo cual el poder Ejecutivo se convirtió en un verdadero Poder Legislativo utilizado para fines militares de restricción de garantías individuales (derechos a huelgas, locomoción, libertad de prensa (MEDELLÍN, P. 2002).

A pesar de la sistemática utilización de la violencia por parte de actores políticos y civiles se han respetado los periodos institucionales de los gobernantes; durante el Siglo XX, sólo se presentó un golpe militar en 1953, relativamente consentido por las élites políticas (Tirado, 1989). Esto no significa que tengamos una democracia plena, más allá de la que O'Donnell denominase *democracia delegativa*.

Contrario a lo que se supone, al analizar la democracia en Colombia o su ausencia, no debemos olvidar que su grado de desarrollo o vigencia no ha guardado un orden homogéneo y simultáneo en todo el país pues han existido grandes ciudades donde en la mayoría de sus localidades se ha impuesto algún tipo de orden democrático, al tiempo que han existido regiones enteras dominadas por los *señores de la guerra* o guerrillas, o donde se disputan su control al margen del Estado central” (DUNCAN., G, 2006, p.36).

El Estado no ha controlado exitosamente los monopolios clásicos, que se supone son la pretensión estatal en cualquier sociedad: Violencia, dominio territorial, justicia y tributación. Peter Waldman, describe esta situación de la siguiente manera: “Si bien en casi ningún país latinoamericano el Estado ha logrado imponer el monopolio de la coacción hasta en sus últimas consecuencias, en Colombia la crisis de autoridad y de legitimidad estatales han ido agravándose periódicamente hasta causar una verdadera disolución del Estado” (Waldman, 1997: 37).

En este sentido, diversos autores (Schelenker e Iturre (2006), Salazar y Castillo (2001), Soto (2001), Rangel (1999) y Medina (1990), coinciden en que el Estado colombiano históricamente ha mantenido una “presencia” diferenciada en el territorio nacional. En este sentido, “presencia estatal” se debe entender como el cumplimiento permanente de las obligaciones primarias tales como: impartir justicia, brindar seguridad y garantizar la prestación y acceso a servicios públicos básicos a todos sus ciudadanos. Si bien esta definición se presenta como poco elaborada, lo que se busca destacar es que la presencia del Estado, no sólo se limita a la instalación física de sus instituciones, sino que además, estas instituciones deben prestar las funciones para las cuales fueron concebidas. En otras palabras, la continuidad del Estado colombiano, ha sido fragmentada, ya que mientras ha logrado integrar a sus dinámicas políticas, jurídicas, económicas y sociales a los centros urbanos, vastas zonas periféricas del mismo, se encuentran excluidas y marginadas de sus servicios básicos, posibilitando la aparición y consolidación de poderes paralelos, basados en la fuerza y el uso de la violencia. En estas zonas carentes de Estado, las organizaciones paramilitares y guerrilleras se convierten en gérmenes de orden. Ya que se cumplen 10 años de las negociaciones del Caguán esta zona se constituye en un buen ejemplo de un territorio en donde el Estado colombiano en aras de la negociación, cedió su poder a las guerrillas de las Farc.

María Teresa Uribe (2001), ha descrito espacios del territorio en los que el poder institucional no es soberano y en los que amplios sectores sociales manifiestan la abierta voluntad de no someterse al orden estatal y resistirse a su control, dejando latente la posibilidad de confrontarlo con las armas. Allí la violencia se convierte en el medio utilizado para la resolución de las tensiones y los conflictos sociales, y quienes la administran o ejercen, pasan a ser el elemento dinamizador del desarrollo de la vida en común.

A juicio de Alejandro Reyes, el primer error estratégico del Estado Colombiano, que terminó propiciando el surgimiento de las guerrillas en los años sesenta, fue “aplantar con represión militar las movilizaciones pacíficas de las organizaciones campesinas y por tanto cerrar la vía reformista” (REYES, A, 2008, p.2).

Al evaluar las raíces de lo que se ha denominado el conflicto armado en Colombia, surgen diversas posturas sobre las causas de su larga duración, lo cual se suele resolver a través de disímiles planteamientos, que van desde hallar la génesis del mismo en la postergación indefinida de la construcción de un verdadero Estado-Nación, al cierre de oportunidades a la libre participación política; a la exclusión y la violencia; a las inconsistencias de un Estado históricamente débil; a la habilidad de unas guerrillas que lograron mutar y mantenerse, luego de la caída del bloque socialista; a la marginalidad de la izquierda no armada colombiana, con poco éxito político en el concierto nacional, a la penetración del narcotráfico en todas las esferas del país, a la ausencia de una verdadera reforma agraria y a la degradación de la justicia.

4. CONFLICTO Y VIOLENCIA SOCIAL

Según Gonzalo Sánchez, una particularidad del conflicto colombiano (desde los años ochenta) es “la multiplicidad de violencias en términos de sus orígenes, objetivos, geografía, modus operandi y estrategias”. Añade también que “en los mismos escenarios se pueden encontrar, el crimen organizado, la lucha guerrillera, la guerra sucia y la violencia difusa” (SÁNCHEZ, G 2004, p. 22). Todos estos hechos han conducido a *generar una imagen internacional muy negativa del país*, máxime cuando la corrupción y el crimen han enfrentado a un Estado permisivo con el narcotráfico y vulnerable.

Ahora bien, se sabe que desde mitad de los años noventa pareció que el conflicto llegó a ser el mayor problema de seguridad para el Estado pues debilitó las instituciones, lo cual hizo posible que las redes del narcotráfico, la corrupción, los grupos armados e incluso jóvenes y viejos caciques penetraran las instituciones al punto que hablamos de la *criminalización de la política* en el país.

5. DESARROLLO Y DESIGUALDAD

Al analizar temas puntuales como el desempleo, la informalidad laboral, la pobreza, la repartición de tierras e incluso la escolaridad, hallaremos que el panorama no es halagador, máxime en algunas regiones del país ya que existen “varias Colombias”. La de las grandes ciudades y zonas comerciales (Bogotá, Medellín) y la de los grandes cinturones de pobreza y marginalidad. Así por ejemplo, en el periodo 2005-2008 la economía colombiana creció sostenidamente a cifras récord. Sin embargo, en el mismo lapso, la pobreza y el desempleo no cedieron. Claro, el presupuesto de guerra si aumentó significativamente hasta alcanzar el 6% del PIB frente al 0.5% en salud y las

exenciones al gran capital también equivalieron al 5% del PIB en los tiempos de Uribe Vélez.

6. CONFLICTO, NARCOTRÁFICO Y DIMENSIÓN INTERNACIONAL

Con la finalización del conflicto Este-Oeste, las guerrillas latinoamericanas perdieron además de su paradigma, el apoyo político y militar para sus luchas. No obstante, para el caso colombiano, los grupos armados ilegales del país antes que perecer, encontraron en su alianza con el narcotráfico la mejor manera para sobrevivir y expandirse. Por lo tanto, progresivamente la guerra para combatir el narcotráfico en Colombia se convirtió también en la lucha en contra de los grupos armados. De lo anterior se colige que evidentemente, el ingreso de los grupos armados a la cadena internacional del tráfico de drogas ilícitas les proporcionó a estos una fuente vital para su supervivencia y fortalecimiento. Tanto así, que según estudios oficiales de Planeación Nacional “entre 1991 y 1996, US \$470 millones que representan el 41% de los ingresos de las FARC, provino del negocio ilegal de las drogas. Asimismo, se estima que los grupos de autodefensa obtenían cerca de US \$200 millones, un 70% de sus ingresos de estas actividades” (DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, 2002).

A decir de algunos analistas, se podría afirmar que inicialmente se consideraba este como un asunto endógeno, *una guerra interna entre colombianos* que hoy ya ha pasado a la agenda de muy diversos organismos multilaterales. Esto debido a que el conflicto ha desembocado en una crisis humanitaria que se desbordaba a los países vecinos de tal forma que entre 1985 y 2002, más de 2 millones de personas fueron desarraigadas de sus hogares, víctimas de la creciente violencia, “generando una de las mayores crisis de desplazamiento interno de personas en el mundo” (CHERNICK, 2008). De igual forma, la agudización del conflicto y diversas manifestaciones del mismo, conectadas con las grandes preocupaciones de la agenda global (drogas, derechos humanos, migraciones y crisis humanitaria) interesa no sólo a los organismos multilaterales sino también de la Comunidad Europea.

Por otra parte, hechos como el asesinato de sindicalistas (en lo cual el país encabeza la lista mundial), la corrupción en el Ejército y los asesinatos selectivos a cargo de las fuerzas del orden (llamados de manera eufemística falsos positivos), la penetración de las mafias a múltiples instituciones y la altísima cadena de masacres (2500) y asesinatos selectivos (cerca de 15000) cometidos en los últimos 20 años, aumentan el interés y la inquietud de la opinión mundial acerca de Colombia y desvirtúan, como bien lo anota Claudia López, el mal llamado *milagro Colombiano* durante los tiempos de Álvaro Uribe. (López, C, El Tiempo, marzo 31 de 2009).

7. PROCESOS DE PAZ

La finalización del conflicto armado, deberá seguramente pasar a a larga por la búsqueda de una solución política negociada. Sin embargo, como bien lo señala Daniel Pecaut, “hay motivos para temer que, aun si esta salida se produjera, tampoco bastaría poner fin al conjunto de los fenómenos de la violencia. Muchos guerrilleros podrían zozobrar en el simple bandolerismo o preferir; como lo ha empezado a ocurrir, unirse a otras redes ilegales, sean narcotraficantes o paramilitares” (PECAUT, D. 2008, p.184).

Es de tomar en consideración y aunque no por ahora, escenario de negociación entre el gobierno y los grupos armados, es preciso que los actores se reconozcan. Es decir, que por ejemplo los grupos guerrilleros asuman “la legitimidad así sea parcial del gobierno, y que éste acepte a su contendor como un actor incurso en delitos políticos, para que de esta forma sea posible entablar con él un proceso de superación negociada de la confrontación” (Vargas, A. p.271). Asimismo, “que ese adversario tiene por lo menos un mínimo de razón en sus reivindicaciones o acciones, si bien estas no son compartidas” (Salamanca, p.83).

Dentro de los análisis sobre los conflictos armados a partir de la guerra fría, no debemos perder de vista una línea de investigación que ha planteado el debate sobre las variables sociales, políticas y económicas presentes en las acciones armadas. Esta corriente teórica, conocida como “economía del conflicto”, dirige sus argumentos en contra de las teorías que consideran que factores como la pobreza, la injusticia y la desigualdad social de las clases menos favorecidas son determinantes en el nacimiento, desarrollo y legitimación político-militar de la insurgencia. Para los investigadores de las economías de los conflictos armados la clave de la organización y permanencia temporal de los insurgentes, radica en su capacidad de acceso a recursos económicos (Camacho, 2002).

Desde esta óptica, para autores como Paul Collier la motivación de los conflictos armados es irrelevante, ya que lo único importante es la capacidad de financiamiento de la organización rebelde, de este modo, sin desconocer las causas sociales y políticas que originan los conflictos, lo determinante para el sostenimiento temporal de las acciones armadas radica en la capacidad de los insurgentes para acceder a recursos económicos (Collier, 2002).

Cabe señalar que una de las características más importantes y particulares del conflicto armado colombiano, ha sido el involucramiento cada vez más directo de los grupos armados ilegales en todas las etapas de producción y distribución de narcóticos, especialmente la cocaína y la heroína.

El economista Paúl Collier (2004), en su texto *El desafío global de los conflictos locales*, entrega el siguiente diagnóstico al respecto:

”Como lo demuestran claramente datos recabados en América Latina, la guerra civil y la producción de drogas están estrechamente relacionadas. En 1995, Colombia daba cuenta de 80.931 toneladas métricas de producción de opio y coca, mientras que Perú, devastado por la guerra en ese entonces producía 183.600 toneladas métricas de estas drogas duras. Durante los años siguientes, terminó la guerra civil en Perú, mientras el conflicto se intensificaba en Colombia. En consecuencia, la producción de opio y coca cayó a 46.258 toneladas métricas en Perú, mientras aumentaba vertiginosamente a 266.161 toneladas métricas en Colombia” (p.18).

No obstante falte mucha tela que cortar para alcanzar la paz, esto no nos impide visualizar los escenarios que a futuro nos planteará la finalización del enfrentamiento armado. Ello supondrá por ejemplo, que el Estado diseñe estrategias para garantizar el derecho de las víctimas¹⁵⁵, *y de toda la sociedad* a conocer la verdad sobre los delitos cometidos por los actores armados pues no habrá perdón y reconciliación si esta condición no se cumple.

¹⁵⁵ Los cuales parecen no ser la prioridad pues el mismo gobierno acaba de hundir la Ley de Víctimas en el Congreso de la República, luego de más de dos años de discusiones.

Según Mauricio Anchila, el abandono hacia lo social es una característica de larga duración de las elites dominantes colombianas” (ANCHILA, Mauricio, 2003, p.346) .

Otra postura reclama que tampoco hoy se puede desconocer que “los móviles de la guerra en Colombia tienen un muy alto componente político. Ni se puede decir que la motivación sea meramente criminal y económica, ni se puede cerrar la discusión llamándoles narco-terroristas” (Salamanca, Manuel, p. 82).

Resulta paradójico el que cuando se ha querido dialogar los grupos armados (Pastrana, Uribe con el Eln o los paramilitares) pasan de terroristas a guerrilleros y cuando no los convertimos e narcoterroristas y se pretende que la comunidad internacional vaya al mismo ritmo.

Según estudios de la Fundación Nuevo Arco Iris, la gravedad de la violencia ejercida por los neo-paramilitares o bandas criminales (BACRIM) ha sido reconocida por parte del gobierno y de los analistas. Y, más allá de su nombre, se ha logrado un consenso acerca de que estos grupos constituyen la principal amenaza para la seguridad en Colombia, desde hace ya más de cuatro años.

En efecto, poco después de que culminara el proceso de desarme y desmovilización de las AUC, a mediados del 2006, comenzó a hacerse evidente el aumento de las acciones violentas de estos grupos, las cuáles, desde entonces -y como muestra el gráfico que sigue- han sido de mayor intensidad que la de las FARC y el ELN sumados.

Según los datos del Centro de Recursos para el Análisis de Conflictos (CERAC), en 2010 por ejemplo, los grupos neoparamilitares perpetraron casi el doble de acciones violentas que las FARC, sin contar los combates. Aun cuando los registros judiciales no ofrecen mayor precisión sobre cuáles son los grupos responsables de los homicidios, el Director de la Policía atribuyó al sicariato, una práctica habitual de estos grupos, el 47 por ciento de los asesinatos cometidos en ese año.

Estos datos hacen pensar que, como ya en 2009 el neo-paramilitarismo lejos de ser algo coyuntural, es un elemento esencial de la transformación de la violencia en Colombia.

Para superar la exclusión no bastaría sólo con silenciar las armas asociadas al conflicto *sin antes emprender acciones para contribuir a resolver los históricos problemas sociales* de los colombianos, como la tenencia de la tierra o los desequilibrios entre las regiones más desarrolladas versus las más atrasadas. Con esta mirada se identifica por ejemplo incluso el Parlamento Europeo, instancia que ha aseverado que el conflicto en Colombia no es solo “un problema de carácter armado, sino que tiene una dimensión social y política cuyo transcurso es la exclusión económica, política, cultural y social” (RAMÍREZ, S, 2006, p.11). Obstinarsse en lo contrario sería alcanzar una paz negativa, y efímera. Para ello no es sino observar el caso de El Salvador hoy con mayores índices de violencia que en los años de guerra civil.

Ningún conflicto es igual a otro y cada uno requiere escenarios particulares para su negociación política lo cual no significa ignorar experiencias externas en búsqueda de la paz.

En Colombia, doscientos años de independencia no han sido suficientes para construir un verdadero Estado- Nación en el que sus ciudadanos se sientan verdaderamente incluidos y con igualdad de oportunidades. El que seamos el país más inequitativo de América Latina lo demuestra.

Claro, bien sabemos que, como dijera el filósofo Luis Alberto Restrepo “ninguna sociedad alcanza jamás una perfecta equidad y democracia, y es

imposible demarcar una frontera a partir de la cual se pueda decir que una sociedad determinada las ha realizado ya” (RESTREPO, L, 2008).

En 1962 casi un millón de familias trabajaban la tierra y carecían de parcelas. Hoy sólo el 10% de ellas ha recibido las tierras.

VII. LA DIPLOMACIA INSURGENTE. OTRA FORMA DE INTERNACIONALIZACIÓN DEL CONFLICTO ARMADO COLOMBIANO: EL CASO DE LAS FARC-EP ¹⁵⁶.

Prof. Dr. Luis Fernando Trejos Rosero
Universidad del Norte de Colombia

1. INTRODUCCIÓN

El propósito central de este artículo, es ubicar a las FARC-EP en el escenario internacional, dentro de la categoría de actor no estatal, categoría que se encuadra dentro de la teoría transnacional de las Relaciones Internacionales. La base sobre la que se desarrolla este trabajo, se encuentra en el concepto de actor no estatal, ya que se pretende analizar la actividad internacional de un actor ilegal colombiano, desde una categoría de las Relaciones Internacionales. Para este caso, se utilizara la conceptualización de actores no estatales en las relaciones internacionales, formulada por Esther Barbe, quien los estudia a partir de la influencia que ejercen en su área de acción. Esta autora, los define como: “aquellas unidades del sistema internacional (entidad, grupo, individuo) que gozan de habilidad para movilizar recursos que le permitan alcanzar sus objetivos, que tienen capacidad para ejercer influencia sobre otros actores del sistema y que gozan de cierta autonomía”¹⁵⁷. De la anterior definición, se desprenden tres requisitos o condiciones básicas que deben cumplir los actores que pertenecen a esta categoría: capacidad, habilidad y autonomía, de lo contrario, se corre el riesgo de caer en interminables generalizaciones, ya que hasta un turista podría ser un actor no estatal.

La definición de Barbe, se aleja de autores “restrictivistas”, como Taylor (1984), que centra su análisis solo en los actores no estatales más importantes y permanentes, definiéndolos como “transnacionales formalmente organizadas”¹⁵⁸; y Russett y Starr, que proponen una conceptualización de actor no estatal, tomando como marco contextual el sistema interestatal¹⁵⁹. La definición de Barbe, retoma elementos de Jouve, quien reconoce en el escenario internacional la presencia de actores supraestatales (empresas multinacionales, organizaciones gubernamentales y no gubernamentales internacionales) e infraestatales (grupos e individuos)¹⁶⁰; y Marcel Merle, quien define como actor

¹⁵⁶ Luis Fernando Trejos Rosero. Doctor © en Estudios Americanos (IDEA/USACH), becario MECESUP, docente e investigador del Departamento de Historia y Ciencias Sociales de la Universidad del Norte (Barranquilla, Colombia), miembro del Grupo de Investigación sobre “Agenda Internacional” de la Universidad del Norte.

¹⁵⁷ BARBE, E., *Relaciones Internacionales*, Tecnos – Madrid, 2008 pp. 153.

¹⁵⁸ TAYLOR, P., *Nostate Actors in International Politics. From Transregional to Substate Organizations*, Westview Press - Boulder, 1984.

¹⁵⁹ RUSSET, B. Y STARR, H., *World politics. The menu for choice*, Freeman and Company - New York, 1989.

¹⁶⁰ JOUVE, E., *Relations Internationales*, PUF - París, 1992.

a toda autoridad, organismo, grupo e inclusive a toda persona con la capacidad de cumplir una función de cierta relevancia en el escenario internacional¹⁶¹.

El concepto formulado por Barbe, sin perder en ningún momento la rigurosidad conceptual, es mas flexible, ya que supera variables de forma como el tamaño y longevidad del actor en cuestión, e incluye en el estudio nuevos tópicos, tales como capacidad, habilidad y autonomía, que resultan relevantes para el desarrollo de este trabajo, ya que amplía el espectro de los actores no estatales y permite la inclusión en el análisis teórico de un actor político-militar como las FARC-EP.

La caída del campo comunista, el fin de la guerra fría y el proceso de globalización, han producido una sociedad internacional menos rígida debido a la multipolaridad. Este nuevo escenario internacional que Barbe, caracteriza como heterogéneo, interdependiente y complejo, y el que según Wallerstein, ya no depende solamente de las grandes potencias, sino también de actores no estatales, dentro de los que se incluyen partidos políticos, movimientos sociales, organizaciones religiosas, sindicatos, organizaciones no gubernamentales (Derechos Humanos, ambientales), y otros tantos, que vienen desarrollando una creciente influencia en la escena internacional¹⁶². En palabras de Rosenau y Czempiel, nos enfrentamos a un mundo con varios centros que producen una amplia variedad a actores no estatales y un nuevo tipo de gobernanza, que sobrepasa a los Estados¹⁶³.

En cierta forma, la actividad internacional de las FARC-EP se encuadraría dentro de lo que Risse y Sikkink, denominan “efecto bumerán”. Este, se da cuando los grupos u organizaciones locales que se oponen a un Estado, dirigen parte de su acción política a establecer relaciones con actores internacionales, con el objetivo de encontrar aliados internacionales que se unan a la actividad de oposición¹⁶⁴, es decir, su diplomacia es alternativa y confrontacional ya que cuestiona la legitimidad del Estado colombiano. Pero también presenta rasgos de diplomacia pública, ya que gran parte de su actividad internacional busca influir de manera positiva en la percepción que la opinión pública tiene sobre su imagen de organización político-militar¹⁶⁵.

2. ACTIVIDAD POLÍTICA INTERNACIONAL DE LAS FARC-EP DURANTE LA GUERRA FRÍA (1982-1992)

Autores como la Corporación Observatorio para la Paz¹⁶⁶, Medina¹⁶⁷, Moreno¹⁶⁸ y Vélez¹⁶⁹, coinciden en afirmar que la Séptima Conferencia de las

¹⁶¹ MERLE, M., *Sociología de las Relaciones Internacionales*, Alianza, Madrid, 1991.

¹⁶² WALLERSTEIN, I., *El futuro de la civilización capitalista*, Icaria, Barcelona, 1999.

¹⁶³ ROSENAU, J., y CZEMPIEL, E. *Governance Without government: Order and change in world politics*, Cambridge University Press, Cambridge, 1992.

¹⁶⁴ RISSE, T., y SIKKINK, K. “The socialization of International Human Rights Norms into Domestic Practices: Introduction” en RISSE, T., ROPP, S. y SIKKINK, K (editores) *The power of Human Rights: International norms and domestic change*, Cambridge: University Press Cambridge, 1999.

¹⁶⁵ ARDILA, M., “Actores no gubernamentales y política exterior. A propósito del sector académico y el diseño de la política exterior migratoria colombiana”, *Revista Colombia Internacional*, No 69, 2009.

¹⁶⁶ CORPORACIÓN OBSERVATORIO PARA LA PAZ *Guerras Inútiles. Una historia de las FARC*, Intermedio Editores Bogotá, 2009.

¹⁶⁷ MEDINA, C., *FARC-EP. Notas para una historia política*, Editorial Kimpres, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2009.

¹⁶⁸ MORENO, A., “Transformaciones internas de las FARC a partir de los cambios políticos por los que atraviesa el estado colombiano”, *Revista Papel Político*, Vol. 11, No 2, 2006.

¹⁶⁹ VÉLEZ, M., “FARC-ELN: Evolución y expansión territorial”, *Revista Desarrollo y Sociedad*, No 47, 2001.

FARC, celebrada en mayo de 1982, marco un quiebre definitivo en su dinámica político-militar, ya que además de crecer numéricamente y expandirse territorialmente, definen a Bogotá como eje de su despliegue estratégico y pasan a denominarse Ejército del Pueblo (EP), todo esto en el marco de consolidación de un ejército irregular. Para ese momento, las FARC-EP empezaron a considerar fundamental la ampliación de su trabajo político con las organizaciones sociales y políticas, así como con la comunidad, para esto, todos los frentes tendrían que masificar y cualificar el trabajo con las masas, con el objetivo de conformar una sólida red de apoyos y bases sociales que aseguraran el crecimiento de la organización y por ende, el triunfo de su “revolución”. Además, en el plano internacional, se plantean por primera vez el reconocimiento internacional del carácter insurgente de las FARC-EP y el inicio de una actividad diplomática que concite apoyos para la lucha revolucionaria que desarrollaban en Colombia. En términos políticos, la Conferencia orientó como estrategia política de la organización la búsqueda de una salida política al conflicto armado, creando las condiciones de una paz duradera¹⁷⁰.

En octubre de 1983, las FARC-EP realizan el Primer Pleno Ampliado del Estado Mayor Central. En él, se actualizaron las conclusiones de la Séptima Conferencia. Al respecto Vélez, afirma que establecieron tres fases para el desarrollo de su Plan Estratégico. En la primera fase reiteran la importancia de su crecimiento como organización, para lo cual se decide la creación y desdoblamiento de frentes. En la segunda fase, debían controlar la cordillera oriental y cercar a Bogotá, con el fin de lograr el aislamiento geográfico de la capital y los llanos orientales del resto del país¹⁷¹. La tercera fase consistía en establecer una “zona liberada” en el sur y ubicar ahí un gobierno provisional que eventualmente sería reconocido por países socialistas¹⁷².

Esta última fase, aunque pudiera parecer alejada de la realidad, no lo estaba tanto, ya que según Gleijeses, quien cita textualmente un documento de la CIA: “Castro consideraba que la supervivencia de la revolución dependía del surgimiento de otras cubas (...) que Estados Unidos se vería obligado en última instancia a aceptar a Cuba cuando tuviera que hacer frente simultáneamente a varios otros gobiernos revolucionarios”¹⁷³. Para Cuba, la aparición de otro Estado socialista en la región, significaba mayores probabilidades de supervivencia y desarrollo de su proyecto revolucionario.

Lo más destacado de la Séptima Conferencia y el Primer Pleno de su Estado Mayor, es que se inicia su proceso de autonomía política (no ruptura) con respecto al PCC, desde este momento dejan atrás su imagen de campesinos rebeldes bajo la tutela de un partido poco claro frente a la lucha armada. Ahora, la vía insurreccional promulgada por el partido, dependía de la creación de un Ejército del Pueblo, que complementara y potenciara la insurrección urbana.

Esta nueva visión política, es generada por una lectura propia de la situación política colombiana, que en ese momento está marcada por un ascenso de la movilización social a través de paros cívicos, en los que conflúan diferentes sectores sociales que exigen soluciones estatales a los problemas materiales que afectaban sus condiciones de vida. Para las FARC-EP esta

¹⁷⁰ MEDINA, C., *FARC-EP. Notas para una historia política*, cit.,

¹⁷¹ VÉLEZ, M., “*FARC-ELN: Evolución y expansión territorial*”, cit.,

¹⁷² RANGEL, A., *Colombia: guerra en el fin de siglo*, Tercer Mundo Editores, Bogotá, 1999.

¹⁷³ GLEIJESES, P., “Las motivaciones de la política exterior cubana”, en SPENCER, D. (Coordinadora) *Espejos de la guerra fría: México, América Central y el Caribe*, Centro Editorial Miguel Ángel Porrás, México, 2004, pp. 161.

realidad representa en la práctica una lucha de clases, que se caracteriza por la cualificación de la clase obrera, traducida en su desarrollo organizativo por medio de los sindicatos de industria en un proceso de unidad de liberación nacional, antiimperialista y anticapitalista.

En el plano internacional influyen en las FARC-EP el triunfo de la revolución sandinista en Nicaragua (1979), la llegada al poder de Maurice Bishop y el movimiento Nueva Joya en la Isla de Granada (1979) y el ascenso de la lucha armada en El Salvador (1980- 1984) y Guatemala (1982).

La mayoría de edad de las FARC-EP en términos políticos, se inicia con la firma del cese al fuego con el gobierno del conservador Belisario Betancur, el 28 de mayo de 1984 en el marco del proceso de dialogo entre el gobierno nacional y la organización armada. Protocolizado en los Acuerdos de la Uribe. A partir de la suscripción de estos acuerdos las FARC-EP inician un proceso cuyo objetivo fundamental es la construcción de una fuerza política capaz de competir en la nueva coyuntura de apertura democrática y hostilidad militar. En julio de 1984, las FARC-EP hacen público su proceso de construcción de un programa político que sería la base de un movimiento político nacional, conformado por partidos políticos y movimientos democráticos de izquierda, con el fin de liderar la lucha de masas y establecer el derecho a la controversia política como pilar del libre ejercicio de la oposición.

Como fruto de los acuerdos de La Uribe y el desarrollo político de las FARC-EP, que ahora no solo propende por la reforma agraria, sino que también plantea reformas en la política, la educación, la administración de justicia, la distribución urbana y la nacionalización de las empresas y banca extranjera; nace la Unión Patriótica (UP), movimiento político en el que convergen las FARC-EP y el PCC, ahora como actores políticos en igualdad de condiciones. En este caso, la igualdad se traduce en que por primera vez desde su fundación las FARC tienen una agenda política diferente a la del PCC y logran incluirla en un referente político amplio en el que también participa el partido.

En su primera participación electoral en 1986, la UP se constituye en un fenómeno político, obteniendo las más alta votación de la izquierda colombiana hasta ese momento, 320.000 votos que eligieron 14 parlamentarios, 14 diputados departamentales, 351 concejales y el nombramiento de 23 alcaldes municipales¹⁷⁴. Según la Corporación Observatorio para la Paz, la UP tomo vida propia y se distancio de sus fundadores, al apartarse de la política de combinación de todas las formas de lucha y cuestionar la vía armada como medio de acceso al poder¹⁷⁵. Al respecto, Bernardo Jaramillo, dirigente de la UP en entrevista realizada por Martha Harnecker, afirmaba: “La Unión Patriótica es una organización completamente distinta a las FARC. Tiene su propia dirección y su propio programa y propuesta política (...) en el V pleno de la UP, en abril de 1987, se hace un deslinde con respecto a las FARC”¹⁷⁶.

Desde 1985 se inicia un proceso de exterminio sistemático contra la UP, encabezado por agentes estatales, paraestatales y narcotraficantes que por la omisión del Estado, en menos de 10 años logran la desaparición política de la UP, dejando un saldo de más de 4000 militantes y simpatizantes muertos. Iván Cepeda¹⁷⁷, señala tres rasgos centrales de esta persecución sistemática. El

¹⁷⁴ MEDINA, C. *FARC-EP., Notas para una historia política, cit., pp. 183.*

¹⁷⁵ CORPORACIÓN OBSERVATORIO PARA LA PAZ *Guerras Inútiles. Una historia de las FARC, cit.,*

¹⁷⁶ HARNECKER, M., *Colombia: Combinación de todas las formas de lucha*, Ediciones Suramericanas, Bogotá, 1988, pp. 5.

¹⁷⁷ CEPEDA, I., *Genocidio Político: el caso de la Unión Patriótica en Colombia* [En línea]: <http://www.desaparecidos.org/colombia/fmcepeda/genocidio-up/cepeda.html> [Consulta: 12-01-2012].

primero, es la intencionalidad de los autores de la cadena de acciones criminales de acabar con el grupo político, o por lo menos, marginar de la vida pública a sus sobrevivientes. Es por esto, que los familiares de las víctimas y los sobrevivientes del movimiento han buscado que el caso sea tipificado como un genocidio político. El segundo rasgo, es que se trata de un proceso de exterminio de una fuerza política legal dentro de un Estado considerado democrático y en el que se presume la existencia de unas instituciones ajustadas a las normas del derecho. “La ocurrencia del genocidio pone en duda tal condición democrática, y cuestiona seriamente esa institucionalidad toda vez que las modalidades de persecución utilizadas han conjugado tanto formas legales a través de disposiciones de carácter jurídico y administrativo como medidas ilegales “guerra sucia”, operaciones encubiertas, campañas de estigmatización oficial, acción paramilitar, etc”¹⁷⁸. El tercer rasgo, destaca que los graves hechos de persecución se han producido durante un largo período de tiempo que cubre dos décadas y seis gobiernos de distinto color político, poniendo en evidencia que la intencionalidad persecutoria ha perdurado en el tiempo, y ha tenido unas consecuencias determinadas para el grupo político en cuestión y para la convivencia social en Colombia.

Ante la falta de garantías de seguridad las FARC-EP retira a todos sus militantes de la UP y cuestiona la táctica eminentemente electoral del PCC, además encuadra el exterminio de los militantes de la UP y la hostilidad de las Fuerzas Armadas frente al proceso de diálogo, dentro del desarrollo de la Doctrina de la Seguridad Nacional.

Lo más relevante de esta etapa, es la autonomía política de las FARC-EP con respecto al PCC, ya que el partido privilegiaba las vías electorales, esta actitud era respaldada por la URSS, como quedo demostrado con la participación de una delegación soviética en el XIV Congreso del PCC, celebrado en noviembre de 1984, la delegación era encabezada por R.I. Kosolapov, miembro del Comité Central del PCUS y director de la revista teórica del Comité Central del PCUS “Komunist”, quien manifestó a los asistentes al congreso: “El apoyo del PCUS a la lucha del PCC, por el desarrollo independiente de Colombia en camino de la democracia y el progreso”¹⁷⁹. Debe aclararse que dichas visitas eran más que todo protocolares, como lo expresa la generalidad de las palabras del representante soviético, es decir, había un interés más formal que real. La autonomía política de las FARC-EP se reflejo también en el inicio de su actividad internacional. Así lo confirma el Comandante Bernardo, en entrevista concedida a Juan Ferro y Graciela Uribe, señaló:

“En el año 83, la Conferencia mandó y autorizó que las mismas FARC sacaran un grupo de comandantes al trabajo internacional, fuera del país. Para eso se nombró a un miembro del Secretariado, de la máxima dirección, y eso nos permitió salir a demostrar qué somos, tenemos y qué queremos para el país. Somos un ejército, no salimos a hablar que nosotros queremos organizar una guerrilla, que queremos comenzar a pensar, a ver si se pueden organizar unos frentes guerrilleros, no. Salimos al extranjero a decir: llevamos 34 años de lucha, tenemos tantos frentes, tantos bloques, nuestro comandante en jefe es Manuel Marulanda Vélez, y estos son nuestros planteamientos políticos para el país, incluida la plataforma de gobierno (...) muchos

¹⁷⁸ *Ibíd.*, pp. 2.

¹⁷⁹ VARAS, A. *De la KOMINTERN a la PERESTROIKA*, FLACSO, Chile, 1991, pp. 200.

gobiernos comenzaron a escucharnos con mucha atención, tanto en Europa como en Centroamérica (...) y en este momento podemos decir sin prepotencia de ningún tipo, que estamos siendo conocidos. Tenemos ya una personalidad política y somos un ejército revolucionario, un movimiento grande”¹⁸⁰.

3. ACTIVIDAD POLÍTICA INTERNACIONAL DE LAS FARC-EP DURANTE LA POST GUERRA FRÍA (1991-2010)

Ya durante la post guerra fría, una escuela importante para el posterior desarrollo de su actividad internacional, se dio en el marco de la gira internacional que hicieron varios comandantes de la Coordinadora Guerrillera Simón Bolívar¹⁸¹ en 1991, impulsando el proceso de dialogo que adelantaban con la administración de Cesar Gaviria. Al finalizar la primera ronda de dialogo, realizada en junio de ese año en Caracas, varios comandantes guerrilleros, entre ellos Iván Márquez y el extinto Alfonso Cano, miembros del Secretariado del Estado Mayor de las FARC-EP, visitaron varios países de la región y sostuvieron reuniones formales con personalidades políticas de Costa Rica, Cuba, México, Nicaragua y Venezuela. Es decir, sostuvieron contactos no solo con gobiernos revolucionarios, sino también con gobiernos social demócratas y la oposición sandinista en Nicaragua.

Esta etapa, se caracteriza por la autonomía política que las FARC-EP adquieren con respecto al PCC ya que desde su Séptima Conferencia y los Acuerdos de la Uribe, empezaron a presentarse como un actor político-militar, que asumía su propia conducción hacia la toma del poder. Esta autonomía, se manifiesta también en su actividad internacional, la que en palabras del extinto Raúl Reyes, básicamente consistía básicamente en dar a conocer cual era la lucha de las FARC, cuales son sus objetivos y cuales son las dificultades de la lucha en Colombia. Es decir, durante esta etapa su diplomacia buscaba el reconocimiento internacional del carácter político-militar de las FARC-EP y apoyos para la lucha revolucionaria que desarrollaban en Colombia.

Es importante señalar que Cuba para ese momento, mantenía excelentes relaciones con el gobierno colombiano y se mostraba como un agente cooperador en temas de paz, ya que había tenido una participación activa en el proceso de desmovilización y reinserción del M-19.

La Octava Conferencia de las FARC-EP (abril de 1993), se realiza en un contexto de importantes cambios en el escenario internacional, el fin de la guerra de la fría y el proceso de globalización y el avance de las tecnologías de la información configuraron un escenario internacional multipolar, heterogéneo, complejo e interdependiente¹⁸². A nivel ideológico, el final de los socialismos reales, dio fuerza a la teoría que proclamaba el fin de la historia y la victoria de las ideas liberales, para Fukuyama¹⁸³, la historia llegaba a su fin porque la ciencia había posibilitado el dominio de la naturaleza y gracias a eso las necesidades del hombre podían ser satisfechas. Para este autor, el capitalismo es

¹⁸⁰ FERRO, J. y URIBE, G., *El orden de la guerra. Las FARC –EP entre la organización y la política*, Centro Editorial Javeriano, Bogotá, 2002, pp. 160.

¹⁸¹ Instancia de coordinación político-militar en la que participaron las siguientes organizaciones guerrilleras: Unión Camilista – Ejército de Liberación Nacional, Comando Quintín Lame, Ejército Popular de Liberación, Partido Revolucionario de los Trabajadores, Movimiento 19 de abril y las FARC-EP.

¹⁸² BARBE, E., *Relaciones Internacionales*, cit., pp. 43.

¹⁸³ FUKUYAMA, F., *El fin de la historia y el último hombre*, Planeta, Barcelona, 1992.

la última fase del proceso histórico. En Colombia, se había promulgado una nueva Constitución Política (1991) y varias organizaciones guerrilleras habían suscrito acuerdos de paz con el gobierno, produciendo una mayor apertura política.

Las FARC-EP ya desde el pleno de 1989 habían abordado la discusión interna sobre el fin del socialismo, afirmando que el glasnot y la perestroika pretendían desvirtuar el socialismo, invalidar el marxismo-leninismo y poner fin a la utopía de la felicidad humana.

En septiembre de 1992, en una circular interna, Manuel Marulanda, se expresaba de la siguiente manera sobre el final de los socialismos reales:

“La música sobre el derrumbe del socialismo ha servido para pedirle a la guerrilla en Colombia que se incorpore a la vida civil, entregando sus armas. Eso fue lo que hicieron el M-19, el EPL, el Quintín Lame y el PRT que pactaron con el gobierno su desmovilización sin condiciones, pensando que en verdad la lucha armada había perdido vigencia. Ellos olvidaron los gravísimos problemas que afectan al país, los cuales no se solucionaron con su desmovilización”¹⁸⁴.

Con un contexto político nacional e internacional desfavorable, realizan su Octava Conferencia en abril de 1993. Ésta, marcaría un salto estratégico en los planes político-militares de las FARC-EP. Ya para ese momento contaban con 48 frentes, se planteaban la creación de bloques, compañías móviles y comandos de asalto especializados, encargados de realizar operaciones militares a gran escala. Reconfirmaron su viejo objetivo de urbanizar el conflicto a través de la creación y consolidación de grupos de milicias que debían fortalecer los frentes rurales y llevar la confrontación armada a las grandes ciudades. Políticamente, se proponen la construcción de un “Nuevo Gobierno de Reconciliación y Reconstrucción Nacional”, sustentado en una plataforma política de 10 puntos. Para esto, era necesaria la ampliación de su trabajo político urbano, ligando el mayor número de organizaciones sociales a un nuevo movimiento clandestino, el “Movimiento Bolivariano por la Nueva Colombia”¹⁸⁵.

En el plano político, la Octava Conferencia marca su total independencia con respecto al PCC, desde ese momento, inician la construcción de su propio partido (Partido Comunista Clandestino de Colombia – PC3), el Secretariado del Estado Mayor Central, asume totalmente la conducción político-militar de la organización. De este modo, dejan de ser una guerrilla de partido e inician un acelerado proceso de militarización interna.

Según las FARC-EP el PCC se burocratizó, corrompió y enredo en los procesos electorales. Para la organización armada, el trabajo político legal implica el sacrificio sin sentido, de vidas de militantes comunistas. El mismo Manuel Marulanda, se refería de la siguiente manera al quiebre con el PCC: “El trabajo inmediato nuestro es atraer a los militantes más consecuentes del partido legal y explicarles lo equivocado de la línea seguida por ellos. Hay que esclarecerles el problema a los que todavía están confundidos, con el objetivo de ganarlos y ponerlos a actuar acorde a nuestro plan estratégico”¹⁸⁶.

En cierta forma, al distanciarse del PCC le hacían el quite al efecto político negativo que produjo el fin de la guerra fría sobre el movimiento comunista

¹⁸⁴ FARC-EP *Esbozo histórico de las FARC* [En línea]: http://www.cedema.org/uploads/esbozo_historico.pdf [Consulta: 13-06-2010].

¹⁸⁵ MORENO, A., “Transformaciones internas de las FARC”, cit., pp. 633.

¹⁸⁶ FERRO, J. y URIBE, G., *El orden de la guerra. Las FARC –EP.*, cit., pp. 144.

internacional, ya que de un momento a otro toda su construcción político-ideológica basada en el materialismo histórico quedaba en entredicho, tal y como lo afirmo la Comandante Mariana Páez, al portal lahaine.org: “Los revolucionarios nos enfrentamos a una situación muy compleja, cae el llamado Bloque socialista, se proclama el mundo unipolar, en nuestro país se desmovilizan algunos grupos guerrilleros, entre los que se encontraba el M.19 que gozaba de aceptación entre la población. Entran en crisis todos los partidos y movimientos de izquierda. Esa fue una etapa de decisiones para todos”¹⁸⁷.

La pregunta sobre la legitimidad de lucha armada en Colombia en el contexto de la post guerra fría, la resuelven afirmando: “La vigencia de la lucha armada no la determina el derrumbamiento o no del muro de Berlín, sino la realidad de nuestro país; y aquí siguen vigentes los desequilibrios políticos, económicos y sociales, y la violencia estatal que impulsaron la rebeldía”¹⁸⁸.

El colapso del comunismo soviético y la crisis del marxismo-leninismo, los obliga a reactualizar sus referentes político-ideológicos, en este marco, emerge la figura de Simón Bolívar. En la imagen e ideario de Bolívar, como sostiene Palacios¹⁸⁹, las FARC-EP encontraron una veta para la colombianización del marxismo-leninismo. La adopción de la imagen e ideas bolivarianas posibilitó su inserción internacional en el plano regional.

4. LA COMISIÓN INTERNACIONAL DE LAS FARC-EP. CUALIFICACIÓN Y CUANTIFICACIÓN DE SU ACTIVIDAD INTERNACIONAL

La Comisión Internacional (en adelante Cominter) de las FARC-EP, es fruto de la Octava Conferencia de esta organización realizada en 1993. La creación de la Cominter marca una nueva etapa en la actividad internacional de las FARC-EP, ya que por primera vez en su historia, conforman una estructura con una orgánica propia, con unos cuadros especializados y unos objetivos claramente definidos para la realización de su actividad internacional. Su responsable directo era el miembro del Secretariado del Estado Mayor Nacional, Raúl Reyes.

En un principio, la Cominter buscaba “estrechar los lazos de amistad con países socialistas, dedicar sus esfuerzos a difundir la imagen y proyectos de la organización, con el objetivo de aportar a las tareas por el reconocimiento de su lucha”¹⁹⁰. En estos objetivos, se encuentra una línea de continuidad con el trabajo internacional iniciado en la parte final de la etapa anterior, solo que ahora sus metas son más concretas y operativas, según Pérez¹⁹¹, Raúl Reyes, había definido que la Cominter debía generar una red con los partidos comunistas extranjeros y de ahí pasar a los sindicatos y organizaciones sociales en los que los PC tuvieran influencia, para dar a conocer toda la información posible sobre las FARC-EP (Historia, Plataforma Política, partes de guerra, etc.). Además, tenía que crear núcleos de apoyo a las FARC-EP con extranjeros que se

¹⁸⁷ LAHAINE.ORG., *Viaje al pensamiento de las FARC* [En línea]: <http://lahaine.org/internacional/farc.htm> [Consulta 30/07/2011].

¹⁸⁸ FARC-EP *Esbozo histórico de las FARC.*, cit., pp. 41.

¹⁸⁹ PALACIO, M., “Las FARC y la paz en Colombia”, *Revista Letras Libres*, No 115, 2008.

¹⁹⁰ SEMANA.COM. La guerra diplomática, [En línea]:

<http://www.semana.com/nacion/guerra-diplomatica/15524-3.aspx> [Consulta 16/04/2010].

¹⁹¹ PÉREZ, J. Raúl Reyes., *El Canciller de la Montaña*, Grupo Editorial Norma, Colombia, 2008.

mostrarán solidarios y partidarios de la organización y canalizar recursos económicos.

La Cominter definió dos grandes espacios de trabajo, Centroamérica y el Caribe y Europa.

Centroamérica y el Caribe

En Centroamérica, el trabajo fue dirigido directamente por Raúl Reyes, quien desde 1995 se instaló primero en Costa Rica y posteriormente en México, usando estos países como base de operaciones. En este primer momento, la Cominter se propuso abrir oficinas de las FARC-EP en estos dos países, con el fin de difundir la imagen e ideas de la organización en el exterior y además denunciar las violaciones a los Derechos Humanos cometidas por agentes estatales. Pérez (2008), afirma que el medio usado para organizar las campañas de denuncia en contra del Estado colombiano, fueron los “Comités de Solidaridad con las Luchas del Pueblo Colombiano”, figura copiada del “Comité Internacional de Solidaridad con el Pueblo de El Salvador” (CISPES), organización civil que apoyaba a la organización guerrillera salvadoreña Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN), estos comités, en la práctica funcionan como las Organizaciones Políticas de los Obreros, planteadas por Lenin en su libro *¿Qué hacer?*, en el cual se pregunta:

¿Cómo conciliar esta contradicción entre la necesidad de una organización amplia y de una clandestinidad rigurosa? ¿Cómo conseguir que las organizaciones gremiales sean lo menos clandestinas posible? En general, no puede haber más que dos caminos: o bien la legalización de las asociaciones gremiales (que en algunos países ha precedido a la legalización de las organizaciones socialistas y políticas), o bien el mantenimiento de la organización secreta, pero tan “libre”, tan poco reglamentaria, que la clandestinidad quede reducida casi a cero para la masa de afiliados”¹⁹².

Los comités (Organización Política de Masas), son un ente intermedio (articulador y cualificador) entre las FARC-EP (vanguardia armada) y las bases (masas). Aquellos individuos de las bases que se destaquen por su activismo y compromiso con la causa colombiana pasan a la vanguardia (organización armada), los que no, siguen en el comité.

Un ejemplo del proselitismo político que realizan los Comités en favor de las FARC-EP en sus respectivos países, lo entrega el siguiente texto, publicado en el sitio web de la Agencia Bolivariana de Prensa:

“El Comité de Solidaridad con el Pueblo Colombiano es una organización constituida para apoyar la lucha de quienes aspiran a construir una Nueva Colombia. Somos chilenos sensibilizados con las atrocidades que diariamente se cometen contra la población civil y contra los derechos fundamentales de las personas (...) Las FARC-EP, junto a otros grupos guerrilleros, son reconocidos, según el Derecho Internacional, como fuerzas beligerantes. Su lucha por la soberanía nacional y contra el imperialismo, por la paz con justicia social, a favor de los pobres y humillados, despierta simpatías en todo el mundo. Colombia es un país arrasado por la violencia del estado, que empobrece a la mayoría de la población y privilegia a la casta dominante, con millones de desplazados, amenazas de muerte, torturas, asesinatos y

¹⁹² LENIN, V., “El imperialismo fase superior del capitalismo”, en *Obras Escogidas*, Editorial Progreso, Moscú, 1977, pp. 76.

desapariciones (...) La propuesta de intercambio humanitario de prisioneros, apoyada por los familiares, partidos políticos, organizaciones sociales, de derechos humanos y la comunidad internacional, ha sido persistentemente rechazada por el gobierno de Uribe (...) Llamamos a las organizaciones sociales, políticas, culturales, religiosas y sindicales de Chile a iniciar con nosotros una campaña de Solidaridad con las justas demandas del Pueblo Colombiano”¹⁹³.

Este documento publicado en el año 2007, fue suscrito entre otros, por los ahora Parlamentarios del Partido Comunista Chileno, Hugo Gutiérrez y Lautaro Carmona¹⁹⁴ y en él, se aprecia que el Comité chileno, hace suyos los objetivos internacionales de las FARC-EP, a saber: reconocimiento como fuerza beligerante, oposición a la administración Uribe y legitimidad de la lucha armada en el contexto colombiano.

En la misma línea, el Comité de Solidaridad con las Luchas del Pueblo Colombiano, del Salvador, organizó en el año 2001 en la ciudad de San Salvador, el Primer Encuentro Internacional de Solidaridad y por la Paz en Colombia y América Latina. En este evento, cuyo eje central era el rechazo al Plan Colombia y al intervencionismo colombiano, participaron delegados de 50 organizaciones provenientes de 35 países. La declaración final del evento fue suscrita entre otros por: José Saramago, Adolfo Pérez Esquivel, Heinz Dieterich, James Petras, Noam Chomsky y Ahmed Ben Bela.

Un hecho fundamental, que permite explicar la ampliación y desarrollo de su actividad internacional, fue la asistencia de Raúl Reyes en 1996, al Sexto Foro de Sao Pablo, realizado en San Salvador. Ante 187 delegados de 52 organizaciones y 144 organismos observadores de partidos y organizaciones sociales provenientes África, Asia, Europa y América Latina, Reyes, expuso lo que sería la base de su discurso internacional de presentación:

“Las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia - Ejército del Pueblo, desde su fundación el 27 de Mayo de 1.964, mantiene sus armas y sus banderas en alto en la lucha por la democracia, la soberanía nacional y la paz con justicia social, por una equitativa distribución de las riquezas nacionales, sustentada en políticas independientes de los centros del poder mundial. El movimiento guerrillero colombiano es el fundamental bastión de la oposición política al régimen de las oligarquías, está con las armas en la mano, en las montañas en lucha de guerrillas móviles; porque el Estado colombiano ha creado una máquina de guerra criminal, con soportes

¹⁹³ AGENCIA BOLIVARIANA DE PRENSA, *A la opinión pública* [En línea]: http://www.abpnoticias.com/boletin_temporal/contenido/comunicados/2.html [Consulta 12/01/ 2011].

¹⁹⁴ El comunicado fue firmado por: Hugo Gutiérrez, Abogado de derechos humanos. Edson Chávez, Presidente Federación Estudiantes Universidad de Playa Ancha. Daniel Zamorano, Presidente Federación Estudiantes Universidad de Valparaíso. Rodrigo Polo, Presidente Comité de Allegados Cordón poniente sur. Luz Galdamez, Dirigente Federación de Estudiantes USACH. Jaime Gajardo, Secretario General CUT. Sergio Sepúlveda, Consejero Nacional CUT. Lautaro Carmona, Secretario General del Partido Comunista.

Ximena Cumican, Integrante Consejo Lonko Nacional Asamblea de Mapuches de Izquierda. Lorena Pizarro Sierra. Jorge Abedrapo, Presidente Metropolitano del Colegio de Profesores de Chile A.G. Carlos Margota, Rector Universidad Arcis. Carlos Casanueva, Coordinadora Continental Bolivariana Cap. Chile. María José Victoriano Cautivo, Presidenta Federación de Estudiantes de la Universidad de Tarapacá –Arica. Roberto Muñoz, Marcos Riquelme, Dirección Movimiento Patriótico Manuel Rodríguez. El texto completo del comunicado se encuentra en línea: http://www.abpnoticias.com/boletin_temporal/contenido/comunicados/2.html [Consulta: 16-12-2011].

ideológicos venidos de los Estados Unidos, con principios antinacionales que profundizan los odios entre compatriotas. Y porque en Colombia, quienes gobiernan: la burguesía, los grupos económicos, los terratenientes y latifundistas, han criminalizado la protesta social, para asesinar, torturar, desaparecer y encarcelar e intimidar a los opositores de la injusticia; como no existe espacio para la lucha política legal y abierta de masas, reivindicamos la vigencia de la lucha armada revolucionaria del pueblo, enriquecida con el diario aprendizaje de propios y extraños; nos inspiramos en los principios científicos del Marxismo-Leninismo y en el rico pensamiento libertario de Simón Bolívar, en la lucha por el poder para el pueblo”¹⁹⁵.

El Foro de Sao Pablo, permitió que la Cominter organizara una nutrida red de contactos con partidos de izquierda, organizaciones y movimientos sociales de todo el mundo, que coincidían con las FARC-EP en su abierto rechazo al neoliberalismo, la globalización y el imperialismo (política exterior de los Estados Unidos).

Todo este acumulado de experiencias y contactos se cristalizó con la apertura de su primera oficina en México. La delegación de las FARC-EP en México, estaba conformada por Raúl Reyes, Olga Lucía Marín, Marcos Calarca y Rodrigo Granda¹⁹⁶. Esta oficina, funcionó hasta abril de 2002, fecha en la que su responsable (Calarca), dejó México. Poco más de un año después, el embajador de Colombia en México, Luis Guzmán, denunció en la edición electrónica de El Siglo de Torreon, que las FARC contaban con una oficina ubicada en la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), asegurando que esta oficina clandestina se dedicaba a las tareas de propaganda y reclutamiento en favor de este grupo revolucionario. El embajador Guzmán exigió al gobierno mexicano actuar en consecuencia, cerrar sus fronteras al grupo, declararlo "narcoterrorista" y expulsar en su caso a quienes dirigen dicha oficina. El diplomático colombiano, también presentó en rueda de prensa fotografías de la supuesta oficina de las FARC en el predio universitario y carteles que han colocado con comunicados sobre sus actividades en Colombia. Afirmo que han aprovechado la autonomía universitaria -que impide la entrada libre de autoridades judiciales- para desarrollar actividades de propaganda y proselitismo entre la comunidad estudiantil.

La novedad en su trabajo internacional después del año 2002, como sucedió en México, consistió en que ahora, los responsables del trabajo internacional de las FARC-EP en diferentes países, no son guerrilleros colombianos, sino, nacionales de dichos países, es decir, las FARC-EP han logrado construir militancia internacional. Tal y como lo evidencian distintas investigaciones periodísticas, como por ejemplo las adelantadas por el diario El Tiempo de Bogotá y milenio.com de la Ciudad de México, precisamente este medio escrito mexicano, ha hecho seguimiento a la red de contactos y apoyos que las FARC-EP ha construido en ese país y que salió a luz pública después de la muerte de cuatro estudiantes de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), en el campamento en el que fue abatido Raúl Reyes, en Angostura, Ecuador.

¹⁹⁵ ELORTIBA.ORG., *Foro de Sao Paulo: Intervención de Raúl Reyes, miembro del Secretariado del Estado Mayor Central de las FARC-EP* [En línea]: [http://www.elortiba.org/farc.html#Intervención de Raúl Reyes](http://www.elortiba.org/farc.html#Intervención%20de%20Raúl%20Reyes) [Consulta 16/12/2011].

¹⁹⁶ Olga Marín, Marcos Calarca y Rodrigo Granda son comandantes y fundadores de la Comisión Internacional de las FARC-EP, en la actualidad se mantienen al frente del trabajo internacional de esta organización en América Latina y Europa.

Ya para el año 2005, los apoyos a las FARC-EP en México, se manifestaban de la siguiente manera:

“En el Núcleo Mexicano de Apoyo a las FARC – EP, como latinoamericanos, como internacionalistas y como bolivarianos abrazamos los ideales de la solidaridad, la unidad latinoamericana y el antiimperialismo y no puede ser para nosotros sino un honor sumarnos –aunque sea de forma modesta– al esfuerzo revolucionario de las FARC – EP por la difusión de la realidad del conflicto social y armado en Colombia, por la construcción de la Nueva Colombia y avanzar en la unidad de la Patria Grande, Nuestra América”¹⁹⁷.

Si bien estos grupos de apoyo no tienen peso político en sus respectivos países, si realizan un fuerte activismo pro FARC-EP en espacios sociales y a través de medios virtuales.

Sin negar que parte de su trabajo internacional se dirige a la realización de actividades delincuenciales como el tráfico de armas, narcóticos y la asesoría a otras organizaciones revolucionarias para llevar a cabo secuestros, este trabajo solo se centra en la actividad política que las FARC-EP realizan en el escenario internacional¹⁹⁸.

Tres factores que explicarían el desarrollo de la actividad internacional de las FARC-EP en Centroamérica durante la segunda mitad de los noventa son:

1- El desconocimiento que los Estados de la región tenían frente a la realidad colombiana.

2- Este desconocimiento se debía en parte a la poca importancia que la diplomacia colombiana le otorgaba a la región.

3- Este “vacío”, dejado por la diplomacia colombiana fue llenado por la Cominter de las FARC-EP que tuvo en antiguos guerrilleros, salvadoreños, guatemaltecos, nicaragüenses (ahora políticos legales) y militantes de partidos comunistas centroamericanos sus principales aliados y agentes de inserción en sus respectivos países.

¹⁹⁷ FARC-EP *Esbozo histórico de las FARC-EP.*, cit., pp. 83.

¹⁹⁸ Según José Gregorio Pérez (citado anteriormente), quien solo utiliza fuentes oficiales, afirma que hacia la segunda mitad de los noventa, las FARC-EP definen formalmente el primer plan de trabajo de la Cominter, que se concreto en los siguientes diez puntos: 1- Contactos con funcionarios de gobierno, parlamentarios y líderes de ONG'S, buscando apoyo y reconocimiento de sectores políticos representativos. 2- Interlocución, en nombre de las FARC, con gobiernos nacionales como Venezuela, Cuba, Brasil, México, Nicaragua y Costa Rica. 3- Participación de las FARC en seminarios, foros, encuentros, talleres políticos, sociales, estudiantiles y académicos, a nivel hemisférico y global. 4- Establecimiento de células o núcleos de apoyo internacional internos, en cada uno de los países en los que las FARC hacen presencia, de acuerdo al contexto político y las responsabilidades encomendadas. 5- Creación y manejo de órganos de difusión en el exterior, paginas de Internet, revistas y emisoras de radio. 6- Contactos con movimientos de izquierda, partidos radicales anarquistas, grupos insurgentes y redes de comercialización de armas. 7- Manejo y administración de bienes e inversiones de las FARC en el exterior. 8- Contactos con directorios de asociaciones de refugiados políticos, asilados y grupos de solidaridad con Colombia. 9- Realización de estudios universitarios, postgrados, por parte de los integrantes de la Comisión Internacional, en universidades de Europa y los Estados Unidos, para lograr su infiltración. 10- Diseño de campañas ideológicas de adhesión y desinformación sobre la realidad del conflicto colombiano y la ilegalidad de las instituciones colombianas.

Europa

El trabajo diplomático formal de las FARC-EP en Europa, tiene su génesis y desarrollo entre los años 1998 y 2002 en el marco del proceso de diálogos que adelantaban con la administración del presidente Andrés Pastrana en la zona de distensión, ubicada en el sur de Colombia. La primera encargada de la Cominter en Europa, fue Olga Lucía Marin.

Al igual que en Centroamérica, su carta de entrada fue la continua denuncia de las violaciones a los Derechos Humanos en las que se encontraban involucrados agentes estatales, la corrupción institucional generada por el narcotráfico y los vínculos del Estado con el paramilitarismo. Su punto de partida fueron los países escandinavos, en los cuales había una cantidad importante de exiliados colombianos, muchos de ellos sobrevivientes de la Unión Patriótica, todos víctimas de la persecución política en Colombia.

El activismo del exilio colombiano en Europa, que se manifestaba a través de foros, seminarios y conferencias en sedes de universidades, partidos políticos y organizaciones sociales, así como un lobby permanente ante gobiernos y parlamentarios europeos, se dirigía contra el Estado colombiano, mostrándolo como corrupto, anti democrático y violador de los Derechos Humanos, y en ese escenario, el discurso político de las FARC-EP encontró un terreno ya abonado, por lo cual, al presentarse como una organización político-militar defensora de los Derechos Humanos, la justicia y la igualdad social, fueron recibidas con los brazos abiertos.

Los primeros objetivos de la Cominter en Europa, según semana.com, fueron:

1- Desarrollar una campaña política a favor de las FARC y en contra del gobierno. 2- Buscar un aumento de la presión de la Unión Europea sobre el gobierno de Uribe para que este decida negociar el acuerdo humanitario en los términos de las FARC. 3- Persuadir a los gobiernos de la Unión Europea para que eliminen sus ayudas militares, con base en denuncias de los vínculos entre la Fuerza Pública colombiana y los paramilitares. 4- Realizar y asistir a eventos de proselitismo que permitan difundir tanto su ideología como su propia versión de la historia colombiana. 5- Participar o infiltrar organizaciones ideológicamente afines al pensamiento de las FARC y usarlas como plataformas¹⁹⁹.

Al revisar los objetivos generales de la Cominter, se confirma que el grueso de su actividad internacional es política y organizativa y se dirige a la consecución de sus objetivos políticos internos.

Hasta el año 2008, investigaciones periodísticas basadas en informes de la inteligencia militar colombiana, daban cuenta de 30 representantes oficiales de las FARC-EP en Europa. Ellos, son los encargados de establecer y mantener contactos políticos con el Parlamento Europeo y Parlamentarios de Dinamarca, Suecia y Suiza. En Europa, la Cominter ha logrado articular el apoyo de distintas organizaciones sociales con sede en Holanda, Bélgica, Alemania, Dinamarca, Suecia y Suiza. Según investigación de Semana.com, todas estas organizaciones coinciden en su rechazo al establecimiento político colombiano y sus críticas a la administración de Álvaro Uribe.

Dentro de estas organizaciones, se destaca la Asociación Jaime Pardo Leal (AJPL)²⁰⁰, ubicada en Suecia. Su actividad consiste en publicar y difundir documentos de coyuntura política, denuncias sobre violaciones de los Derechos Humanos en Colombia y la organización de eventos contra el establecimiento

¹⁹⁹ SEMANA.COM. *La guerra diplomática.*, cit.

²⁰⁰ El sitio web de la Asociación Jaime Pardo Leal es: <http://home.swipnet.se/sinu/>

político colombiano. En declaraciones de la directora de la AJPL a Semana.com, manifestó su admiración por las FARC, ya que según ella, la organización guerrillera interpreta con claridad las causas del conflicto social y armado y propone soluciones para una paz duradera y con justicia social.

En Dinamarca, por lo menos tres organizaciones sociales admiten públicamente haber apoyado económicamente a las FARC-EP desde el año 2006. Los movimientos Rebelión, Fighters and Lovers y la asociación de ex combatientes de la Segunda Guerra Mundial y víctimas de campos de concentración, Horserød-Sttuthof Foreningen (HSF). Con respecto a las FARC-EP, la HSF manifestó: “Nos solidarizamos con todos los que luchan por la paz y la libertad y en contra de la supresión, la explotación, la guerra y el fascismo”²⁰¹.

La organización Fighters and Lovers, afrontó un juicio ante la justicia danesa durante los años 2007 y 2008, por brindar apoyo económico a una organización considerada terrorista por la legislación danesa. Al final del juicio, 6 miembros de Fighters and Lovers fueron condenados a penas privativas de la libertad. Con relación al juicio en Dinamarca, las FARC-EP señalaron:

“En medio de la demonización de las luchas y de los luchadores revolucionarios, aún a sabiendas de todas las persecuciones y problemas de profundo calado que les sobrevendrían, los compañeros daneses integrados en iniciativas como OPROR o Fighters and Lovers, desplegaron su generosidad incondicional con las luchas de los sojuzgados pueblos de Palestina y Colombia (...) Bastante conocidas fueron las campañas de Solidaridad que despegaron desde Dinamarca enfrentando ese engaño que llaman “guerra contra el terrorismo” (...) los compañeros que sin temores emprendieron su Fiesta Ilegal, o aquellos que han realizado en nuestro favor conferencias internacionales, llamamientos, camisetas, fragancias de perfumes, música, proyectos culturales..., o el reiterado apoyo económico de sindicalistas que nos ayudan a crear posibilidades de estudio y educación para nuestros combatientes, como dotarnos de una biblioteca para la escuela de formación de las FARC; en fin..., enorme apoyo político y moral mediante novedosos y audaces métodos de solidaridad (...)”²⁰².

Pero a pesar de haber articulado el respaldo de varias organizaciones sociales, su gran fracaso político en Europa fue no haber podido evitar ser incluidas en la lista de organizaciones terroristas de la Unión Europea en mayo de 2002. Hasta la fecha, a pesar de sus esfuerzos diplomáticos no han logrado ser excluidas de dicha lista, ya que los gobiernos europeos rechazan categóricamente los vínculos de las FARC-EP con el narcotráfico, el secuestro y sus continuas infracciones al Derecho Internacional Humanitario.

²⁰¹ SEMANA.COM. *La guerra diplomática., cit.*

²⁰² RESISTENCIA-COLOMBIA.ORG. Un juicio contra el “terrorismo” en Dinamarca [En línea]: <http://www.resistencia-colombia.org/index.php/farc-ep/articulos/620-un-juicio-contra-el-terrorismo-en-dinamarca> [Consulta 16/04/2012].

5. CONCLUSIONES

En este artículo se hace evidente el íntimo vínculo que existe entre la política interna y la política externa de esta organización, es decir, se aprecia como su actividad política internacional es una prolongación de su política nacional. De este modo, las actividades internacionales de las FARC-EP se enmarcan dentro del “soft power”, que según Nye²⁰³, consiste en lograr que otros ambicionen lo mismo que uno, que acepten unos valores determinados sin ningún tipo de cuestionamiento. Todo por medio de la atracción y el consenso, en este caso, las FARC-EP en su actividad política internacional hacen uso de un discurso que busca que sean percibidas como una organización político-militar creíble, atractiva y legítima. Además, en términos prácticos para una organización ilegal, el uso de la atracción es mucho más barato y discreto que el uso de la coerción, por lo cual, el uso reiterado del soft power demuestra que se está en posesión de unos valores, y una cultura aceptados universalmente. En ese sentido, gran parte del discurso internacional de las FARC-EP se construye sobre la base de que son un actor político-militar portador y defensor de valores universalmente aceptados. El siguiente es un texto reiterado en sus publicaciones internacionales, de la última década:

“Por eso, las FARC - EP se han constituido como una organización político - militar que recoge las banderas Bolivarianas y las tradiciones libertarias de nuestro pueblo para luchar por el poder y llevar a Colombia al ejercicio pleno de su soberanía nacional y a hacer vigente la soberanía popular. Luchamos por el establecimiento de un régimen político democrático que garantice la paz con justicia social, el respeto de los Derechos Humanos y un desarrollo económico con bienestar para todos quienes vivimos en Colombia. Luchamos por una Política Agraria que entregue la tierra del latifundio a los campesinos”²⁰⁴.

Este discurso ha posibilitado entre otros factores, su inserción en la sociedad internacional, articulando una nutrida red de apoyos con organizaciones sociales y políticas en Suramérica y Europa, como lo demostró la investigación especial realizada por el Grupo de Diarios de América, en el año 2008²⁰⁵. Para esto, las FARC-EP han desplegado una diplomacia de tipo alternativo, confrontacional y público. Produciendo un efecto bumerán. Éste, se da cuando los grupos u organizaciones locales que se oponen a un Estado, dirigen parte de su acción política a establecer relaciones con actores internacionales, con el objetivo de encontrar aliados internacionales que se unan a la actividad de oposición.

²⁰³ NYE, J., *La Paradoja del Poder Norteamericano*, Aguilar Chilena de Ediciones, Santiago, 2003.

²⁰⁴ COMISIÓN INTERNACIONAL DE LAS FARC –EP. “Programa agrario de los guerrilleros de las FARC-EP”, *Revista Resistencia*, No 36, pp. 20.

²⁰⁵ Véase: El Tiempo.com (mayo 10 de 2008) “Contactos con 400 grupos en por lo menos 7 países tiene las FARC para expandirse por América”, Investigación especial del grupo de diarios de América, [En línea]: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-4157739> [Consulta: 12-01-2011].

6. BIBLIOGRAFÍA

- ARDILA, M., “Actores no gubernamentales y política exterior. A propósito del sector académico y el diseño de la política exterior migratoria colombiana”, *Revista Colombia Internacional*, No 69, 2009.
- BARBE, E., *Relaciones Internacionales*, Tecnos – Madrid, 2008.
- CEPEDA, I. *Genocidio Político: el caso de la Unión Patriótica en Colombia* [En línea]: <http://www.desaparecidos.org/colombia/fmcepeda/genocidio-up/cepeda.html> [Consulta: 12-01-2012].
- COMISIÓN INTERNACIONAL DE LAS FARC –EP. “Programa agrario de los guerrilleros de las FARC-EP”, *Revista Resistencia*, No 36.
- CORPORACIÓN OBSERVATORIO PARA LA PAZ *Guerras Inútiles. Una historia de las FARC*, Intermedio Editores - Bogotá, 2009.
- FERRO, J. y URIBE, G., *El orden de la guerra. Las FARC –EP entre la organización y la política*, Centro Editorial Javeriano - Bogotá, 2002
- FUKUYAMA, F., *El fin de la historia y el último hombre*, Planeta - Barcelona, 1992.
- GLEIJESES, P., “Las motivaciones de la política exterior cubana”, en SPENCER, D. (Coordinadora) *Espejos de la guerra fría: México, América Central y el Caribe*, Centro Editorial Miguel Ángel Porrás - México, 2004
- HARNECKER, M., *Colombia: Combinación de todas las formas de lucha*, Ediciones Suramericanas - Bogotá, 1988.
- JOUBE, E., *Relations Internationales*, PUF - París, 1992.
- LENIN, V., “El imperialismo fase superior del capitalismo”, en *Obras Escogidas*, Editorial Progreso - Moscú, 1977.
- MEDINA, C. *FARC-EP., Notas para una historia política*, Editorial Kimpres - Universidad Nacional de Colombia - Bogotá, 2009.
- MERLE, M., *Sociología de las Relaciones Internacionales*, Alianza - Madrid, 1991.
- MORENO, A., “Transformaciones internas de las FARC a partir de los cambios políticos por los que atraviesa el estado colombiano”, *Revista Papel Político*, Vol. 11, No 2, 2006.
- NYE, J., *La Paradoja del Poder Norteamericano*, Aguilar Chilena de Ediciones, Santiago, 2003.
- PALACIO, M. “Las FARC y la paz en Colombia”, *Revista Letras Libres*, No 115, 2008
- PÉREZ, J. *Raúl Reyes, El Canciller de la Montaña*, Grupo Editorial Norma - Colombia, 2008.
- RANGEL, A., *Colombia: guerra en el fin de siglo*, Tercer Mundo Editores - Bogotá, 1999.
- RISSE, T. y SIKKINK, K., “The socialization of International Human Rights Norms into Domestic Practices: Introduction” en RISSE, T., ROPP, S. y SIKKINK, K (editores) *The power of Human Rights: International norms and domestic change*, Cambridge: University Press Cambridge - 1999.
- ROSENAU, J., y CZEMPIEL, E, *Governance Without government: Order and change in world politics*, Cambridge University Press - Cambridge, 1992.
- RUSSET, B. Y STARR, H., *World politics. The menu for choice*, Freeman and Company - New York, 1989.
- TAYLOR, P., *Nostate Actors in International Politics. From Transregional to Substate Organizations*, Westview Press - Boulder, 1984.

VARAS, A. *De la KOMINTERN a la PERESTROIKA*, FLACSO - Chile, 1991.
VÉLEZ, M. "FARC-ELN: Evolución y expansión territorial", *Revista Desarrollo y Sociedad*, No 47, 2001.
WALLERSTEIN, I., *El futuro de la civilización capitalista*, Icaria - Barcelona, 1999.

Recursos web

AGENCIA BOLIVARIANA DE PRENSA, *A la opinión pública* [En línea]:
http://www.abpnoticias.com/boletin_temporal/contenido/comunicados/2.htm
1

ELORTIBA.ORG. *Foro de Sao Paulo: Intervención de Raúl Reyes, miembro del Secretariado del Estado Mayor Central de las FARC-EP* [En línea]:
<http://www.elortiba.org/farc.html#Intervención de Raúl Reyes> [Consulta 16/12/2011].

ElTiempo.com. *Contactos con 400 grupos en por lo menos 7 países tiene las FARC para expandirse por America*, Investigación especial del grupo de diarios de America, [En línea]: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-4157739> [Consulta: 12-01-2011].

FARC-EP *Esbozo histórico de las FARC* [En línea]:
http://www.cedema.org/uploads/esbozo_historico.pdf [Consulta: 13-06-2010].

RESISTENCIA-COLOMBIA.ORG. Un juicio contra el "terrorismo" en Dinamarca [En línea]: <http://www.resistencia-colombia.org/index.php/farc-ep/articulos/620-un-juicio-contr-el-terrorismo-en-dinamarca> [Consulta 16/04/2012].

SEMANA.COM. La guerra diplomática, [En línea]:
<http://www.semana.com/nacion/guerra-diplomatica/15524-3.aspx> [Consulta 16/04/2010].

VIII. LA APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO EN COLOMBIA

Dr. Saúl Ramírez Quesada
Presidente del Colegio de Abogados de Colombia

Colombia desde su Independencia, en 1810, ha padecido los horrores de la guerra. Numerosas guerras civiles y dos conflictos armados, uno con Ecuador y el otro con Perú han generado miles de víctimas²⁰⁶. En la actualidad, Colombia se debate en un conflicto armado de carácter no internacional que se ha prolongado por más de cincuenta años.

La aplicación del Derecho Internacional Humanitario (DIH) a los conflictos armados en Colombia no ha sido tarea fácil, pese a una larga tradición jurídica que se remonta también a los tiempos de las guerras de Independencia. Discusiones *bizantinas*, consideraciones políticas e innumerables infracciones al derecho de la guerra han impedido la humanización de los conflictos armados de este país. Sin embargo, ello no ha sido óbice para que se dieran enaltecedores gestos humanitarios sobre todo el Siglo XIX.

A continuación, se expondrán algunos antecedentes históricos sobre la aplicación de las leyes de la guerra en Colombia. De igual forma, se abordarán temas relacionados con la incorporación y prevalencia del DIH en el derecho interno y los problemas de aplicación más recurrentes.

1. EL TRATADO DE REGULARIZACIÓN DE LA GUERRA

El Reino de España, una vez superada la guerra contra Francia, 1808 – 1814, y restablecido en el trono Fernando VII, se propone recuperar los territorios en América que habían declarado la Independencia. Para ello encomienda al General Pablo Morillo la misión de reconquistarlos. Morillo, designado Jefe del Ejército Expedicionario de Costa Firme parte de Cádiz con diez mil hombres en el mes de febrero de 1815 y llega a Cumaná Venezuela a principios de abril de ese mismo año.²⁰⁷

La campaña de reconquista se caracterizó por su extrema crueldad. El mismo Pablo Morillo afirmaba que le había correspondido librar una lucha

²⁰⁶ Desde la Independencia en 1810, Colombia ha padecido, entre otros, las siguientes guerras armadas: La Patria Boba entre 1810 y 1816; Guerra con Ecuador 1832, Guerra de los Supremos entre 1839 y 1842, Guerra civil entre 1860 y 1861, Guerra civil entre 1876 y 1877, Guerra civil 1885, Guerra civil de 1895, La Guerra de los Mil días entre 1899 y 1902, La guerra con el Perú en 1932, Guerra Civil entre 1948 y 1953 y el conflicto actual que tiene como fecha de inicio el año de 1964.

²⁰⁷ RÍOS P., Gilma. Pablo Morillo, Biografías Gran Enciclopedia de Colombia del Círculo de Lectores [en línea]. <<http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/biografias/moripabl.htm>> [Consulta: 15 de febrero de 2013]

mucho más peligrosa, mucho más cruel que la que habían sostenido hasta el momento.²⁰⁸ Afirma el historiador José Roberto Ibáñez Sánchez que la campaña se “convirtió en terrible instrumento de represión contra los llamados “insurgentes”, sus parientes, amigos, colaboradores y, en general, la población.”²⁰⁹

De igual forma, Simón Bolívar con su Declaración de Guerra a Muerte, de 15 de junio de 1813, dispuso que todo español que no conspirara contra España fuera considerado traidor y pasado por las armas y que aquellos que se pasaran al ejército libertador o apoyaran el esfuerzo de guerra fueran indultados y considerados americanos.²¹⁰ El último párrafo de la Declaración resumía la situación en que los españoles se encontrarían: “Españoles y Canarios, contad con la muerte, aun siendo indiferentes, si no obráis activamente en obsequio de la libertad de América. Americanos, contad con la vida, aun cuando seáis culpables.”²¹¹

Los excesos cometidos por los ejércitos en contienda hicieron de las hostilidades una lucha sin cuartel. Sin embargo, es en este escenario y como consecuencia de la llamada Revolución de Riego, que el General Pablo Morillo recibe de Fernando VII la orden de buscar una tregua con el ejército comandado por el Presidente de Colombia, Simón Bolívar. Cometido que logra con la firma de un armisticio y de un tratado para regularizar la guerra.

Con el triunfo en España de la Revolución de Riego en 1820, se enviaron instrucciones para que se buscara la paz con los patriotas, se pusieran en libertad a los prisioneros y se ofreciera mantenerles el rango a cambio de jurar la constitución española.²¹² Las negociaciones del Ejército español y el Ejército patriota duraron tres meses y concluyeron con la firma de un armisticio por seis meses y del Tratado de Regularización de la Guerra.²¹³

Con la firma del armisticio y el Tratado de Regularización de la Guerra, Colombia logró tácitamente el reconocimiento de España como nación independiente. El Tratado fue firmado el 26 de noviembre de 1820, en la ciudad de Trujillo, hoy Venezuela y por primera vez, se aplicó en el continente americano las reglas del derecho de gentes a las guerras de independencia entre el reino español y sus colonias en América.²¹⁴ Precedente muy importante para el derecho de los conflictos armados si se tiene en cuenta que fue necesario esperar hasta el año de 1977, para que en el Protocolo relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) se les diera a las guerras de descolonización el carácter de conflictos armados internacionales.²¹⁵

²⁰⁸ *Ibíd.*

²⁰⁹ IBÁÑEZ, J. R., Panorama militar de la Guerra Militar de Independencia, Credencial Historia [en línea]. <<http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/revistas/credencial/abril2010/panorama.htm>> [Consulta: 15 de enero de 2013]

²¹⁰ BOLIVAR, Simón., Decreto Guerra a Muerte de 15 de junio de 1813, Universidad Central [en línea] <<http://historiadiplomaticadevenezuela.wikispaces.com/Las+negociaciones+con+España+Tratado+de+Regularización+de+la+Guerra+como+propaganda+internacional+del+ejército+libertador+y+de+su+compromiso+con+los+Principios+europeos+de+guerra+vs+la+imagen+dejada+tras+el+decreto+de+guerra+a+muerte>> [Consulta: 28 de enero de 2013]

²¹¹ *Ibíd.*

²¹² *Ibíd.*

²¹³ *Ibíd.*

²¹⁴ Tratado de Regularización de Guerra. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes [en línea] <http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/90257396542336151843457/p0000001.htm#I_1> [Consulta: 1 de febrero de 2013]

²¹⁵ Protocolo relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), Comité Internacional de la Cruz Roja [en línea]

Pese a que algunos académicos consideran que las Instrucciones para el Gobierno de los Ejércitos de los Estados Unidos en Campaña, redactadas por el profesor Francis Lieber en el año de 1863 son el hito más significativo desde el punto de vista de la catalogación de las leyes de la guerra²¹⁶ no es posible desconocer que cuarenta años antes, en 1820, España y Colombia protagonizaron el primer ejercicio en dicho sentido que quedó consignado en el Tratado de Regularización de la Guerra.

El Tratado de Regularización de la Guerra condenó la guerra de exterminio que los ejércitos de ambos bandos venían aplicando. Es así como el tratado expresó:

*Deseando los Gobiernos de España y de Colombia manifestar al mundo el horror con que ven la guerra de exterminio que ha devastado hasta ahora estos territorios convirtiéndolos en un teatro de sangre; y deseando aprovechar el primer momento de calma que se presenta para regularizar la guerra que existe entre ambos gobiernos, conforme a las leyes de las naciones cultas, y a los principios más liberales y filantrópicos, han convenido en nombrar comisionados que estipulen y fijen un tratado de regularización de la guerra...*²¹⁷

El Tratado de Regularización de la Guerra dispuso que la guerra entre España y Colombia se haría conforme la hacían los pueblos civilizados y que todo militar o dependiente de un ejército, tomado en el campo de batalla, en marchas, destacamentos, partidas, plazas, guarniciones o puestos fortificados se conservaría y guardaría como prisionero y respetado conforme a su grado, hasta lograr su canje.²¹⁸ Llama la atención que los espías serían tratados como prisioneros y estaban comprendidos en los canjes.²¹⁹

El convenio dispuso que los militares o dependientes de un ejército, que se aprehendieran heridos o enfermos no serían prisioneros de guerra, y que tendrían libertad para restituirse a las banderas a que pertenecieran luego que se hubieran restablecido y que se les prestaría por lo menos la misma asistencia, cuidados y alivios que a los heridos y enfermos del ejército que los tuviera en su poder.²²⁰

El tratado regularización estableció que los militares o empleados que hubiesen desertado y aprehendido bajo las banderas del enemigo, no podían ser castigados con pena capital. Lo mismo se dispuso con respecto a los conspiradores y desafectos de una y otra parte.²²¹ Asimismo se estableció que el canje de prisioneros sería obligatorio y que se haría a la mayor brevedad.²²²

En relación con la población civil, se dispuso que la población civil sería respetada y que gozarían de una extensa y absoluta libertad y seguridad sin

<<http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/protocolo-i.htm>> [Consulta: 1 de febrero de 2013]

²¹⁶ COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. El derecho internacional humanitario consuetudinario, Volumen I, Primera edición: octubre de 2007, Buenos Aires, Introducción pág. XXIX [en línea]

<http://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_t2009106.pdf> [Consulta: 5 de febrero de 2013]

²¹⁷ Tratado de Regularización de Guerra. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes [en línea] <http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/90257396542336151843457/p0000001.htm#I_1> [Consulta: 1 de febrero de 2013]

²¹⁸ *Ibíd.* Artículos 1,2, y 3

²¹⁹ *Ibíd.* Artículo 6. Esa norma también es un antecedente importante sobre el trato de los espías que regula el Protocolo I.

²²⁰ *Ibíd.* Artículo 4

²²¹ *Ibíd.* Artículo 7

²²² *Ibíd.* Artículo 8

importar sus opiniones, destinos, servicios y conducta, con respecto a las partes beligerantes.²²³

Por último, el tratado consagró el respeto por los cadáveres estableciendo que los combatientes muertos serían sepultados por el ejército o cuerpo vencedor y que los cadáveres que de una y otra parte se reclamaren por el gobierno, o por los particulares, no podrían negarse.²²⁴

El Tratado de Regularización de la Guerra constituye en uno de los antecedentes mas importantes del DIH, si se tiene en cuenta que fue celebrado en 1820, regulaba un conflicto de descolonización como si fuere un conflicto internacional. Asimismo, porque que en él se encuentran plasmados principios fundamentales del DIH, tales como el principio de humanidad, el principio de distinción, la inmunidad de la población civil, la asistencia sanitaria a los heridos y enfermos, el respeto de los combatientes muertos y el canje de prisioneros.

2. EL DERECHO DE LOS CONFLICTOS ARMADOS EN EL CONSTITUCIONALISMO COLOMBIANO

La Constitución Política de 1863 de los Estados Unidos de Colombia. Carta que fue precedida de la guerra civil que tuvo lugar entre 1860 y 1861, dispuso en su artículo 91 que el Derecho de Gentes hacía parte de la legislación nacional y que sus disposiciones regirían especialmente en los casos de guerra civil, pudiéndose poner fin a estas por medio de tratados entre los beligerantes, quienes deberían respetar las prácticas humanitarias de las naciones cristianas y civilizadas.²²⁵

Salvador Camacho Roldán²²⁶ quien fuera delegatario a la Asamblea Constituyente de 1863, afirmó frente a este artículo que la disposición constitucional constituía uno de los principios mas sanos y más civilizadores que habían podido consagrarse en una Constitución.²²⁷

Según Carlos Restrepo Piedrahita²²⁸, la Constitución de 1863, fue la primera que en el mundo incorporó el Derecho de Gentes y dispuso que el Gobierno proveyera la legislación judicial y penal en los casos de violación del Derecho Internacional.²²⁹ Función que estaba prevista en el numeral 15 del artículo 17 de dicha Constitución.²³⁰

La Constitución de 1863, fue fundamento para la expedición del Código Penal Militar de 1881, célebre porque incorporó completamente la

²²³ *Ibíd.* Artículo 11

²²⁴ *Ibíd.* Artículo 12

²²⁵ Colombia. Constitución Política de 1863. Alcaldía Mayor de Bogotá [en línea] <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=13698>> [Consulta: 10 de febrero de 2013]

²²⁶ Salvador Camacho Roldán fue un destacado jurista y periodista colombiano. Fue Gobernador de Panamá, parlamentario y miembro de la Asamblea Constituyente de 1863.

²²⁷ CAMACHO, R.S., Escritos Varios, Bogotá, Librería Colombiana, 1892, Open Library [en línea] <<http://archive.org/stream/escritosvariosdoorldgoog#page/n192/mode/1up>> [Consulta: 10 de febrero de 2013]

²²⁸ Carlos Restrepo Piedrahita fue uno de los constitucionalistas mas importantes de Colombia. El Instituto de Estudios Constitucionales de la Universidad Externado de Colombia lleva su nombre.

²²⁹ RESTREPO C., Derecho de Gentes. Diario El Tiempo, 1º de septiembre de 1994, [en línea] <<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-211034>> [Consulta: 2 de marzo de 2013]

²³⁰ Colombia. Constitución Política de 1863. Alcaldía Mayor de Bogotá [en línea] <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=13698>> [Consulta: 10 de febrero de 2013]

Declaración de San Petersburgo de 1868 y la Convención de Ginebra de 1864 para los militares heridos y enfermos en campaña y desarrolló ampliamente el derecho de la guerra aplicable tanto a los conflictos internacionales como a las guerras civiles.²³¹

Con la Constitución de 1886, Colombia pasó de un régimen federalista a uno centralista y nuevamente dispuso el sometimiento de los conflictos armados al Derecho de Gentes. Es así como en su artículo 121 dispuso que en los casos de guerra exterior o de conmoción interior, podía el presidente de la República declarar el estado de sitio y que mediante tal declaración quedaba investido de las facultades que le confirieran las leyes, y, en su defecto, de las que le daba el derecho de gentes, para defender los derechos de la Nación o reprimir el alzamiento.²³²

Finalmente, la actual Constitución Política que rige en Colombia desde julio de 1991, dispuso en su artículo 214 que en los estados de excepción no podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales y que en todo caso se respetarán las reglas del DIH.²³³

3. LA INCORPORACION AUTOMATICA DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO AL ORDENAMIENTO INTERNO COLOMBIANO

La Corte Constitucional colombiana ha considerado que el DIH se encuentra incorporado automáticamente al ordenamiento interno por expresa disposición de la Carta Política en la medida que se establece que en casos de estados de excepción deben respetarse estas reglas.

La Corte Constitucional, en la sentencia de constitucionalidad C574 de 1992,²³⁴ sobre 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 internacionales (Protocolo I), consideró que el artículo 214 de la Constitución Política de 1991, al disponer el respeto de las reglas del DIH, implica que esta normativa para Colombia tiene carácter supranacional y que en consecuencia para su incorporación no es necesaria ratificación o adhesión alguna a dichas normas. Dijo la Corte:

No se exige, en tales condiciones, ratificación o adhesión al convenio o al tratado. En otros términos, con la incorporación de este principio los constituyentes quisieron ante todo proteger los valores humanitarios reconocidos universalmente por la comunidad internacional, abstracción hecha del derecho que los consagra.

En consecuencia, se acogió la fórmula de la incorporación automática del derecho internacional humanitario al ordenamiento interno nacional, lo cual, por lo demás, es lo congruente con el carácter imperativo que, según ya fue explicado, caracteriza a los

²³¹ VALENCIA A., Derecho Humanitario para Colombia, Defensoría del Pueblo, Bogotá, 1994, pág. 59.

²³² Colombia. Constitución política de 1886. Alcaldía Mayor de Bogotá [en línea] <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7153>> [Consulta: 11 de febrero de 2013]

²³³ Colombia. Constitución Política de 1991. Alcaldía Mayor de Bogotá [en línea] <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125#0>> [Consulta: 11 de febrero de 2013]

²³⁴ Colombia. Sentencia de la Corte Constitucional C-574/92 [en línea] <<http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/C-574-92.htm>> [Consulta: 10 de febrero de 2013]

principios axiológicos que hacen que este cuerpo normativo integre el ius cogens. ²³⁵

Asimismo, la Corte Constitucional consideró en dicha sentencia 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.”* ²³⁶

La Corte Constitucional, nuevamente en la sentencia No. C-225/95, reiteró la incorporación automática del DIH al ordenamiento interno y la obligación de todas las partes de respetar en todo tiempo y en todo lugar, las reglas de derecho humanitario. Dijo la Corte:

...en Colombia no sólo el es válido en todo tiempo sino que, además, opera una incorporación automática del mismo... Por consiguiente, tanto los integrantes de los grupos armados irregulares como todos los funcionarios del Estado, y en especial todos los miembros de la Fuerza Pública quienes son destinatarios naturales de las normas humanitarias, están obligados a respetar, en todo tiempo y en todo lugar, las reglas del derecho internacional humanitario, por cuanto no sólo éstas son normas imperativas de derecho internacional (ius cogens) sino, además, porque ellas son reglas obligatorias per se en el ordenamiento jurídico y deben ser acatadas por todos los habitantes del territorio colombiano. Y no podía ser de otra manera, pues las normas de 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. ²³⁷

La tesis de la incorporación automática del DIH al ordenamiento interno es equivocada. El error de la Corte Constitucional parece partir de dos premisas. La primera, por considerar que todo el DIH contiene normas de *ius cogens* y la segunda, por hacer caso omiso de las reglas que la misma Constitución ha dispuesto para la incorporación del Derecho Internacional al ordenamiento interno.

Si bien es cierto, puede afirmarse sin temor a equivocación, que los principios que inspiran el DIH tienen el carácter de *ius cogens* y que en esa medida se aplican independientemente de su ratificación o adhesión a tratado alguno y que para ello es suficiente apoyarse en lo dispuesto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969 al establecer que *“... una norma imperativa de derecho internacional general 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*

²³⁵ *Ibíd.*

²³⁶ *Ibíd.*

²³⁷ Colombia. Sentencia de la Corte Constitucional C-225/95 [en línea] <<http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-225-95.htm>> [Consulta: 1 de febrero de 2013]

*ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.”*²³⁸ También lo es que no todas las normas del DIH tienen ese carácter al punto que la academia, los jueces y el Comité Internacional de la Cruz Roja, entre otros, hacen constantes ejercicios con el fin de determinar las normas de *ius cogens* que conforman el DIH.

Ya en 1989, el profesor José Antonio Pastor Ridruejo, en ponencia presentada en el marco de las jornadas de DIH, celebradas en la Universidad de Sevilla,²³⁹ se preguntaba que normas del Protocolo I serían aplicables a conflictos entre Estados no parte, o a conflictos regidos por el Protocolo II.²⁴⁰

La XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, celebrada en 1995, invitó al Comité Internacional de la Cruz Roja a preparar un informe relativo a las normas consuetudinarias de DIH aplicables en los conflictos armados internacionales y no internacionales, y a divulgarlo a los Estados y órganos internacionales competentes.²⁴¹

Resultado de dicha invitación el CICR publicó un estudio sobre las normas consuetudinarias de DIH aplicables en los conflictos armados internacionales y no internacionales, publicado en inglés en 2005 y en español en 2007²⁴², donde no concluye con que todos los tratados de DIH sean normas de *ius cogens*, dejando sentadas las normas que sí tienen dicho carácter.

La Corte Constitucional también desconoce el procedimiento establecido por la Constitución para incorporar el derecho internacional al ordenamiento interno, es decir, el proceso de ratificación o adhesión establecido en el artículo 224.

El artículo 224 de la Constitución dispone que:

*Los tratados, para su validez, deberán ser aprobados por el Congreso. Sin embargo, el Presidente de la República podrá dar aplicación provisional a los tratados de naturaleza económica y comercial acordados en el ámbito de organismos internacionales, que así lo dispongan. En este caso tan pronto como un tratado entre en vigor provisionalmente, deberá enviarse al Congreso para su aprobación. Si el Congreso no lo aprueba, se suspenderá la aplicación del tratado.*²⁴³

El profesor Frits Kalshoven al comentar las sentencias 574/82 y 225/95 afirmó que algunas de las tesis de la Corte Constitucional pueden considerarse audaces y que es posible que no todos los gobiernos compartieran la visión del DIH como un conjunto indivisible de orden

²³⁸ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969. BOE, [en línea] http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1980-11884 > [Consulta 23 de febrero de 2013]

²³⁹ II Jornadas sobre Derecho Internacional Humanitario, Sevilla 4 y 5 de mayo de 1989. Cruz Roja Española, AIETI, Universidad de Sevilla (eds.), Sevilla, 1990, 97 p.

²⁴⁰ *Ibid.* Pág. 75.

²⁴¹ COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. El derecho internacional humanitario consuetudinario, Volumen I, Primera edición: octubre de 2007, Buenos Aires, [en línea] <http://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_t2009106.pdf> [Consulta: 5 de febrero de 2013]

²⁴² *Ibid.*

²⁴³ Colombia. Constitución Política de Colombia, Artículo 224. Senado de la República [en línea] <http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion_politica_1991_pro07.html> [Consulta 10 de febrero de 2013]

superior, de verdadero *ius cogens*, aplicable automática e integralmente en el orden interno. 244

4. LA PREVALENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO EN EL ORDENAMIENTO INTERNO

Para la Corte Constitucional colombiana, el DIH no sólo se incorpora automáticamente sino que prevalece en el orden interno en la medida que se complementa con el régimen de protección de los derechos humanos.

Afirma la Corte al referirse a los convenios de derecho humanitario que:

... conviene tener en cuenta que estos convenios hacen parte, en sentido genérico, del corpus normativo de los derechos humanos, puesto que, tanto los tratados de derechos humanos en sentido estricto como los convenios de derecho humanitario son normas de ius cogens que buscan, ante todo, proteger la dignidad de la persona humana. 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. La diferencia es entonces de aplicabilidad, puesto que los unos están diseñados, en lo esencial, para situaciones de paz, mientras que los otros operan en situaciones de conflicto armado, pero ambos cuerpos normativos están concebidos para proteger los derechos humanos. ²⁴⁵

La Corte Constitucional afirma que el artículo 93 de la Carta establece la prevalencia en el orden interno de ciertos contenidos de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia siempre y cuando se den los dos supuestos establecidos por el artículo constitucional, es decir, el reconocimiento de un derecho humano y que se trate de aquellos que no admitan limitaciones durante los estados de excepción.²⁴⁶

Agrega la Corte que los tratados de DIH como los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos reconocen derechos humanos que no pueden ser limitados ni durante los conflictos armados, ni durante los estados de excepción. ²⁴⁷

La Corte considera que el DIH tiene un carácter supranacional desde la perspectiva del derecho internacional y de conformidad con el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.²⁴⁸ Sin embargo, agrega que desde la perspectiva del derecho interno esta interpretación debe ser matizada, puesto que el artículo 4^o constitucional dispone que la Constitución es norma de normas, estableciendo en consecuencia la supremacía de la Constitución sobre los tratados.²⁴⁹

La Corte, apoyándose en la noción de bloque de constitucionalidad, resuelve el aparente conflicto entre el artículo 4^o que dispone la prevalencia

²⁴⁴ KALSHOVEN, F., El protocolo II, la CDDH y Colombia. Derecho Internacional Humanitario Aplicado -Casos de Colombia, El Salvador, Guatemala, Yugoslavia y Ruanda, TM Editores, Bogotá, 1998. Págs. 70 y 71.

²⁴⁵ Colombia. Sentencia de la Corte Constitucional C-225/95 [en línea] <<http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-225-95.htm>> [Consulta: 1 de febrero de 2013]

²⁴⁶ *Ibíd.*

²⁴⁷ *Ibíd.*

²⁴⁸ El artículo 27 de la Convención de Viena del Derecho de los Tratados dispone que una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

²⁴⁹ Colombia. Sentencia de la Corte Constitucional C-225/95 [en línea] <<http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-225-95.htm>> [Consulta: 1 de febrero de 2013]

de la Constitución y los artículos 93 y 214 numeral 2 que disponen la prevalencia de los derechos humanos en el orden interno, afirmando que:

... la Corte Constitucional coincide con la Vista Fiscal en que el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (CP arts. 93 y 214 numeral 2º) es que éstos forman con el resto del texto constitucional un "bloque de constitucionalidad", cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (CP art. 4º), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (CP art. 93).²⁵⁰

Para la Corte Constitucional el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución.²⁵¹

5. EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO APLICABLE EN COLOMBIA

5.1. Tratados vigentes

Colombia ha sido proclive a ratificar o adherirse al derecho convencional que conforma el DIH, es así como en la actualidad es parte de los siguientes tratados:

- El Protocolo de Ginebra de 1925, relativo a la prohibición del empleo en la guerra de gases asfixiantes tóxicos o similares y medios bacteriológicos, aprobado por la Ley 10 de 1980.

- Los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949, aprobados por la Ley 5 de 1960.

- La Convención de la Haya de 1954, sobre la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, aprobada por la Ley 340 de 1996.

- Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, aprobado con base en el artículo 58 transitorio de la Constitución Política de 1991.

- Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, aprobado por la Ley 171 de 1994.

- La Convención de Ginebra sobre prohibición o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, del 10 de octubre de 1980, con su Protocolo I, "sobre fragmentos no localizables", el Protocolo II, "sobre prohibiciones o restricciones del empleo de minas, armas trampa y otros artefactos", el Protocolo III, "sobre prohibiciones o restricciones del empleo de armas incendiarias", y el Protocolo "sobre armas láser cegadoras. Instrumentos aprobados por la Ley 469 de 1998.

²⁵⁰ *Ibíd.*

²⁵¹ *Ibíd.*

- La Convención de Ottawa de 1997, sobre prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de las minas antipersonal y sobre su destrucción, aprobada por la Ley 554 de 2000.
- El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998, aprobado mediante la Ley 742 de 2002.²⁵²

5.2. Código Penal de 2000

El Código Penal colombiano, aprobado mediante la Ley 599 de 2000²⁵³, elevó a la categoría de delitos una serie de conductas contrarias al DIH, teniendo en cuenta las infracciones graves, consagradas en los Convenios de Ginebra de 1949 y en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Es así como se elevaron a la categoría de delitos, entre otros, el genocidio, la apología del genocidio, la deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil; el homicidio, las lesiones, la violencia sexual, la tortura, los tratos inhumanos y degradantes y los experimentos biológicos en persona protegida.²⁵⁴

La normativa penal considera como personas protegidas conforme al DIH a: Los integrantes de la población civil, las personas que no participan en hostilidades y los civiles en poder de la parte adversa, los heridos, enfermos o náufragos puestos fuera de combate, el personal sanitario o religioso, los periodistas en misión o corresponsales de guerra acreditados, los combatientes que hayan depuesto las armas por captura, rendición u otra causa análoga, quienes antes del comienzo de las hostilidades fueron considerados como apátridas o refugiados y 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.²⁵⁵

El Código Penal, también prohíbe la prostitución forzada o esclavitud, la utilización de medios y métodos de guerra ilícitos, la perfidia, los actos de terrorismo, los actos de barbarie, los actos de discriminación racial, la toma de rehenes, la detención ilegal y privación del debido proceso, el constreñimiento a apoyo bélico, el despojo en el campo de batalla, la omisión de medidas de socorro y asistencia humanitaria, la obstaculización de tareas sanitarias y humanitarias y la destrucción y apropiación de bienes protegidos.

El Código Penal considera como bienes protegidos conforme al DIH a: Los de carácter civil que no sean objetivos militares, los bienes culturales y los lugares destinados al culto, los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, los elementos que integran el medio ambiente natural y las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas.²⁵⁶

El estatuto penal también tipifica como delito contra el DIH la destrucción de bienes e instalaciones de carácter sanitario, la destrucción o utilización ilícita de bienes culturales y de lugares de culto, el ataque contra obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas, las represalias a

²⁵² COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. Estado de Ratificación de los principales Tratados de DIH [en línea] <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/party_main_treaties.htm> [Consulta: 10 de febrero de 2013]

²⁵³ Colombia. Código Penal, Ley 599 de 2000 Senado de la República [en línea] http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2000/ley_0599_2000_pro04.html [Consulta: 1 de febrero de 2013]

²⁵⁴ *Ibíd.*

²⁵⁵ *Ibíd.*

²⁵⁶ *Ibíd.*

personas o bienes protegidos, los atentados a la subsistencia y devastación de bienes de la población civil, la omisión de medidas de protección a la población civil, el reclutamiento ilícito, la exacción o contribuciones arbitrarias y el empleo de métodos o medios concebidos para causar daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural.

El Código Penal colombiano recoge las infracciones mas graves al DIH. Estas normas imponen penas de prisión, multa e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas a todo aquel que con ocasión y en desarrollo de un conflicto armado, sea este internacional o no internacional, incurra en dichas conductas.

5.3. Derecho Internacional humanitario Consuetudinario, aplicable en Colombia

El estudio encargado al Comité Internacional de la Cruz Roja CICR sobre las normas consuetudinarias de aplicables en los conflictos armados internacionales y no internacionales, ya citado, resalta la importancia que conserva el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario al afirmarse que hay tres razones por las que este régimen jurídico sigue siendo sumamente importante, a saber:

En primer lugar, aunque los Convenios de Ginebra gozan hoy de una adhesión universal, no sucede igual con otros importantes tratados, incluidos los Protocolos adicionales. Estos tratados se aplican sólo entre los Estados o en los Estados que los han ratificado. En cambio, las normas de derecho internacional consuetudinario, a las que a veces se denomina derecho internacional “vinculante”, son obligatorias para todos los Estados y, cuando procede, para todas las partes en conflicto, sin necesidad de una adhesión oficial.

En segundo lugar, el derecho internacional humanitario aplicable a los conflictos armados sin carácter internacional no llega a satisfacer las necesidades de protección derivadas de esos conflictos. Como se reconoció en las conferencias diplomáticas que condujeron a su aprobación, el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra y el Protocolo adicional II a esos Convenios sólo constituyen el régimen normativo más elemental. La practica de los Estados trasciende lo que esos mismos Estados han aceptado en conferencias diplomáticas, ya que la mayoría de ellos coinciden en que la esencia de las normas consuetudinarias sobre la conducción de hostilidades se aplica a todos los conflictos armados, internacionales y no internacionales.

Por ultimo, el derecho internacional consuetudinario puede ayudar a interpretar el derecho convencional. Un principio bien establecido es que todo tratado debe interpretarse de buena fe y tomando debidamente en consideración todas las fuentes pertinentes del derecho internacional.²⁵⁷

La Corte Constitucional colombiana equipara el derecho consuetudinario a las normas de *ius cogens* y en esa medida lo considera obligatorio. En la sentencia C-574/92, la Corte afirmó que:

²⁵⁷ COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. El derecho internacional humanitario consuetudinario, Volumen I, Primera edición: octubre de 2007, Buenos Aires, [en línea] <http://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_t2009106.pdf> [Consulta: 5 de febrero de 2013]

... 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 o internacional, ampliamente aceptado por la comunidad internacional, hacen parte del ius cogens o derecho consuetudinario de los pueblos. En consecuencia, su fuerza vinculante proviene de la universal aceptación y reconocimiento que la comunidad internacional de Estados en su conjunto le ha dado al adherir a esa axiología y al considerar que no admite norma o práctica en contrario.²⁵⁸

La Corte agrega que el respeto del DIH es independiente de la ratificación o adhesión que hayan prestado o dejado de prestar los Estados a los instrumentos internacionales que recogen dichos principios²⁵⁹ y que el es, ante todo, un catálogo axiológico cuya validez absoluta y universal no depende de su consagración en el ordenamiento positivo.²⁶⁰

A partir de lo dispuesto por la Corte Constitucional, puede afirmarse que la aplicación del DIH en Colombia desde el punto de vista jurídico es un tema resuelto. Por una parte, la Corte Constitucional ha reiterado su obligatoriedad en el país y por la otra este derecho ya se encuentra incorporado en los tratados que el país ha ratificado o adherido.

6. PROBLEMAS DE APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO EN COLOMBIA

Si bien es cierto que no existe duda sobre la obligatoriedad que el DIH tiene para Colombia en situaciones de conflicto armado, también lo es que su aplicación no ha estado exenta de dificultades, especialmente, en relación con la negación del conflicto armado y la inexistencia de algunos actores armados. Así como problemas con la aplicación del principio de distinción, el juzgamiento a miembros de la Fuerza Pública y con su implementación.

6.1. La negación del conflicto armado o de la existencia de algunos actores armados

El Gobierno del Presidente Álvaro Uribe Vélez (2002-2010) negó, hasta el último minuto de su mandato, la existencia del conflicto armado en Colombia pese a que los grupos armados que se oponen violentamente a las fuerzas armadas legítimamente constituidas cuentan con un mando responsable y controlan territorios que les permiten realizar operaciones militares sostenidas y concertadas.

El Gobierno Uribe justificó la inexistencia del conflicto armado con el argumento de que los actores armados no era parte de un conflicto sino organizaciones delincuenciales dedicadas al terrorismo y al tráfico de narcóticos.²⁶¹

²⁵⁸ Colombia. Sentencia de la Corte Constitucional C-225/95 [en línea] <<http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-225-95.htm>> [Consulta: 1 de febrero de 2013]

²⁵⁹ *Ibíd.*

²⁶⁰ *Ibíd.*

²⁶¹ BOTERO L., (compilador.) La estratagema terrorista. Las razones del presidente Uribe para no aceptar la existencia de un conflicto interno armado en Colombia, Fundación Konrad Adenauer Stiftung y Fundación Centro de Pensamiento Primero Colombia, Bogotá, enero de 2008.

Sin embargo, y pese al discurso gubernamental, las Fuerzas Militares y de Policía combatían a los grupos de guerrilla y paramilitares en el marco de las leyes de la guerra y no en el marco de los derechos humanos como hubiera correspondido si el país se encontrara en paz. De igual forma, el Gobierno condenaba a los actores armados por violaciones al DIH y adelantaba conversaciones de paz con los paramilitares y la guerrilla del Ejército de Liberación Nacional. En conclusión, el Gobierno negaba la existencia del conflicto armado, pero simultáneamente actuaba como una parte del conflicto.

El discurso de la negación del conflicto armado se hizo insostenible y el nuevo gobierno, en cabeza del Presidente Juan Manuel Santos, tuvo que reconocer la existencia del conflicto armado. En mayo de 2011, el Presidente Santos afirmó que las Fuerzas Armadas venían operando bajo el paraguas del DIH, porque ese paraguas les daba mucha más flexibilidad y ampliaba el margen de operación. Situación que presuponía automáticamente la existencia de un conflicto armado interno. Agregó que sin esa declaratoria, no podrían bombardear a los jefes de la guerrilla ni los campamentos guerrilleros.²⁶²

El reconocimiento del conflicto armado en Colombia quedó consagrado en la Ley 1448 de 2011.²⁶³ Reconocimiento que contó con el apoyo de las Fuerzas Armadas que comprendieron al fin, las ventajas de combatir a un actor armado dentro del marco del DIH y no dentro del marco de una legislación de paz.²⁶⁴

Infelizmente, la coherencia del Gobierno Santos frente a la existencia del conflicto armado no es total y pretende negar que las llamadas bandas criminales BACRIM, organizaciones armadas ilegales que surgieron después de la desmovilización de los grupos paramilitares, sean también partes en el conflicto armado.

En Declaración del Presidente Santos, con ocasión de un Consejo de Seguridad celebrado en febrero de 2011, afirmó que las bandas criminales no eran grupos armados ilegales y que había una diferencia en el tratamiento y en la caracterización de los grupos armados ilegales que no tenían las bandas criminales, las cuales eran parte del crimen organizado.²⁶⁵

La antigua Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación hizo un esfuerzo de caracterización de las bandas criminales y afirmó que:

Los nuevos grupos armados ilegales buscan un control geoestratégico, poblacional y político que les permita acceder con ventajas a sus propósitos. Afrontan la acción de la Fuerza Pública en su contra y las confrontaciones con las guerrillas, y entre ellos, por rivalidades. Son grupos más pequeños que los frentes o bloques de las

²⁶² Revista Semana, 14 de mayo de 2011. Si no hay reconocimiento del conflicto, nos vamos para la cárcel: Presidente [en línea] <<http://www.semana.com/nacion/articulo/si-no-reconocimiento-del-conflicto-vamos-para-carcel-presidente/239821-3>> [Consulta: 3 de marzo de 2013].

²⁶³ Colombia. Ley 1448 de 2011 Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones. Senado de la República. <http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley_1448_2011.html> [Consulta: 3 de marzo de 2013]

²⁶⁴ Revista Semana, 10 de mayo de 2011. Cúpula militar, clave para el reconocimiento del conflicto armado [En línea] <<http://www.semana.com/politica/articulo/cupula-militar-clave-para-reconocimiento-del-conflicto-armado/239586-3>> [Consulta: 3 de marzo de 2013]

²⁶⁵ Presidencia de la República, Declaración del Presidente Juan Manuel Santos al concluir el Consejo Nacional de Seguridad en la Casa de Nariño, 7 de febrero de 2011 <http://wsp.presidencia.gov.co/Prensa/2011/Febrero/Paginas/20110207_04.aspx> [Consulta: 3 de marzo de 2013]

*AUC, aunque varían de tamaño según la región. Asumen dispositivos de patrullaje y control más eventual. Algunos de mayor poder tienen contingentes con armas bélicas, uniformes, despliegue de operativos militares y campamentos; pero ahora es más frecuente ver a sus integrantes con vestimenta civil y armas cortas disimuladas. Mantienen presencia en vías, cruces de carreteras, corredores y sitios de interés estratégico, incluyendo las cabeceras de corregimientos y presencia en municipios y ciudades. Acceden a negocios ilegales y por lo regular los que estuvieron bajo el control de las AUC.*²⁶⁶

De otra parte, la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos se refiere a estas organizaciones armadas como grupos armados ilegales surgidos después de la desmovilización de organizaciones paramilitares. La Alta Comisionada para los Derechos Humanos en su Informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia durante el año 2012 afirmó que:

86. Los grupos post-desmovilización son considerados por todos los sectores una de las mayores amenazas para el orden público y responsables del mayor número de asesinatos, violaciones, actos de explotación sexual, violencia física y psicológica, desplazamientos forzados, extorsiones, hostigamientos y amenazas. Su presencia y actividades coercitivas siguen causando estragos en la vida comunitaria. La Oficina en Colombia registró amenazas atribuidas a estos grupos contra defensores de los derechos humanos, entre ellos los que reclaman sus derechos a la restitución de tierras y al retorno...

*87. La capacidad de estos grupos armados para corromper e intimidar ha debilitado mucho la respuesta del Estado en muchas zonas rurales y urbanas marginadas y ha afectado a ámbitos como las autoridades locales, la policía, los militares y la justicia penal.*²⁶⁷

El Procurador General de la Nación, en su primer informe sobre la justicia transicional en Colombia manifestó su preocupación al respecto y afirmó que las BACRIM son organizaciones que heredaron el accionar delictivo de las AUC, replicando nuevamente sus acciones: narcotráfico, reclutamiento ilegal, homicidios, control territorial y desplazamiento.²⁶⁸

Asimismo, el Defensor del Pueblo en comunicación al Ministerio de Defensa Nacional indicó que las BACRIM cuentan con “una organización armada, con mandos jerárquicos, con capacidad para reclutar y entrenar a los miembros del grupo armado ilegal, con la habilidad para coordinar operaciones de tipo militar y ejercer control sobre un territorio, todo ello establecido en el artículo 3 Común a los Cuatro convenios de Ginebra de 1949 y el artículo 1 del Protocolo II Adicional de 1977.”²⁶⁹

²⁶⁶ COMISIÓN NACIONAL DE REPARACIÓN Y RECONCILIACIÓN ÁREA DE DDR, La reintegración: logros en medio de rearmes y dificultades no resueltas. Segundo Informe, Bogotá, DC agosto de 2010 [en línea] < <http://m.semana.com/nacion/articulo/las-bacrim-tendrian-unos-seis-mil-hombres-seis-estructuras/234266-3> > [Consulta: 3 de marzo de 2013]

²⁶⁷ NACIONES UNIDAS, Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos 22o período de sesiones, Tema 2 de la agenda, 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, A/HRC/22/17/Add.3* Distr. General 7 de enero de 2013 Español Original: inglés [en línea] <<http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/informes/altocomisionado/informes.php3?cat=11>> [Consulta: 3 de marzo de 2013]

²⁶⁸ PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION, La Justicia Transicional en Colombia: Un proceso en construcción, Bogotá julio de 2011, pág. 13.

²⁶⁹ Al respecto véase en el Diario el Tiempo. Las bandas criminales deben ser catalogadas como grupos ilegales, 13 de noviembre de 2012 [en línea] <

El desconocimiento de las BACRIM como una parte en conflicto, ha conllevado a que las Fuerzas Militares no las combatan, pese a que estas organizaciones se comportan como una fuerza militar, dejando dicha responsabilidad en la Policía Nacional. De igual forma, con esta situación, el Gobierno impide que las víctimas de estas organizaciones accedan a los beneficios consagrados en la Ley de Víctimas, coartándoles el derecho a la verdad, la justicia y la reparación.

El desconocimiento de las BACRIM como una parte en el conflicto pareciera encontrarse en el deseo de minimizar el fracaso parcial del proceso de sometimiento de los grupos paramilitares llevado a cabo en el Gobierno anterior.

6.2. El principio de distinción

Si bien pareciera que la aplicación del principio de distinción, principio fundamental del DIH, no debiera generar mayores dificultades, pues bastaría distinguir entre combatientes y población civil, la realidad demuestra que es todo lo contrario, dado que se está frente a un conflicto armado de carácter no internacional.

En Colombia, no siempre los grupos armados que se enfrentan a las Fuerzas Armadas se distinguen de la población civil ni portan abiertamente las armas y en muchas ocasiones, la población civil ha sido usada como escudo.

Definir la participación directa en las hostilidades de la participación indirecta no es una tarea fácil. Así lo reconoce el Comité Internacional de la Cruz Roja en el estudio relativo al Derecho Internacional Humanitario consuetudinario. Entonces, ¿Que tratamiento darle a quienes desempeñan la labor de informantes, a quienes apoyan el esfuerzo militar de las partes con el aprovisionamiento de víveres, medicamentos, etc.?

Algunos sectores, han pretendido exigir de la población civil y de las personas civiles una aptitud de neutralidad frente al conflicto armado pese a que el DIH tan sólo demanda de la población civil y de las personas civiles abstenerse de participar directamente en las hostilidades para beneficiarse de la inmunidad a que tienen derecho.

La Corte Constitucional en la Sentencia C-251/02 ha considerado 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.²⁷⁰

Con ocasión del informe sobre Colombia en 1999, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos intentó definir el alcance de la participación directa e indirecta en las hostilidades y al respecto afirmó:

54. En la práctica, una persona civil participa directa o activamente en hostilidades cuando, individualmente o como miembro de un grupo, asume el papel de combatiente. Dichas personas civiles constituyen una amenaza inmediata de daño cuando se preparan, participan y retornan del combate. Como tales, quedan expuestas a

http://www.eltiempo.com/justicia/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-12376523.html] > [Consulta: [10 de marzo de 2013]

²⁷⁰ Colombia. Sentencia de la Corte Constitucional C-251/02 [en línea] <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-251-02.htm>> [Consulta: 10 de febrero de 2013]

ataque directo. Más aún, debido a sus actos hostiles, esas personas civiles pierden los beneficios de los que gozan los civiles pacíficos, de precaución al atacar y contra los efectos de ataques indiscriminados o desproporcionados.

55. 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.

56. 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 consideradas combatientes por esa única razón. Esto se debe a que la participación indirecta, tal como vender mercaderías a una o varias de las 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...²⁷¹

Agrega la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que:

La Comisión señala que cuando asumen el papel de combatientes, los miembros de los grupos paramilitares claramente pierden la protección contra ataques directos hasta el momento en que cesen todos sus actos hostiles contra el adversario. Sin embargo, cuando la participación directa de tales personas en las hostilidades constituye su actividad cotidiana principal, surge el interrogante sobre si con ello se han despojado de su estatus civil y se han convertido en combatientes sujetos a ataque directo bajo las mismas condiciones aplicables a miembros de las Fuerzas Militares regulares...²⁷²

En relación con la Policía la comisión afirmó que:

66. 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.²⁷³

²⁷¹ COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia, OEA/Ser.L/V/II.102 Doc. 9 rev. 1 26 febrero 1999 Original: Inglés. [en línea] <<http://www.cidh.oas.org/countryrep/colom99sp/capitulo-4.htm>> [Consulta: 10 de marzo de 2013]

²⁷² *Ibíd.*

²⁷³ *Ibíd.*

Otros tema problemático en relación con el principio de distinción está relacionado con la participación de personas civiles en la remoción de minas antipersona y otros artefactos explosivos, armas que son usadas por la guerrilla, dada la ventaja militar que les genera y pese a la prohibición que sobre ellas recae por sus efectos indiscriminados y los daños innecesarios que produce. El Gobierno nacional con el apoyo de cooperantes internacionales ha establecido un programa de desminado en medio del conflicto armado con participación de personas civiles.

El Procurador General de la Nación en su informe sobre el desminado humanitario publicado en el mes de Diciembre de 2011 consideró que:

La utilización de personas civiles en desminado humanitario, estando en curso el conflicto, implica que ellas participen de la confrontación armada porque contribuyen a debilitar el esfuerzo de guerra de los grupos armados ilegales y contribuyen a su vez a fortalecer el esfuerzo de guerra del Estado. Aunque esta participación pueda ser considerada como una participación indirecta en las hostilidades y por ello los civiles no estarían renunciando a la inmunidad establecida por el , y en consecuencia los actores armados ilegales no podrían en ningún momento atacarlas, no por ello, estarían libres de riesgos, máxime que estos grupos armados se han caracterizado por hacer caso omiso del . En esta medida considera la Procuraduría General de la Nación que el Gobierno Nacional debería abstenerse de fomentar y permitir la participación de civiles en desminado humanitario mientras persista el conflicto armado, pudiendo en su lugar fortalecer y ampliar los pelotones de desminado de la Fuerza Pública.²⁷⁴

Estas consideraciones del Procurador General de la Nación han sido cuestionadas por organizaciones tan importantes como El Servicio de las Naciones Unidas de Acción contra las Minas UNMAS, la Campaña Internacional para la Prohibición de las Minas ICBL y el Comité Internacional de la Cruz Roja.²⁷⁵ Organizaciones que consideran que remover las armas de una parte en conflicto mientras se mantienen las hostilidades, no puede considerarse como participación en el conflicto.

El Comité Internacional de la Cruz Roja en relación con la posición del Procurador General de la Nación manifestó que:

... la participación de civiles en las actividades de desminado no debiera calificarse, per se, como un acto de participación directa en las hostilidades y, por lo mismo, como generador de la pérdida de protección de los mismos contra los efectos de los ataques a la luz del DIH, toda vez que se tendrían que evaluar las circunstancias de tiempo y lugar y los criterios de la participación anteriormente mencionados.

... una posible participación en las hostilidades debe ser considerada en observancia de las circunstancias propias de cada situación y de las obligaciones Estatales de protección de la población civil, en cualquier caso y que a propósito de actividades de desminado humanitario por parte de civiles deberá evaluarse y tenerse siempre

²⁷⁴ PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACION. El desminado humanitario en Colombia, Bogotá, diciembre de 2011 [en línea] <<http://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/250112informe.pdf>> [Fecha de consulta 5 de marzo de 2013]

²⁷⁵ PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACION, El desminado humanitario en Colombia, Segundo Informe de Seguimiento, Bogotá, Junio de 2012.

presente la necesidad de adoptar medidas preventivas y de seguridad.

²⁷⁶

En conclusión, el Comité Internacional de la Cruz Roja considera que la remoción de minas por parte de civiles, mientras persista el conflicto armado, no puede considerarse como participación en las hostilidades.

6.3. El juzgamiento a la Fuerza Pública por infracciones al Derecho Internacional Humanitario

El fuero militar ha sido una institución que ha acompañado a las fuerzas militares en el mundo y las fuerzas militares de Colombia no han sido la excepción. Sin embargo, el fuero militar que por regla general ha cobijado los delitos militares y los cometidos con ocasión del servicio como los crímenes de guerra, ha sido severamente limitado en Colombia, primero por la Corte Constitucional y luego por el Código Penal Militar, expedido por la Ley 1407 de 2010. Situaciones que se explican por la impunidad que ha acompañado a la justicia penal militar colombiana y a consideraciones políticas.

La Corte Constitucional, en Sentencia C-533/08, con ocasión del examen de constitucionalidad de objeción presidencial afirmó que:

Esta Corporación tanto en jurisprudencia anterior como en la Sentencia C-878 de 2000, precisó que el artículo 3º. de la Ley 522 de 1999 -código penal militar-, que se repite en el proyecto de ley, sólo puede ser considerado exequible en cuanto se agregue a su texto que además de los delitos expresamente mencionados por el legislador, quedan excluidos de la competencia de la jurisdicción penal militar los delitos de lesa humanidad, los que signifiquen atentado contra el Derecho Internacional Humanitario y 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.²⁷⁷

La jurisprudencia de la Corte Constitucional fue recogida por la Ley 1407 de 2010 que dispuso en su artículo 2º que en ningún caso podrán relacionarse con el servicio los delitos de tortura, genocidio, desaparición forzada, de lesa humanidad o aquellos que atenten contra el DIH, 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.²⁷⁸

La jurisprudencia constitucional, junto con las disposiciones legales consagradas en el Código Penal Militar, ha conllevado a que los militares y policías acusados de haber cometido infracciones al DIH sean investigados y juzgados penal y disciplinariamente por personas civiles que desconocen el alcance del derecho de los conflictos armados y de los principios que lo informan. Tampoco conocen de estrategia y táctica militar y mucho menos las situaciones a las que se ven avocados los combatientes en el campo de batalla.

²⁷⁶ *Ibíd.*

²⁷⁷ Colombia. Sentencia de la Corte Constitucional, C-533/08, Revisión oficiosa de las objeciones presidenciales presentadas al proyecto de ley 111/06 Senado, 144/05 Cámara, “Por la cual se expide el Código Penal Militar” [en línea] <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/c-533-08.htm>> [Consulta: 10 de febrero de 2013]

²⁷⁸ Colombia. Ley 1407 de 2010. Senado de la República [en línea] <http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2010/ley_1407_2010.html#1> [10 de marzo de 2013]

Si bien a la Corte Constitucional le asiste razón al considerar que delitos como la tortura, el genocidio, la desaparición forzada, o los crímenes de lesa humanidad no pueden ser de conocimiento de la justicia penal militar por no guardar relación con el servicio, no pasa igual con los delitos relacionados con las infracciones al DIH pues esta clase de delitos, en su mayoría están íntimamente ligados con el servicio.

Esta situación ha llevado a que los militares eviten confrontar al enemigo por temor a ser sujetos de un proceso penal y además adelantado por jueces civiles. Razón por la cual el Gobierno nacional tuvo que presentar un proyecto de modificación de la Constitución nacional para restituir el fuero a militares y policías. Es así como por medio del Acto Legislativo No. 02 de 27 de Diciembre de 2012, el Congreso de la República modificó la Carta Política disponiendo que el artículo 221 que consagra el fuero militar quedara así:

“De los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales cortes o tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro.

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.

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 .

... Los miembros de la Fuerza Pública cumplirán la detención preventiva en centros de reclusión establecidos para ellos y a falta de estos, en las instalaciones de la Unidad a que pertenezcan. Cumplirán la condena en centros penitenciarios y carcelarios establecidos para miembros de la Fuerza Pública.²⁷⁹

La reforma pretende en síntesis que la jurisdicción penal militar y policial juzgue a los militares y policías por violaciones al DIH , salvo los crímenes de lesa humanidad, los delitos de genocidio, desaparición forzada, ejecución extrajudicial, violencia sexual, tortura y desplazamiento forzado. Asimismo, busca garantizar que la privación de la libertad de los miembros de la Fuerza Pública se cumpla en establecimientos especiales.

Esta reforma ha sido condenada por la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en el informe anual que fuera publicado el 22 de febrero de 2013, manifestó que:

La reforma constitucional para ampliar la jurisdicción de los tribunales militares vulnera la separación básica entre los poderes

²⁷⁹ Colombia. Acto Legislativo 02 de 2012. Presidencia de la República [en línea] <<http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/actos-legislativos/Documents/2012/ACTO%20LEGISLATIVO%20N%2002%20DEL%2027%20DE%20DICIEMBRE%20DE%202012.pdf>> [Consulta: 10 de marzo de 2013]

*necesaria para la independencia del poder judicial... El sistema de justicia militar debe utilizarse únicamente para juzgar crímenes o delitos que por su propia naturaleza atenten contra los intereses jurídicos relacionados directamente con los militares... La Alta Comisionada considera que esta reforma comprometería gravemente los esfuerzos previos del Gobierno de Colombia para que se investiguen debidamente las violaciones de los derechos humanos y se exijan responsabilidades a sus autores.*²⁸⁰

6.4. La falta de medidas de aplicación del Derecho Internacional Humanitario

Colombia ha adoptado importantes medidas para garantizar el respeto del DIH. Es así como se han tomado medidas legislativas para garantizar el uso adecuado del emblema de la cruz roja, reprimir penalmente los crímenes de guerra, incluir su estudio en los manuales de las fuerzas armadas, la formación y designación de asesores jurídicos operacionales y un número importante de directivas relacionadas con la conducción de las operaciones.

Sin embargo, el Gobierno aún está en mora de tomar medidas en relación con la identificación y señalamiento de los bienes protegidos por el DIH, tales como las instalaciones que contienen fuerzas peligrosas y los bienes culturales.

De igual forma, el Gobierno no ha tomado medidas respecto de la ubicación de las instalaciones militares y de policía y este es quizás el problema más grave por las consecuencias que ha traído consigo para la población civil.

En la actualidad, son numerosas las instalaciones militares y policiales que se encuentran en los cascos urbanos que con cierta frecuencia han sido atacados por los grupos de guerrilla en contravía de los principios de proporcionalidad, necesidad militar y haciendo caso omiso de las medidas de precaución en la conducción de las hostilidades.

Los ataques son llevados a cabo con artefactos explosivos improvisados y de efectos indiscriminados que reciben el nombre de *cilindros bomba*. Armas que producen la herida y la muerte de personas civiles y la destrucción de viviendas y comercios aledaños a las instalaciones militares y policiales.

Al respecto, en un reporte de la Policía Nacional se informaba que entre el 1 de enero y 31 de agosto de 2002, la guerrilla había lanzado ataques con *cilindros bomba* contra 44 cuarteles de policía y que como consecuencia de estos hechos, cerca de 18 miembros de la Fuerza Pública murieron y 38 resultaron heridos; 13 personas civiles perdieron la vida y 25 resultaron heridas. Según datos de la Policía Nacional, el uso de cilindros de gas causó daños a 114 bienes inmuebles de carácter civil, incluidos la sede de una alcaldía municipal y un hospital; 72 inmuebles de esta naturaleza fueron completamente destruidos, así como un cajero automático.²⁸¹

²⁸⁰ NACIONES UNIDAS, Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos 220 período de sesiones, Tema 2 de la agenda, 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, A/HRC/22/17/Add.3* Distr. General 7 de enero de 2013 Español Original: inglés [en línea]

<<http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/informes/altocomisionado/informes.php3?cat=11>> [Consulta: 3 de marzo de 2013]

²⁸¹ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Resolución Defensorial Humanitaria 015 de 26 de Diciembre de 2002 [en línea] <<http://www.defensoria.org.co/red/anexos/pdf/02/res/humanitaria/humanitaria15.pdf>> [Consulta: 28 de febrero de 2013]

La ONG Human Rights Watch (HRW) ha indicado que “*los cilindros de gas se fabrican a partir de un tanque empleado normalmente para alimentar la cocina del hogar. El tanque se carga con combustible y metralla y se sitúa dentro de un tubo repleto de dinamita. Habitualmente, el tubo se coloca sobre la parte de atrás de una camioneta en las cercanías del lugar que la guerrilla pretende atacar. El lanzamiento del tanque se produce al encenderse una mecha conectada a la carga de dinamita...*”²⁸²

Agrega Human Rights Watch que los cilindros de gas causan estragos indiscriminados y provocan terribles heridas, puesto que son armas que no pueden apuntarse con precisión y suelen impactar en casas y comercios civiles, así como en iglesias, centros de salud y oficinas municipales, provocando muertes civiles.²⁸³

La población civil, en muchas oportunidades, y dado los riesgos que corre en los cascos urbanos, ha pedido la reubicación de las instalaciones militares y policiales sin éxito. Las autoridades han aducido desde razones de conveniencia hasta razones presupuestales.

Sin embargo, existe una posibilidad de que esta situación cambie. El Presidente Santos, en una reciente alocución, manifestó que las instalaciones militares deberían ser removidas de los centros urbanos para que los terrenos pudieran ser utilizados en desarrollos urbanísticos.²⁸⁴

Si bien, la medida no tiene como finalidad, garantizar la aplicación del DIH, este antecedente podría ser utilizado por la población civil para exigir que estas instalaciones sean reubicadas en consideración a los riesgos que corren al estar expuesta a los efectos de las hostilidades.

7. CONCLUSIÓN

Lo que hoy se conoce como Derecho Internacional Humanitario no ha sido ajeno a la historia de Colombia. Sus principios han estado inmersos desde el nacimiento de la República y se han mantenido hasta la fecha. Es más, los tratados de DIH hacen parte del bloque constitucionalidad junto con las normas de *ius cogens*.

Sin bien, el DIH tiene plena vigencia en Colombia, tan bien los es que existen muchos problemas de aplicación. Algunos de ellos, aún permanecen sin solución y continúan siendo objeto de discusiones académicas, jurídicas, militares y políticas.

Los principales problemas de aplicación del DIH están relacionados con la participación indirecta de las personas civiles en las hostilidades, la participación de la Policía Nacional en las hostilidades, la ubicación de instalaciones militares y de policía en medio de concentraciones civiles y el juzgamiento de la Fuerza Pública por parte de jueces civiles.

²⁸² HUMAN RIGHTS WATCH (HRW). Carta enviada al Secretariado de las FARC. julio de 2001. Citado en la Resolución Humanitaria No. 012 de 25 de mayo de 2002 [en línea] <<http://www.defensoria.org.co/red/anexos/pdf/02/res/humanitaria/humanitaria12.pdf>> [Consulta: 28 de febrero de 2013]

²⁸³ *Ibíd.*

²⁸⁴ Diario el Tiempo, 13 de febrero de 2013 [en línea] <http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/P/presidente_santos_contempla_trasladar_instalaciones_militares_de_cascos_urbanos/presidente_santos_contempla_trasladar_instalaciones_militares_de_cascos_urbanos.asp> [Consulta: 28 de febrero de 2013]

Lo anterior, permite considerar la conveniencia para que las partes en conflicto celebren acuerdos especiales relacionados con dichas problemáticas, en el marco del artículo 3 Común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, con el objeto de humanizar la confrontación armada y hacer realidad la protección que el DIH establece para la población civil y las personas civiles.

El artículo 3 Común dispone que en caso de un conflicto armado de carácter no internacional, las partes en contienda puedan acordar aplicar otras disposiciones del DIH no contempladas en el artículo 3°. Este tipo de acuerdos son denominados por los cuatro convenios de Ginebra de 1949 como acuerdos especiales. El artículo 3° común establece que “...*las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio*”.²⁸⁵

8. BIBLIOGRAFÍA

Acto Legislativo 02 de 2012. Presidencia de la República, disponible en <<http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/actos-legislativos/Documents/2012/ACTO%20LEGISLATIVO%20N%2002%20DEL%2027%20DE%20DICIEMBRE%20DE%202012.pdf>>

BOLIVAR, S., Decreto Guerra a Muerte de 15 de junio de 1813, Universidad Central. Disponible en

<<http://historiadiplomaticadevenezuela.wikispaces.com/Las+negociaciones+con+España+Tratado+de+Regularización+de+la+Guerra+como+propaganda+internacional+del+ejército+libertador+y+de+su+compromiso+con+los+Principios+europeos+de+guerra+vs+la+imagen+dejada+tras+el+decreto+de+guerra+a+muerte>>

BOTERO, L., (compilador.) La estratagema terrorista. Las razones del presidente Uribe para no aceptar la existencia de un conflicto interno armado en Colombia, Fundación Konrad Adenauer Stiftung y Fundación Centro de Pensamiento Primero Colombia, Bogotá, enero de 2008.

CAMACHO, R.S., Escritos Varios, Bogotá, Librería Colombiana, 1892, Open Library, disponible

en<<http://archive.org/stream/escritosvariosdooroldgoog#page/n192/mode/1up>>

IBÁÑEZ, J. R., Panorama militar de la Guerra Militar de Independencia, Credencial Historia, disponible en

<<http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/revistas/credencial/abril2010/panorama.htm>>

Código Penal, Ley 599 de 2000 Senado de la República, disponible en

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2000/ley_0599_2000_pro04.html

COMISIÓN NACIONAL DE REPARACIÓN Y RECONCILIACIÓN ÁREA DE DDR, La reintegración: logros en medio de rearmes y dificultades no resueltas.

Segundo Informe, Bogotá, DC agosto de 2010, disponible en <

<http://m.semana.com/nacion/articulo/las-bacrim-tendrian-unos-seis-mil-hombres-seis-estructuras/234266-3>>

COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia, OEA/Ser.L/V/II.102

²⁸⁵ COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. Artículo 3 Común a los Convenios de Ginebra de 1949 [en línea] <<http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-gc-0-art3-5tdlrm.htm>> [Consulta 28 de febrero de 2013]

Doc. 9 rev. 1 26 febrero 1999 Original: Inglés, disponible en
 <<http://www.cidh.oas.org/countryrep/colom99sp/capitulo-4.htm>>
 COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. Protocolo relativo a la
 protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo
 I), disponible en
 <<http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/protocolo-i.htm>>
 COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. El derecho internacional
 humanitario consuetudinario, Volumen I, Primera edición: octubre de 2007,
 Buenos Aires, disponible en
 <http://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_t2009106.pdf>
 COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. Estado de Ratificación de los
 principales Tratados de DIH, disponible en <
http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/party_main_treaties.htm
 >
 Constitución Política de 1863. Alcaldía Mayor de Bogotá, disponible
 <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=13698>>
 Constitución política de 1886. Alcaldía Mayor de Bogotá disponible en
 <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7153>>
 Constitución Política de 1991. Alcaldía Mayor de Bogotá, disponible en
 <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125#0>>
 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969.
 BOE, disponible en http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1980-11884
 >
 DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Resolución Defensorial Humanitaria 015 de 26
 de Diciembre de 2002, disponible en
 <<http://www.defensoria.org.co/red/anexos/pdf/02/res/humanitaria/humanitaria15.pdf>>
 Diario el Tiempo, 13 de febrero de 2013, disponible en
 <http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/P/presidente_santos_contempla_trasladar_instalaciones_militares_de_cascos_urbanos/presidente_santos_contempla_trasladar_instalaciones_militares_de_cascos_urbanos.asp>
 HUMAN RIGHTS WATCH (HRW). Carta enviada al Secretariado de las FARC.
 julio de 2001. Citado en la Resolución Humanitaria No. 012 de 25 de mayo de
 2002, disponible en
 <<http://www.defensoria.org.co/red/anexos/pdf/02/res/humanitaria/humanitaria12.pdf>>
 II Jornadas sobre Derecho Internacional Humanitario, Sevilla 4 y 5 de mayo de
 1989. Cruz Roja Española, AIETI, Universidad de Sevilla (eds.), Sevilla, 1990.
 KALSHOVEN, F., El protocolo II, la CDDH y Colombia. Derecho Internacional
 Humanitario Aplicado -Casos de Colombia, El Salvador, Guatemala, Yugoslavia
 y Ruanda, TM Editores, Bogotá, 1998.
 Ley 1407 de 2010. Senado de la República, disponible en
 <http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2010/ley_1407_2010.html#1>
 Ley 1448 de 2011 Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y
 reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras
 disposiciones. Senado de la República, disponible en
 <http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley_1448_2011.html>
 NACIONES UNIDAS, Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos 22o
 período de sesiones, Tema 2 de la agenda, 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, A/HRC/22/17/Add.3* Distr.

General 7 de enero de 2013 Español Original: inglés, disponible en
<<http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/informes/altocomisionado/informes.php3?cat=11>>

Presidencia de la República, Declaración del Presidente Juan Manuel Santos al concluir el Consejo Nacional de Seguridad en la Casa de Nariño, 7 de febrero de 2011, disponible en
<http://wsp.presidencia.gov.co/Prensa/2011/Febrero/Paginas/20110207_04.aspx>

PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION, La Justicia Transicional en Colombia: Un proceso en construcción, Bogotá julio de 2011.

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACION. El desminado humanitario en Colombia, Bogotá, diciembre de 2011, disponible en
<<http://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/250112informe.pdf>>

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACION, El desminado humanitario en Colombia, Segundo Informe de Seguimiento, Bogotá, Junio de 2012.

RESTREPO C., Derecho de Gentes. Diario El Tiempo, 1º de septiembre de 1994, disponible en <<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-211034>>

Revista Semana, 14 de mayo de 2011. Si no hay reconocimiento del conflicto, nos vamos para la cárcel: Presidente, disponible en
<<http://www.semana.com/nacion/articulo/si-no-reconocimiento-del-conflicto-vamos-para-carcel-presidente/239821-3>>

Revista Semana, 10 de mayo de 2011. Cúpula militar, clave para el reconocimiento del conflicto armado, disponible en
<<http://www.semana.com/politica/articulo/cupula-militar-clave-para-reconocimiento-del-conflicto-armado/239586-3>>

RÍOS, Gilma. Pablo Morillo,, Biografías Gran Enciclopedia de Colombia del Círculo de Lectores [en línea].
<<http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/biografias/moripabl.htm>>

Sentencia de la Corte Constitucional C-225/95, disponible en
<<http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-225-95.htm>>

Sentencia de la Corte Constitucional C-574/92, disponible en
<<http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/C-574-92.htm>>

Sentencia de la Corte Constitucional C-251/02, disponible en
<<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-251-02.htm>>

Sentencia de la Corte Constitucional, C-533/08, Revisión oficiosa de las objeciones presidenciales presentadas al proyecto de ley 111/06 Senado, 144/05 Cámara, “Por la cual se expide el Código Penal Militar”, disponible en
<<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/c-533-08.htm>>

Tratado de Regularización de Guerra. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, disponible en
<http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/90257396542336151843457/p0000001.htm#I_1_>

VALENCIA A., Derecho Humanitario para Colombia, Defensoría del Pueblo, Bogotá, 1994.

IX. DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS EN EL TRANSITO HACIA LA NORMALIZACION JUDICIAL (LA VERDAD, LA JUSTICIA, LA REPARACIÓN Y LAS GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN)

Prof. Dr. Pedro Montero Linares²⁸⁶
Universidad del Norte de Barranquilla (Colombia)

Generalmente después de los conflictos, en especial respecto de guerras de guerrillas donde fuerzas regulares del Estado han cometido violaciones graves a los D.D.H.H. y al D.I.H., uno de los efectos negativos evidenciados en ese contexto, es la tendencia a generar una condición de ilegalidad y severo debilitamiento de las instituciones del Estado, por lo cual no es fácil asumir cambios estructurales inmediatos. La debilidad estatal impide realizar con eficiencia sus propios fines que el conflicto ha distorsionado severamente, siendo uno de ellos la aplicación de justicia a esos actores. Las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desenvuelve el proceso de normalización institucional, -y mas aún en medio de la continuidad del conflicto como el caso Colombiano-, obligan a que el Estado redireccione sus funciones básicas, ya sea construyendo o reconstruyendo todo el andamiaje jurisdiccional, contando para ello con nulos o escasos recursos humanos y económicos. Frente a esta situación, una de las expresiones de la problemática que enfrenta el Estado no es únicamente la relacionada con el legado de injusticias y de abusos cometidos mutuamente entre los actores armados irregulares sino de aquellos que estos causan a la población civil, constituyéndose tal circunstancia, en un ambiente que propicia, a nivel interno, el manejo de justicia por mano propia en una espiral de venganzas interminables, y a nivel externo, graves cuestionamientos por la comunidad internacional.

La desmovilización de los combatientes en medio del contexto anotado hace difícil su manejo con el propósito de reintegrarse a una sociedad que les exige cuentas sobre sus acciones beligerantes, militares, de abusos, atrocidades y violaciones a los derechos humanos. Ello, por cuanto son las víctimas quienes principalmente cuestionan la clase de tratamiento judicial que empiezan a recibir aquellos actores excombatientes a partir de sus confesiones relacionadas con ataques desproporcionados e indiscriminados causantes de homicidios, desplazamiento, desarraigos, violencia sexual, vejaciones, reclutamiento de menores, expropiaciones, etc.

Si bien es cierto que la efectividad de la estrategia de una normalización se determina en el largo plazo, mostrando resultados en el área política, económica y social, no lo es menos que la aceptación que tiene la sociedad civil²⁸⁷ ante los nuevos miembros desmovilizados es fundamental para confirmar si realmente ha sido posible "reinsertar" a los excombatientes. Y una de las expresiones serias percibidas que tiene este tema bajo el marco de una

²⁸⁶ Magister en Derecho. Profesor Dpto. de Derecho y Ciencia Política de la Universidad del Norte de Barranquilla.

²⁸⁷ REALES. C., (Dir.) *"Paz y Derechos Humanos: del círculo vicioso al círculo virtuoso"*. Revista CIJUS. Estudios Ocasionales Cijus, Universidad de los Andes. ISSN 0124-115X. Junio de 2002. Pág. 183.

normalización en medio de un conflicto inconcluso, es el comportamiento y la acción del Estado frente las violaciones de la garantías mínimas de los derechos humanos de la población afectada. Así lo dice Roberto Gargarella, cuando afirma, que *“Lo dicho resulta, en principio, extensible asimismo al ámbito internacional y frente a los responsables de crímenes masivos. Estos merecen ser llamados a responder por las faltas que han cometido. No, sin embargo, en su carácter de enemigos o peligrosas amenazas que deben ser destruidos y reducidos a la impotencia, sino como miembros de la comunidad normativa que son llamados por sus conciudadanos a responder por aquello que han hecho”*²⁸⁸.

Se dice que sólo las guerras perdidas son consideradas crímenes internacionales²⁸⁹, mientras que las guerras ganadas, incluso así sean de agresión que por sí mismas evidencian una clara violación del derecho internacional, no están sometidas a reglas, y lo que es peor, sus vencedores no reciben ninguna sanción jurídica o política. Zygmunt Bauman, citado por Amar Sánchez, afirma *“que es necesario estar derrotado para poder ser acusado de inmoralidad y recuerda que los nazis fueron juzgados y sentenciados en la medida en que perdieron la guerra; la justicia, sostiene Bauman, se imparte para los derrotados y lo mismo que la injusticia se requiere poder para ejercerla. La modernidad se ha fundado y desarrollado a partir de sucesivos genocidios y los de ayer de algún modo han garantizado la impunidad de las matanzas de hoy; es decir muchas masacres no han sido castigadas en la medida en que los asesinos no resultaron perdedores.”*²⁹⁰

Desde luego que frente a estas situaciones surgen inquietudes relacionadas con la fuerza del Derecho Internacional de los derechos humanos y del D.I.H. Es más, de manera pragmática se recurre con facilidad a sus fuentes: Códigos de Caballería, orden de Malta, el *Ius Cogens*, Carta de la Organización de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de los D.D.H.H., la Convención Europea, los Convenios de Ginebra, la Convención Americana de Derechos Humanos, el Estatuto de Roma, etc. e incluso, a ciertas instancias de investigación y juzgamiento, reconocidas como la Corte Europea, la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los Tribunales Internacionales Ad- hoc y la C.P.I. Sin embargo, no se logra satisfacer con respuestas contundentes el tratamiento que en la realidad se sigue dando a los perpetradores de estas violaciones en tránsito a su reintegración.

El asunto no es nada simple cuando en medio del desarrollo de un programa de Desarme, Desmovilización y Reintegración (DDR), no sólo la comunidad local sino la internacional, siguen perplejas ante la indiferencia o ante políticas débiles, a veces deliberada, que el Estado asume en el tema de los derechos humanos. La ausencia de instrumentos jurídicos efectivos frente a los presuntos o reales infractores de aquellas normas hace que las violaciones al D.I.H. no resueltas o no asumidas internamente por los Estados se mantengan en una vergonzosa impunidad.

Una mirada tendiente a plantear con algún rigor académico esta situación, es la del citado Roberto Gargarella, quien explica al menos dos enfoques sobre

²⁸⁸ GARGARELLA, R., *“De la injusticia penal a la justicia social”*. 2008. Siglo del Hombre Editores. Univ. De los Andes. Bogotá 2008. Pág. 122

²⁸⁹ En realidad se atribuye esta frase al juez hindú Radhabinod Pal, miembro del Tribunal de Tokio, cuando dijo que *“cuando se estudie a fondo la conducta de las naciones, se descubrirá que existe una ley según la cual sólo la guerra perdida es un crimen internacional”*, según cita de ZOLO, Danilo. LA JUSTICIA DE LOS VENCEDORES. De Nuremberg a Bagdad. 2006. Editorial Trotta S.A. Pág. 65.

²⁹⁰ AMAR SANCHEZ, A.M., *“Instrucciones para la derrota. Narrativas éticas y políticas de perdedores.”* Editorial Anthropos Rubí. Barcelona. 2010. Pág.168

ella. El primero, es el relacionado con el “*penal comunicativo*”. Citando a su autor Antony Duff, que ha venido desarrollando el tema, indica que esta postura es meramente dogmática, “*ya que aún si los tribunales de un país extranjero fueran capaces de ofrecer una justicia de calidad frente a la incapacidad propia del Estado local para hacer lo mismo, ello tampoco le terminaría por otorgar a la corte extranjera el derecho de juzgar al criminal en cuestión, que ha cometido un crimen en su propio país; de la misma manera que esa limpieza procesal no le otorga a las cortes internacionales la autoridad que de otro modo carecerían.*”²⁹¹

Dicho de otra forma, para Duff este modo de entender el derecho internacional sancionatorio no comienza con el pensamiento impersonal que dice “*ellos deben ser castigados*”, sino con el pensamiento personalizado (y colectivo) que afirma: “*debemos convocarlos a que den cuenta de lo que han hecho*”; esto demuestra por qué es que los procesos judiciales son importantes; y esto – en la medida en que nos preguntemos quienes es el “*nosotros*” que convoca al acusado – puede mostrarnos también por qué es que los tribunales internacionales pueden tener la autoridad que reclaman”.²⁹²

De esta manera hay una conexión fundamental: la que relaciona un crimen determinado en una comunidad particular, y las convicciones y aspiraciones de sus miembros que han sido afectados. Por lo que esa aspiración (que sería el nosotros local) se traslada a un nosotros universal (que sería la Justicia Internacional), dado que existe una humanidad compartida²⁹³.

El otro enfoque, que sustenta el mismo Gargarella, es el denominado “*de la deliberación democrática*”. Si bien comparte y tiene muchas coincidencias con el enfoque de Duff, lo que lo distingue es básicamente el carácter comunicativo que debe tener el procedimiento penal.²⁹⁴ Mientras que para el primer enfoque, la necesidad de castigar la violación nace con el mismo proceso penal basado en criterios internacionales -donde se hará un diálogo moral con el ofensor a fin de comunicarle, en su condición de enemigo, el reproche social hacia lo que hizo-, para el segundo, en cambio, es necesario que el proceso penal tenga como centro de decisiones una deliberación amplia y colectiva que consulte el sentir directo de los afectados.²⁹⁵

Con ello se busca que sólo entre iguales y en forma inclusiva puede maximizarse el carácter imparcial de las decisiones públicas en juego que entraña la sanción por violaciones de derechos humanos.²⁹⁶ Al decir de Thomas Pogge, “*las faltas morales oficiales se visten con el nombre de la ley o la justicia y, por lo general, se cometen lo bastante abiertamente como para que todos puedan verlas: establecidas en estatutos y regulaciones, requeridas por órdenes y veredictos, y adornadas con sellos, timbres y firmas oficiales.*”²⁹⁷

²⁹¹ GARGARELLA, R., Ob. Ct. Pág. 118

²⁹² GARGARELLA, R., Ob. Ct. Pág. 120

²⁹³ Esto es lo que explica lo sucedido con caso Pinochet, a quien un tribunal español le libró orden de captura y extradición pero su defensa logró primero que compareciera ante la justicia local.

²⁹⁴ Hay que aclarar, en todo caso, que otros autores han comenzado a pensar sobre el castigo y el derecho penal desde una óptica comunicativa y desde una concepción deliberativa de la democracia, tales como Carlos Nino, Philip Pettit, e incluso el mismo Habermas.

²⁹⁵ GARGARELLA, R., Ob. Ct. Pág. 126

²⁹⁶ Aquí la inclusión hay que asumirla como un factor que impediría las maniobras que los responsables por violaciones a los D.D.H.H. utilizan para obtener beneficios legales y sustraerse de la justicia. Se citan los casos iniciales de Argentina, Chile, Perú, etc. donde los dictadores desde el poder lograban la aprobación de leyes que o bien, establecían amnistías o bien guardaban silencio sobre los graves hechos, utilizando la fuerza estatal en protección propia si era necesario. Esto sin dejar por fuera el caso Español con el franquismo.

²⁹⁷ POGGE, Th., “*La pobreza en el mundo y los Derechos Humanos*”. Ediciones Paidós Ibérica S.A. Barcelona. 2005. Pág. 83

La deliberación permite entonces que tanto los ciudadanos afectados y sus familiares y/o cualquier ciudadano de la comunidad afectada pueda participar activamente en la discusión no sólo sobre los hechos sino en especial en lo atinente con el castigo a los eventuales responsables. Señalar arbitrariamente a una persona o a una comunidad de ser actor de la guerra, deja sin fuerza cualquier posibilidad de neutralidad de la población civil frente al conflicto armado y, por ende, de construir proyectos de sociedad autónomos en los que, por lo menos, se respeten las diferencias culturales, se configuren economías de índole cooperativa o solidarias y se garanticen los derechos humanos.²⁹⁸ Es comprensible que toda esta participación de la comunidad afectada en los procesos de responsabilidad penal contra los presuntos violadores de derechos humanos se vincula bajo los parámetros de una determinada justicia que corresponda a esta especial y excepcional situación.

Otras miradas enmarcan el tema tratado, haciendo una aproximación conceptual sobre las diferentes clases de justicia existentes en estos contextos. Así, se distinguen tres tipos de justicias: en primer lugar la Justicia Retributiva, cuyo esquema es la relación entre el Estado -como ente que tiene el monopolio de la fuerza y la penalización- y la persona que comete un delito. Para ello se encuentra establecido un marco normativo (Código Penal) mediante el cual se busca, por un lado, establecer un control de la criminalidad aplicando castigo, y por el otro, el desestímulo del delito mediante la amenaza de la condena penal, generalmente con la privación de la libertad. En este tipo de justicia la víctima tiene una menor relevancia como sujeto activo, pues el Estado representa la sociedad misma.

En segundo lugar, la Justicia Restaurativa, que promueve la reparación del daño causado, tanto a la víctima como a la comunidad, mediante la participación del victimario, la víctima y los miembros de la comunidad. Es decir, en este tipo de justicia, las partes involucradas en una ofensa deciden en forma colectiva los criterios de abordamiento del problema y sus consecuencias hacia el futuro. Ante la existencia de una conducta delictual, esta justicia no compara el hecho o conducta con la norma, sino que le da mayor importancia a los efectos y las consecuencias mediatas sobre los miembros de la comunidad, reconociendo incluso que el victimario también resulta afectado con su propia acción. Por lo tanto, su interés se centra más en la reparación que en el castigo.

Y en tercer lugar, la Justicia Transicional, mediante la cual se pretende equilibrar en forma ponderada las necesidades de la paz y la justicia frente a las eventuales responsabilidades penales de personas por graves violaciones a los derechos humanos, en un contexto de tránsito del conflicto armado hacia la paz o bien en el tránsito de una forma de gobierno dictatorial hacia una democracia. Por lo tanto -al decir de algunos investigadores- es una justicia que mira tanto el pasado como hacia el futuro.

Se observa entonces, que en el contexto de la justicia transicional se hacen visibles, por un lado, la necesidad de superar un estado de cosas (graves violaciones a los derechos humanos) que no podrían manejarse bajo el marco de una justicia ordinaria, y por el otro, los derechos de unas víctimas reconocidos por diferentes tratados internacionales, que claman por un castigo. De acuerdo

²⁹⁸ JIMENEZ, R., “Reflexiones sobre prácticas para la paz. Una aproximación desde la experiencia colombiana”. Módulo 4 Diplomado Cosude. Universidad Nacional de Colombia. Ver en: <http://www.corporacionavre.org/files/pdf/Accion%20sin%20dano/modulo4.pdf> . Consultado en Julio 2012. Pág. 24.

a estas normas, tales derechos son: derecho a la verdad, a la justicia²⁹⁹, a la reparación y las garantías de no repetición.

Es de anotar, tal como lo sostiene Tatiana RINCON, que en los procesos transicionales los aludidos derechos de las víctimas, “*adquieren una especial relevancia, porque emergen como límites normativos que deben ser considerados en las decisiones políticas que toman tanto los gobernantes como las mismas sociedades. Podría decirse, en ese sentido, que la garantía de estos derechos, y la norma en que ello se logra, conforman el núcleo normativo duro de justicia de la llamada justicia transicional.*”³⁰⁰ Es decir, que esta justicia tiene dos componentes: uno normativo y el otro político. Aquel está determinado hoy por hoy por los instrumentos de los derechos humanos³⁰¹, y el segundo, por las decisiones políticas estatales y de las mismas sociedades afectadas. De ahí la enorme complejidad entre derechos humanos y la justicia transicional, toda vez que los derechos humanos están en la esencia de esta justicia pero simultáneamente operan como su matriz crítica.

Los procesos de normalización en medio de un conflicto que no termina, envuelven una gran dificultad para poder conciliar las tensiones específicas derivadas de la comunidad afectada y la aspiración general de restablecer unas nuevas condiciones sociales mínimas para la convivencia pacífica. Es una especie de contradicción en el seno de la sociedad: por un lado, se desea recuperar la estabilidad en la convivencia que ha sido duramente afectada por los graves actos de violaciones a los derechos humanos y por el otro, se le pide que reciba en su seno a unos actores que vienen bajo un proceso de preparación para reintegrarse a esa misma sociedad que percibe ciertos niveles de impunidad o bien, la aplicación de penas no correspondida con los hechos graves de las violaciones. Es decir, que entre paz y justicia, surgen objetivos en direcciones opuestas, ya que para la primera, una cierta dosis de impunidad se constituye en un atractivo para que los victimarios accedan a un proceso de negociación, mientras que la imposición de criterios de justicia retributiva y la garantías de los derechos de las víctimas son esenciales para lograr la justicia. Así, en la justicia transicional la aplicación de cualquiera de sus fórmulas, implica un sacrificio al menos parcial, o bien de la paz o bien de la justicia, lo cual constituye una ineludible contradicción.

Como referencia complementaria, Colombia da igual valor a la justicia y a la paz, tal como se observa en los arts. 2, 22 y 250 inciso 1º. de la Constitución Nacional. Igualmente incluye el llamado Bloque de Constitucionalidad y la jurisprudencia de la COIDH³⁰². Frente a esta coexistencia de valores con los cuales puede respaldarse un proceso de normalización, la Corte Constitucional³⁰³ ha usado la ponderación tal como ha sido desarrollada por la

²⁹⁹ Se entiende por justicia en este contexto, el que las víctimas tengan acceso a recursos judiciales y efectivos; a la culminación en oportunidad de serias y adecuadas investigaciones; y a la persecución, captura y enjuiciamiento condenatorio a los presuntos responsables.

³⁰⁰ RINCÓN, T., “*Verdad, Justicia y Reparación. La justicia de la Justicia Transicional.*” Editorial Universidad del Rosario. Bogotá. 2010. Pág.25

³⁰¹ Hay que resaltar que no se trata sólo de instrumentos jurídicos internacionales sino también de los Principios contra la Impunidad, creados y actualizados por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, según E/CN. 4/2005/102/Add. 1. de febrero de 2005.

³⁰² El impacto es alto en América latina. Aquellos Estados vinculados al sistema, pueden ser demandados ante la Corte. Además, influye su jurisprudencia. La Corte Interamericana limitó la facultad de los Estados de amnistiar graves violaciones a los derechos humanos o declararlos prescriptos. Y esa jurisprudencia es tomada por altas cortes judiciales de Argentina, Chile y Perú, que así reabrieron causas que estaban cerradas.

³⁰³ Por ejemplo pueden referirse: Derechos fundamentales de las víctimas del conflicto armado, sentencia T-496 del 2008, T-821 del 2007, /Reparación administrativa y ayuda humanitaria, T-722 del 2008./ Sistema de Protección de víctimas de justicia y paz, T-496 del 2008./Indicios como fundamento de demostración del daño. Rad.15625 del 18-06-08./

doctrina y la jurisprudencia alemanas. Y aquí surgen dificultades, porque si el sistema de ponderación es un juicio valorativo puede resultar muy subjetivo y por lo tanto puede tener resistencia de credibilidad y no ser comprendido e incluso aceptado por la comunidad nacional o internacional cuando se está frente a situación de violaciones graves de los derechos humanos como crímenes de guerra, genocidio y lesa humanidad.

Ya sabemos que un proceso de normalización no concede amnistía plena por su prohibición, pero si aprueba una ley que reduce sustancialmente las penas sin tener en cuenta los intereses de las víctimas ello puede resultar desproporcionado frente al derecho de justicia. Probablemente, entonces, podrían entrar en juego las reglas y principios de la justicia internacional.

Según Informe de La Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH) como resultado de más de dos años de trabajo, en colaboración con sus ligas en Colombia -el Colectivo de Abogados “José Alvear Restrepo”, ILSA y el Comité Permanente por la Defensa de los Derechos Humanos- y también en la observación de las audiencias de Justicia y Paz que tuvieron lugar de mayo a julio de 2007 en los Tribunales de Justicia y Paz, en Bogotá, Medellín y Barranquilla: *“Hoy en día, de los 30.000 paramilitares desmovilizados, el 92% benefició de un régimen de amnistía de facto instituido por decreto. Sólo un 8% recae bajo la competencia de la Ley de Justicia y Paz, implementada a través de decretos que no respetan la decisión de la Corte Constitucional, que estimó que la misma tenía que adaptarse para que no violara el derecho de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación. Los paramilitares que recaen bajo la Ley de Justicia y Paz están juzgados en audiencias denominadas « versiones libres », y pueden ser condenados a una pena máxima de 8 años, que pueden purgar en « granjas productivas », o imponiendo ellos sus condiciones de « reclusión » lo cual es contrario a los más elementales principios de justicia frente a la gravedad de los crímenes cometidos.”*³⁰⁴

En Colombia, la ley 975 de 2005 y toda su reglamentación, contempló la aplicación de criterios de justicia transicional en medio de un conflicto que no ha terminado³⁰⁵, siendo este aspecto quizás, el mayor reto que tiene el Estado Colombiano para lograr una adecuada reintegración de quienes se vinculen a dicho programa. Y desde esa perspectiva han tenido lugar momentos críticos³⁰⁶ que colocaron en grave riesgo la estabilidad de todo este proceso. Por ejemplo, de los derechos de las víctimas que hemos reseñado, el de la justicia constituye un verdadero cuello de botella para la credibilidad del proceso. La comunidad no ha podido asimilar que por crímenes de tan reconocida gravedad puedan

Presunción del daño moral._Rad. AG-250002326000200100213-01 del 26-01-06 / Principio de reparación integral._ Rad. 29273 del 19-10-07 / Reparación y asistencia humanitaria. Rad. 25000-23-27-000- 2002-00004-01 del 15-08-07.

³⁰⁴ Consultado en www.fidh.org/La-desmovilizacion-paramilitar- Consultado en Julio 2012.

³⁰⁵ Incluso, en el gobierno de Álvaro Uribe se mantuvo una insostenible posición de negar el fenómeno del conflicto armado interno, por considerar que en Colombia los actores armados son grupos terroristas.

³⁰⁶ Recuérdese por ejemplo, el limbo jurídico en que quedaron los excombatientes rasos de los grupos de autodefensas cuando la Corte Suprema de Justicia advirtió que los delitos cometidos por ser graves violaciones a los derechos humanos no podían ser considerados delitos políticos; igualmente cuando los principales jefes de estos grupos fueron extraditados hacia los E.E.U.U. y las víctimas se sintieron burladas en sus derechos para conocer la verdad; cuando no se les había reconocido a las víctimas un procedimiento claro para su reparación efectiva; o bien, cuando las penas establecidas para aplicar a los perpetradores de graves violaciones a los derechos humanos no guardan proporción con estándares mínimos internacionales, creando serios cuestionamientos por parte de la comunidad internacional, etc.

aplicarse penas tan bajas que si bien son contempladas en el marco de la citada ley 975, son disonantes con las contempladas en otras experiencias internacionales.³⁰⁷

Toda la anterior referencia es necesaria para ubicar como objeto de esta disertación en este tema, si -por ejemplo- la garantía de los derechos humanos de una comunidad puede desconocerse en función del valor de la paz y de la convivencia social. Algunos autores como Carlo NASI, así lo dejan entrever, “*Si esta discusión se llevara a un terreno ético, probablemente la conclusión sería que no hay razón para premiar con cuotas de poder a los grupos de armados ilegales dado que son responsables de muchos delitos atroces y merecen ir a la cárcel. Pero las consideraciones éticas deben dar paso a otras de índole política en el caso que un conflicto armado no logre definirse por la vía militar.*”³⁰⁸ Sin embargo las organizaciones internacionales de derechos humanos y una gran parte de la comunidad nacional expresan una fuerte resistencia frente al tema.

En el caso de otras leyes que tuvieron propósitos de otorgar beneficios sin ninguna contraprestación de carácter legal, las altas cortes tuvieron pronunciamientos, como se mencionó anteriormente, que dejaron en evidencia al menos algunas improvisaciones. Se menciona la Sentencia 936-10 donde se dijo: “*La Corte encontró que la causal establecida en el numeral 17 del artículo 2º de la Ley 1312 de 2009, vulnera el postulado del orden justo que el Estado debe promover, habida cuenta que establece una renuncia unilateral a investigar, sin que de otro lado se introduzca requisitos que satisfagan las exigencias de justicia, de verdad o de reparación. Esta laxitud en la regulación, vulnera la dignidad y los derechos de las víctimas protegidos por diversos instrumentos internacionales que obligan al Estado colombiano a investigar y juzgar en materia de graves violaciones de derechos humanos. Así mismo, la Ley 1312 de 2009 introduce una causal vaga y ambigua para la aplicación excepcional del principio de oportunidad, violatoria del postulado de legalidad que lo rige. A lo anterior se agrega que el principio de oportunidad, como instrumento de la política criminal ordinaria del Estado, parte del deber de la persecución penal. Por ello, la renuncia a ese deber de persecución debe estar fundada en criterios de: (i) insignificancia; (ii) interés de la víctima; (iii) formas alternativas de satisfacción de intereses colectivos y (iv) colaboración con la justicia. A ninguno de estos criterios, responde la causal que se cuestiona.*

Y en el Salvamento de voto se precisó: “*(i) No se les puede aplicar a los desmovilizados el indulto en los términos previstos en la Ley 782 de 2002 y el Decreto 128 de 2003 porque según la jurisprudencia de la Corte Suprema (sentencia del 11 de julio de 2007. Rad. 26.945) los crímenes cometidos por los grupos paramilitares o de autodefensa, no pueden ser calificados como delitos políticos, son delitos comunes y por ende, resulta improcedente las concesiones de amnistías o indultos. Pero tampoco se les puede aplicar el principio de oportunidad dentro de los procesos que adelanta la Fiscalía porque este principio es un instrumento que está previsto para la delincuencia y los delitos comunes, no para procesos de paz o de regularización. (ii) El resultado de impedir que los desmovilizados, los miembros rasos de grupos armados ilegales no puedan ser beneficiarios del indulto, ni del principio de*

³⁰⁷ En el caso de Sierra Leona y de ExYugoslavia se contemplan penas de 50 años de prisión y cadena perpetua respectivamente.

³⁰⁸ NASI, Carlo.- “*Agenda de paz y reformas: ¿Que se puede y que se debe negociar? Reflexiones para un debate*”, en CARDENAS R. M., (ed.) **La Construcción del Posconflicto en Colombia**. Fondo Edit. CEREC. Bogotá. 2003. Pág. 156.-

oportunidad, supone que existe un trato favorable para los cabecillas de estos grupos (a los cuales solo se les puede imponer como pena máxima 8 años por el delito de concierto para delinquir y otros delitos incluso de lesa humanidad), en cambio a los subalternos, se les debe imponer como mínimo 8 años y hasta 18 solo por el delito de concierto para delinquir (art. 340 Código penal).

No obstante nuestra profunda discrepancia con la sentencia adoptada por la Corte, reconocemos que en los fundamentos de la decisión adoptada se podrían encontrar elementos que permitan encontrar una salida jurídica eficaz a la compleja responsabilidad del Estado y la sociedad colombiana en el proceso de normalización de los grupos armados al margen de la ley.”

A diferencia de las negociaciones en países centroamericanos como El Salvador y Guatemala, en Colombia las negociaciones de paz se han caracterizado por responder a una lógica de paz parcial, situación que ha impedido un proceso óptimo de resarcimiento, perdón y reconciliación.

En efecto, se ha considerado que en el proceso de negociación con las AUC para su reintegración, el derecho nunca fue un regulador sino un legitimador de decisiones políticas del gobierno de turno, es decir que el derecho no fue *el objeto del cuidado de todos* sino *el objeto de pocos*, dando lugar a un modelo de judicialización de baja intensidad caracterizado por un establecimiento de dos dimensiones procesales en el tratamiento de violaciones graves al D.I.H.: una de carácter administrativo, sin judicialización real a la casi totalidad de los victimarios, contemplado en la ley 782 de 2002 y su Decreto reglamentario 128 de 2003 que finaliza con inhibiciones, preclusiones o cesaciones de procedimiento; y otra, reglada por la ley 975 de 2005, destinado a un menor número de victimarios pero con una mayor responsabilidad en tales violaciones, con judicialización de penas entre cinco y ocho años.³⁰⁹

Es indiscutible que la experiencia en políticas de paz y aplicación de justicia a lo largo de 20 años, no ha sido el resultado de un acuerdo global de paz que signifique un cierre definitivo de la confrontación armada y dé paso a un proyecto de reconciliación nacional y al postconflicto. Paradójicamente, como ya se dijo anteriormente, el ejercicio de la paz negociada se ha vivido en medio de la guerra. Se ha fraguado un modelo de paz parcelada que ha convivido con el incremento de la contienda militar entre Estado, paramilitares y guerrillas.

Sin tener el propósito de analizar el tópico de la justicia transicional en su autonomía sino de aludir a ella para referenciar los aspectos críticos que en su relación tiene con los D.D.H.H. y el D.I.H., es necesario señalar que también han surgido recientes posturas frente a la mencionada contradicción entre paz y justicia,- como la de RODRIGO UPRIMNY- que buscan transformar esa tensión, en vez de excluirla.³¹⁰ Es decir, más que una contradicción entre estas dos variables, lo que debe comprenderse entre ellas es una relación virtuosa, que consiste en admitir que los estándares jurídicos en materia de derechos de las víctimas pueden funcionar, más que como obstáculos a las negociaciones de paz, como restricciones virtuosas capaces de encauzar tales negociaciones, o lo que es lo mismo, *“la admisión de esta posibilidad se basa en la asunción de que los estándares jurídicos sobre derechos de las víctimas constituyen un*

³⁰⁹ QUINCHE, M.F., “Los estándares de la Corte Interamericana y la ley de justicia y paz”. Edit. Universidad del Rosario. Bogotá. 2009. Pág. 17.

³¹⁰ Sobre esta nueva visión, ver a UPRIMNY, R. y SAFFON, M.P., “Usos y abusos de la Justicia Transicional en Colombia”, en RANGEL, Alfredo. (Ed.) “**JUSTICIA Y PAZ ¿Cuál es el precio que debemos pagar?**” Editado por Fundación Seguridad y Democracia. Bogotá. Intermedio Editores Ltda. 2009. Pág. 208.

*imperativo jurídico mínimo pero ineludible, que tiene un núcleo “duro” o no negociable y que, de ese modo, constituye una amenaza creíble”.*³¹¹

Esta posibilidad de reconocer la fuerza normativa de estándares jurídicos de la justicia transicional, además de evitar posturas maximalistas³¹², crea espacios de acercamiento de intereses antagónicos entre los diferentes actores (víctimas y victimarios), donde aquellos actúan como límites. Para el caso colombiano, es lo que ha permitido que se reconozcan los derechos de las víctimas en un grado mínimo.³¹³

No hay que olvidar que a la hora de responder a los abusos del pasado, un Estado puede asumir como objetivo el castigar a sus autores, establecer la verdad, reparar o abordar los daños y perjuicios, rendir homenajes a las víctimas y evitar más abusos. También puede direccionar propósitos como fomentar la reconciliación nacional y reducir los conflictos relacionados con el pasado o dar relevancia a la preocupación del nuevo gobierno por los derechos humanos y así ganarse el favor de la comunidad internacional. Sin embargo, la justicia ante los tribunales suele ser la primera y más notable de las demandas, pero es también la más difícil. Muchos de los intentos de procesar y castigar a los responsables de violaciones graves en un régimen anterior han tenido apenas éxito. Lo habitual como ha ocurrido en El Salvador, Sudáfrica y Chile, es que la transición política conlleve componentes también políticas, entre ellas conceder a tales represores algún tipo de inmunidad frente a las acciones judiciales.³¹⁴

Los esfuerzos siguen siendo permanentes para ser creativos en la generación e identificación de nuevos criterios para que la paz y la justicia, en razonable equilibrio, pueda garantizar el desarrollo y consolidación de una normalización social, un contexto donde el conflicto armado sigue latente desde mucho tiempo atrás pero que tuvo su inicio funesto y grave con la llamada etapa de la violencia que dejó situaciones inconclusas. Recordaremos que el acuerdo de paz pactado para poner fin a ese periodo violento entre 1947 y 1957 no hubo verdad, justicia ni reparación. Lo mismo ocurrió con los grupos del EPL y M-19 que fueron favorecidos con un indulto y sin castigo alguno. Luego aparece la ley 975 con los consabidas frustraciones por todos conocidas.

Finalmente, hoy hablamos en Colombia de un Marco Legal para la Paz donde se establece entre otros aspectos los siguientes: i) un trato diferenciado para cada uno de los actores irregulares y agentes del Estado que estén involucrados en el conflicto armado. ii) que bajo ningún caso se podrá “aplicar instrumentos de justicia transicional a grupos armados al margen de la ley que no hayan sido parte en el conflicto armado interno”, ni cuando el desmovilizado vuelva delinquir. iii) la creación de una “comisión de la verdad” que aplique los criterios de selección. En ese caso estaría presidida por el Fiscal General de la Nación, quien definirá esos criterios de priorización para la acción penal y será el Congreso, mediante una ley estatutaria, que establezca a quiénes se les

³¹¹ UPRIMNY, R., Ob. Ct. Pág. 209.-

³¹² Esta se refiere a las posturas de los victimarios de perdón y olvido, frente a las posturas de las víctimas: Aplicación completa de sus derechos sin importar las condiciones de las eventuales negociaciones de paz.

³¹³ A pesar que ya se había instalado una Comisión Nacional de Reparación y Conciliación, en el actual gobierno de Santos, se ha evidenciado un giro intespectivo en materia de reconocimiento del conflicto armado, memoria, verdad, reintegro de tierras, victimización etc. que de alguna manera se atribuye a las visitas frecuentes de organismos internacionales de justicia como la CPI y la COIDH, a cambio de defender el castigo penal suave de la ley 975 y de enfrentar el riesgo de una normatividad severa y dura de estas instancias internacionales.

³¹⁴ HAYNER, P., “*Verdades Innombrables*”. Edic. Fondo de Cultura Económica, México. 2008. Pág. 38.

debe aplicar todo el rigor ley por los crímenes de lesa humanidad que cometieron.

Este marco legal también ha sido fuertemente cuestionado por la comunidad internacional alegando que la impunidad tampoco quedaría resuelta y reafirmando que la norma jurídica desprovista de instrumentos de coacción está mas en el ámbito de los principios morales que del derecho. Pero, ya sea desde la norma como desde lo moral, lo que venimos presenciando en el ámbito de las violaciones al D.I.H. es que parecen existir dos raseros diferentes: el que corresponde a los Estados que enarbolan y actúan en nombre de determinados principios, y el que corresponde a los demás estados y los actores armados irregulares. O lo que es lo mismo: que el cumplimiento de la instrumentalización del DIH es exigido a unos pocos, pero no así a fuerzas multinacionales que intervienen en los conflictos armados.

Que nos espera? Seguir, al menos desde la academia, llamando a la conciencia colectiva sobre las tendencias en que se inclinan –de acuerdo con Francisco Rey³¹⁵- las dos posiciones mayoritarias: i) los que se inclinan por darle punto final al D.I.H., pues parece que todo lo regulado a partir del 11-S es solo un saludo a la bandera, y ii) los que creen que precisamente porque existe el D.I.H. es que hay indignación antes los casos de sus graves violaciones y eso es la evidencia de que vale la pena, reconociendo que el camino recorrido está incompleto, e insistir en ahondar en la formulación de nuevos mecanismos para fortalecer el D.I.H. y que no se desconozcan los derechos de las víctimas.

³¹⁵ REY M. Francisco. “*El Debate Humanitario*”. Icaria Edit. 2002.Pág. 76

X. LA MUJER Y SU DOBLE CONDICIÓN: VÍCTIMA DE LOS CONFLICTOS INTERNOS Y PROTAGONISTA EN LOS PROCESOS DE JUSTICIA TRANSICIONAL. EL CASO DE COLOMBIA ³¹⁶

Profa. Dra. Cecilia Giovannetti Lugo³¹⁷.
Profa. Dra. Jessyka Manotas Muñoz³¹⁸.
Profa. Dra. Ivonne Molinares Guerrero³¹⁹.
Universidad del Norte de Barranquilla (Colombia)

1. INTRODUCCIÓN

Como bien sabemos, los conflictos sociales han sido una constante dentro de la historia política de los Estados, y los países Latinoamericanos no quedan por fuera de esta afirmación. Estas situaciones de violencia se transforman en absurdos que no sólo devastan a las personas de forma individual, sino a la sociedad en su conjunto, dejando no sólo perjuicios materiales sino además, tragedias morales, cicatrices y traumas³²⁰.

Durante las últimas décadas, en especial durante este último decenio, se han venido desarrollando en el mundo etapas de post-conflicto, donde se desarrollan procesos de Justicia Transicional, los cuales implican reparación, justicia y verdad para las víctimas y sus familias, a través de los cuales se busca reconocimiento del pasado mediante diversas estrategias institucionales y simbólicas.

Colombia se ha constituido como un caso complejo en el que varias generaciones han crecido en medio de un conflicto armado de más de 50 años y que involucra actores de diversa índole: guerrillas, paramilitares, narcotraficantes, agentes del Estado y por supuesto, sociedad civil. Aunque el conflicto colombiano sigue inconcluso, se ha creado todo un marco político y normativo encaminado al establecimiento de un post conflicto dentro de una supuesta Justicia Transicional, situación que ha suscitado polémica entre diversos analistas que parten de la premisa de que no es posible instaurar un proceso de este tipo en medio de un contexto de guerra que no mengua.

En el marco de los conflictos, la mujer siempre ha sido observada como un actor pasivo, reprimido e ignorado, pues se tiene la percepción de que el hombre hace la guerra y la mujer termina soportándola y convirtiéndose en botín o

³¹⁶ El presente trabajo es el resultado del proyecto de investigación de Cecilia Giovannetti Lugo y Jessyka Manotas Muñoz para optar al Título de Internacionalistas en la Universidad del Norte, con la tutoría de Ivonne Molinares Guerrero.

³¹⁷ Internacionalista, Universidad del Norte, Barranquilla-Colombia. Calle 3 #5-26 (Sabanagrande, Atlántico) E-mail: giovannettilugo@gmail.com

³¹⁸ Internacionalista, Universidad del Norte Barranquilla-Colombia. Calle 65 #27-60. E-mail: jessykam@uninorte.edu.co

³¹⁹ Profesora Departamento de Historia y Ciencias Sociales, Universidad del Norte, Barranquilla-Colombia. Km 5 Vía Puerto Colombia. E-mail: imolinar@uninorte.edu.co

³²⁰ LÓPEZ, M., Problemas políticos y jurídicos de la Reconciliación. En: HOYOS, G., (Ed.) *Las víctimas frente a la búsqueda de la verdad y la reparación en Colombia*. Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá D.C. 2007. pp.83

sufriendo por un conflicto que las obliga a entregar la vida de sus hijos³²¹. Podemos decir entonces, que la mujer también resulta asesinada y no únicamente por el poder de un arma: El conflicto también trastorna sus vidas, convirtiéndolas en víctimas, pero también en agentes de cambio y puentes de pacificación, negociación y construcción de procesos de paz y de una memoria colectiva que asumen como sobrevivientes.

El presente trabajo de investigación se constituye en un esfuerzo por visibilizar la situación de las mujeres colombianas, como víctimas y como actoras sociales y políticas, que han asumido para sí la tarea de consolidar procesos de manifestación en un marco de Justicia Transicional, mediante la labor conjunta con organizaciones de tipo feminista y pacifista.

El Objetivo general de la investigación se orientó en función de determinar cómo ha sido el tránsito de la mujer de víctima de los conflictos internos a protagonista del proceso de Justicia Transicional en Colombia. Para ello, se tejió información a partir de tres momentos fundamentales que se constituyeron en los objetivos específicos de la investigación:

En primera instancia, se consultó una amplia bibliografía en aras de realizar un recuento histórico del conflicto armado colombiano haciendo especial énfasis en la condición de la mujer como víctima a lo largo de tal situación de violencia. A partir de la recopilación de dichos datos, se propendió por establecer la influencia política de la mujer desde su activismo en diversas organizaciones que se han constituido como pilares dentro de los procesos de Justicia Transicional en el país y que se han convertido en bandera visible de las luchas sociales y políticas que las mujeres colombianas han emprendido en su búsqueda por la justicia y la reivindicación para las víctimas. Finalmente, y a partir del análisis histórico y del estudio de casos de las organizaciones de mujeres, se proponen algunas medidas dirigidas a garantizar la inclusión y la representatividad de las mujeres en los procesos de Justicia Transicional en Colombia

2. VISIBILIZACIÓN DE UN SUJETO SOCIAL: LA MUJER COMO VÍCTIMA Y ACTOR

Los cambios en el ordenamiento mundial y en los espacios regionales y locales a partir del nuevo milenio, acompañados de proceso de movilización no solo de los sujetos tradicionales en movimiento, como son los campesinos y los obreros sino también de todos aquellos que encuentran una causa por reivindicar, propiciando o apropiándose de espacios para manifestar sus necesidades, objetivos, reclamos e incluso logros, emergiendo así nuevas realidades, que a su vez requieren nuevas categorías de análisis, como es el caso del *sujetos social*, que denota de manera casi explícita la significación de la acción e interacción individual en un marco del reconocimiento de la importancia de los individuos en el escenario social.

La categoría se sujeto social pretende poner en evidencia las múltiples las múltiples esferas de la sociedad en las que se manifiestan conflictos, posturas del accionar de los individuos en la sociedad que trasciende lo económico, hacia lo político y lo social meramente dicho.

Un sujeto social a decir de Torres, corresponde a una construcción histórica que requiere la existencia de una experiencia común, de una memoria, de una identidad colectiva, de la elaboración de un proyecto compartido

³²¹ LÓPEZ, M., Problemas políticos y jurídicos de la Reconciliación. En: HOYOS, G., (Ed.) *Las víctimas frente a la búsqueda de la verdad y la reparación en Colombia*. Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá D.C. 2007, cit, pp.85

(utopía) y de fortaleza para realizarlo.³²² Por tanto se espera del sujeto social que pueda incidir en su devenir cotidiano así como también en el de la sociedad que lo acoge. Es así como entendemos que la construcción de la identidad de los sujetos sociales, que para el caso son las mujeres víctimas del conflicto armado colombiano, identidades que se tejen y se destejen en su accionar con los otros actores del conflicto como identidades colectivas; las cuales se organizan como el cúmulo de representaciones sociales compartidas que funciona en forma de una matriz de significados que define un conjunto de atributos idiosincráticos propios que dan sentido de pertenencia a sus miembros y les permite distinguirse de otras entidades colectivas³²³; en fin, al conjunto de semejanzas y diferencias que limita la construcción simbólica de un nosotros frente a un ellos³²⁴. El concepto de identidad supone el punto de vista subjetivo de los actores sociales acerca de su unidad y de sus fronteras, una elaboración simbólica y práctica de lo que consideran propio y lo que asumen como ajeno.

Desde esta perspectiva, el presente trabajo pone su mirada en la mujer colombiana que ha sido víctima de un conflicto armado de más de cincuenta años y que además, en los últimos 15 años ha iniciado procesos de reivindicación como víctima que se consolida en la reclamación de sus derechos civiles, políticos, patrimoniales, y de ciudadanía integral; todo con base en sus necesidades con el paso del esfuerzo familiar o la convergencia de acciones puntuales de otras víctimas o de un joven asentamiento de desplazados que les exigía traer el agua de un carro-tanque, y no de la quebrada, "bajar la luz" de un poste cercano, resolver problemas de alcantarillado, comprar comida que antes cultivaban para sí mismo y para el intercambio con los vecinos, sin necesidad de conformar un espacio organizativo permanente. Ya como víctimas, en la mayoría de los casos desplazadas geográficamente y desarraigadas de sus familias, amigos y redes sociales, el carácter o la magnitud de los problemas comenzó a sobrepasar la capacidad de los mecanismos tradicionales de solidaridad, y exigió formas asociativas más estables y el conocimiento de las leyes que en principio no las protegieron, y que ellas y ellos le endilgaban a las instituciones externas a su mundo de la vida. Este proceso casi que revivió una "tendencia comunalista" de otra época y de reinició y actualización de prácticas campesinas ante las nuevas circunstancias meramente urbanas. Las mujeres pasaron de amas de casa y receptoras del trabajo masculino de la tierra a proveedoras y reclamantes de derechos, a ser la voz de sus hijos, padres, familia y vecinos, a tener una presencia notoria en espacios vedados como los medios masivos de comunicación, los programas de desarrollo local, instancias gubernamentales, y en los innumerables intentos de recuperación de la memoria violenta del país.

3. EL PROCESO DE VICTIMIZACIÓN DE LA MUJER EN EL CONFLICTO COLOMBIANO

Las mujeres son víctimas de múltiples formas de violencia en contextos de conflicto armado colombiano. Esta violencia se superpone a una previa, la que se sigue ejerciendo aún en tiempos de paz y que tienen que ver con discriminaciones fundadas en el género. En el marco del conflicto, estas violencias de género adquieren una especificidad pues quienes las ejercen son

³²² TORRES, A., "*Barrios populares e identidades colectivas*". El Barrio: fragmento de ciudad. Serie Ciudad y Hábitat N°6. Bogotá, 1999. pp 11-17

³²³ GIMENEZ, G., "Materiales para una teoría de las identidades sociales". *Frontera Norte*. Vol. 9 #18. Julio - diciembre 1997.

³²⁴ DE LA PEÑA G., "Identidades urbanas al fin del milenio", *Ciudades* #22. México abril - junio 1994.

organizaciones armadas —hombres armados, en camuflado, que portan insignias y operan en el marco de estrategias militares que buscan la derrota de los adversarios, el control de recursos para la guerra y la conquista de territorios y gentes.³²⁵ Mirada desde cualquier ángulo marcada por los procesos de patriarcalismo en los cuales la conquista y preservación de la tierra y de todo aquello que la habite es válido por cualquier medio.

Con base a las observaciones en el terreno y a los testimonios recibidos, la CIDH ha identificado cuatro principales manifestaciones de violencia que afectan especialmente a las mujeres dentro del conflicto armado: 1. los actores del conflicto armado emplean distintas formas de violencia física, psicológica y sexual para "lesionar al enemigo", ya sea deshumanizando a la víctima, vulnerando su núcleo familiar y/o impartiendo terror en su comunidad, logrando así avanzar en el control de territorios y recursos. En estos casos, las mujeres pueden ser blanco directo o víctima colateral, como resultado de sus relaciones afectivas como hijas, madres, esposas, compañeras, o hermanas de alguno de los miembros de los grupos que participan como actores en el conflicto; 2. La violencia destinada a causar el desplazamiento forzado de las mujeres del territorio que habitan y el consecuente desarraigo de sus hogares, vida cotidiana, comunidades y familias; 3. La violencia sexual que puede acompañar el reclutamiento forzado de las mujeres, destinado a hacerlas rendir servicios sexuales a miembros de la guerrilla o a las fuerzas paramilitares; y 4. La violencia destinada a hacerlas objeto constante de pautas de control social impuestas por grupos armados ilegales en las comunidades que habitan territorios que estos grupos mantienen bajo su control.³²⁶ Todas estas se convierten en reflejo de una cosmovisión masculina imperante de posesión y dominio, lejos de una propuesta de consenso y diálogo por la resolución de un problema que termina desangrando al país entero, y golpeado de manera directa o colateral a todos los ciudadanos.

La victimización de la mujer en el conflicto colombiano ha empezado a evidenciarse con sus propios testimonios, los cuales se ponen de frente al resto del país por diferentes experiencias de Reconstrucción de nuestra memoria y que genera en la mayoría de los casos estupor, pero también vergüenza y temor de quienes se deciden a contar su historia, dado que en muchos casos han sido objeto de rechazo por sus propia familia, los actores estatales responsables de la parte forense de las investigaciones y los que es peor de la indiferencia de los ciudadanos en general. A continuación dos testimonio referenciado en el informe 2012 de Human Rights Watch³²⁷:

Mónica N., de 28 años, ha sido desplazada en siete oportunidades. Sus tíos fueron asesinados por grupos armados, su hermano y su madre fueron desaparecidos y sus primos fueron reclutados por la guerrilla cuando tenían apenas 11 años. En 2008, Mónica había asumido un rol de liderazgo en su comunidad en

³²⁵ Seminario Justicia y reparación para las mujeres víctimas del conflicto armado en Colombia. III semana por la memoria; Relatoría. Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (CNRR), Grupo de Memoria Histórica, la GTZ- Profis, Iniciativa de las Mujeres Colombianas por la Paz, Dejusticia, Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género (Humanas), Departamento de Ciencia Política Universidad de los Andes. Bogotá, 2010. pp. 5

³²⁶ Reparación para las mujeres Víctimas de violencia en el Conflicto armado. Una aproximación a la formulación de criterios para su determinación. Corporación Sisma Mujer, Cooperación Alemana al Desarrollo - GIZ-, proyecto "FortalEsDer". Corca Editores Ltda. Bogotá, 2010. Pp.67-68

³²⁷ Derechos fuera de alcance. Obstáculos a la salud, la justicia y la protección para mujeres desplazadas víctimas de violencia de género en Colombia. Human Rights Watch. United States of America, 2012. pp.6.

Cartagena y comenzó a recibir amenazas para que desistiera de estas actividades. “Cuando salía de mi casa, había personas esperándome”, contó a Human Rights Watch. En 2009, su pareja fue asesinada presuntamente por miembros de un grupo armado. Mónica escapó a Bogotá, y envió a su hijo mayor a Chocó para que estuviera seguro. En 2011, Mónica fue violada por un agresor no identificado en Bogotá, y cree que este hecho fue en represalia por su actuación como líder. Denunció lo sucedido inmediatamente a las autoridades. El instituto de medicina legal del gobierno demoró 10 días en atenderla, un plazo demasiado prolongado como para que pudieran tomarse pruebas físicas. Ningún funcionario remitió a Mónica para que obtuviera tratamiento de salud durante el período en el cual podría haber recibido profilaxis adecuada para evitar un embarazo o infecciones de transmisión sexual, incluido el VIH. Cuando Mónica finalmente pudo acceder a atención de la salud, un médico le recetó medicamentos para tratar una micosis vaginal provocada por la violación y para intentar tardíamente evitar una infección por VIH. Debido al costo, Mónica únicamente pudo pagar el medicamento para tratar la micosis. No se han producido avances en la causa penal.

Mercedes D., de 44 años, vivía en una comunidad rural en 1997 cuando la guerrilla intentó reclutar a su esposo. Atemorizados por el hecho, la familia decidió dejar el lugar y no denunció el incidente ni tampoco el desplazamiento. En 2004, su esposo fue asesinado por paramilitares que creían que simpatizaba con la guerrilla. En ese mismo período fue violada Beatriz, la hija de Mercedes, de 16 años, quien quedó embarazada a raíz del hecho. Mercedes escapó con sus hijos a Medellín. Como Mercedes no había recibido formación para trabajar en la ciudad, consiguió un empleo en una finca en las afueras. A fines de 2009, cuando se dirigía a su trabajo, fue violada por un hombre a quien identificó como miembro de un grupo paramilitar. Mercedes no intentó obtener tratamiento médico ni acudió a la policía tras la violación. Cuatro meses después, Mercedes advirtió que estaba embarazada. Preocupada porque no sabía si podría seguir trabajando y alimentando a sus hijos y al niño que nacería, se acercó al personero municipal para los derechos humanos, quien la remitió a un refugio para víctimas de violencia de género. El programa de refugio la ayudó a volver a poner en orden su vida. Luego, en 2011, Beatriz murió al ser alcanzada por disparos durante una balacera que se produjo en su barrio. Si bien existe una investigación en curso, Mercedes desconoce en qué estado se encuentra. Sus dos hijos más pequeños fueron llevados por las autoridades a una institución, hasta que obtenga un empleo. “Tengo miedo todo el tiempo, en todo momento”, dijo a Human Rights Watch.

Lo doloroso y real de estos testimonio es un ejemplo de cómo la mujer es objetivo inerte de una guerra, en la cual ella como ciudadana solo puede defenderse en sus limitaciones y buscar nuevos horizontes para su preservación y la de los suyos, además está siendo puesta de frente al desconocimiento de sus propios derechos por lo cual tiene el reto personal y la obligación social de

ponerse al día en escenarios en los que antes no estuvo, y a los cuales no ha sido invitada formalmente.

4. ALGUNAS CONSIDERACIONES DESDE EL FEMINISMO

Desde la perspectiva de las Relaciones Internacionales, el feminismo se ha constituido como un enfoque teórico “disidente” que busca reivindicar la situación de desigualdad, opresión y explotación de la mujer, al tiempo que analiza cómo influye el rol de género en la política y el sistema internacional³²⁸. A un nivel más particular, la incidencia política de la mujer dentro de los Estados y en especial, dentro de los procesos de Justicia Transicional, constituye un tópico de gran relevancia dentro de las relaciones internacionales, ya que es evidente el empoderamiento que ésta ha adquirido en medio de un contexto de globalización que ha facilitado procesos de diálogo, intercambio de ideas y posicionamiento de valores con un alto contenido de género.

Las instituciones del orden internacional y la normativa interna de los Estados que se ajusta a los principios de dichas instituciones, no han sido del todo ajenos a esta tendencia femenina y han adoptado de forma paulatina convenciones, medidas legales y políticas públicas dirigidas a satisfacer las demandas sociales de las mujeres que implican inclusión, respeto y reconocimiento. Esto es un claro reflejo de la forma como la movilización, la presión de grupo y la actividad lobbyista femenina a lo largo de las últimas décadas han colocado en la agenda internacional temas a los que antes no se prestaba suficiente atención o no alcanzaban la transcendencia de otros asuntos³²⁹.

Para efectos de este trabajo, nos fundamentaremos en la Teoría Feminista Radical, la cual nace como reacción a los postulados del tradicional Feminismo Liberal. Salomón lo expresa de este modo:

“Las (feministas) radicales consideran que tanto el feminismo liberal como el marxista parten de un modelo de liberación de la mujer basado en valores masculinos que impulsa a las mujeres a aspirar a unos valores patriarcales. Así por ejemplo, las comparten el individualismo competitivo de los liberales y las marxistas se ocupan más del análisis de la producción que el de la reproducción. Más que la emulación de los hombres, las feministas radicales promueven una contracultura que valore los papeles y valores femeninos”

(p.p. 34)

Por su parte, Locher afirma que para el feminismo radical, las Relaciones Internacionales y los fenómenos políticos internos de cada sociedad, son un reflejo de una cosmovisión masculina imperante, derivando en un compilado de investigaciones en las que se hace alusión al militarismo y a la guerra como rasgos de este dominio patriarcal, contrastando con los criterios femeninos en cuanto a la forma de abordar asuntos de paz.

La autora colombiana Maria Emma Wills, en su artículo *Feminismo y Democracia: Más Allá De Las Viejas Fronteras*³³⁰ agrega al término Feminismo Radical el de Democrático como una forma de significar la inclusión

³²⁸ SALOMÓN, M., “La teoría de las Relaciones Internacionales en los albores del siglo XXI: diálogo, disidencia, aproximaciones.” *Revista electrónica de Estudios Internacionales*. 2002, pp. 32-37. Recuperado de: http://www.cedep.ifch.ufrgs.br/Textos_Elet/pdf/Salomon.pdf

³²⁹ LOCHER, B., Las relaciones internacionales desde la perspectiva de los sexos. En: *Revista Nueva Sociedad*. No. 158. 1998, pp 40-65.

³³⁰ WILLS, M.E., *Feminismo Y Democracia: Más Allá De Las Viejas Fronteras*. 2006. Recuperado de: http://biblioteca.hegoa.ehu.es/system/ebooks/7850/original/feminismo_y_democracia_mas_alla_de_las_viejas_fronteras.pdf

de principios democráticos a ese deconstruir del sistema de valores patriarcales y en el erigir de una sociedad que desentrañe la desigualdad y la inequidad desde la institucionalidad.

Wills afirma que las feministas demo-radicales, exigen como resultado de las actuales estructuras sociales, una paridad en lo referido a la participación pública de la mujer; la mencionada paridad se refiere a que no se pretenda que la esfera política se maneje bajo la presunción de que los grupos participantes son iguales, por el contrario esta será un reflejo de las relaciones de la esfera privada de los ciudadanos. En cuanto a esa distinción entre la esfera pública y esfera privada, el feminismo demo- radical postula la necesidad de guardar siempre las distinciones de género dentro de la arena pública, pero siempre buscando los medios o puntos de interconexión o que creen sinergias entre los géneros participantes y propicien avances sociales que respondan a las necesidades de las mismas.

5. LA VIOLENCIA EN COLOMBIA

Colombia se ha constituido como uno de los países latinoamericanos con una amplia y respetable tradición democrática. Pero la realidad nos delata que este país tiene una larga historia de violencia política que se remonta al siglo XIX, en medio de las disputas partidistas de los Liberales y los Conservadores, que dividían a la nación pues las identificaciones y las lealtades a los bandos eran muy claras y fuertes.

Para la década de los años 40's, ocurre el denominado Bogotazo como consecuencia del asesinato del líder liberal Jorge E. Gaitán, un evento que dividió la historia del país en dos y se constituyó como un día que definiría las siguientes décadas de la arena política y social del país³³¹. La Violencia se acrecentó y desembocó en el establecimiento de una dictadura militar, liderada por Gustavo Rojas Pinilla en la década del 50. Para los años 60's ya empezaban a surgir movimientos de guerrillas en el territorio nacional, situación que se agravó con el establecimiento del Frente Nacional (una distribución arreglada del poder que no dio espacios a otras manifestaciones políticas) y el fortalecimiento de naciescentes organizaciones como las FARC y el ELN.

El agravante de esta situación es que, con el pasar de los años, los actores involucrados en el conflicto armado interno colombiano se han incrementado y peor aún, han establecido una especie de sinergia en la que los grupos subversivos se sirven del narcotráfico y los grupos paramilitares y neo-paramilitares de la misma estructura coercitiva del Estado por medio de las Fuerzas Armadas. Vemos entonces, que en Colombia los hostigamientos hacia la población civil son multidireccionales y complejos.

De acuerdo a Ibarra y Fernández³³², esta misma complejidad del conflicto ha permitido que la mujer haga parte de dos frentes: uno como víctima y como activista a favor de la paz; y a partir de su posición como miembro de grupos ilegales al margen de la ley. No obstante, en ambas situaciones la mujer siempre es sometida al dominio masculino, y en el caso de aquellas que integran filas subversivas, no es un secreto que más que combatientes, son objetos y esclavas sexuales de los comandantes de tales organizaciones. Estos hostigamientos de carácter sexual vienen desde diversas vías, incluyendo las fuerzas estatales.

³³¹ CHAPARRO, H., Once upon a time. A short story on violence. En: *Flight of the Condor: Stories of Violence and War from Colombia*. Edwards, J. (Ed.) Madison: University of Wisconsin Press. 2007, pp. 13-21.

³³² IBARRA, M. y FERNÁNDEZ, C., *Transformaciones identitarias de las mujeres como resultado de su participación política en las guerrillas y en las acciones colectivas por la paz en Colombia*. Universidad Complutense de Madrid, España. 2008, pp. 63-445.

La mujer colombiana no sólo es objeto de violencia sexual en el marco del conflicto, sino que además, se constituye como víctima al asumir la dirigencia de un hogar sin esposo, asumir la pérdida de sus hijos y familiares y al ser afectada directamente por el fenómeno del desplazamiento forzado: Para el año 2003 las mujeres constituían la mitad de la población desplazada en Colombia, con especial énfasis en el grupo de 18 a 45 años y de forma particular en tres categorías: las viudas, las madres cabeza de hogar (que representan entre el 34.6% y el 49.7% de las amas de casa desplazadas) y las víctimas de violencia sexual³³³.

6. CAMINO HACIA LA PAZ

A lo largo de los más de 50 años en los que se ha desarrollado el conflicto armado, son contados los casos en los cuales se han realizado acuerdos de paz que buscaran reales salidas al conflicto. El primer acuerdo del cual fue testigo el pueblo colombiano es el llamado Acuerdo de La Uribe, desarrollado en 1984 entre el gobierno de Belisario Betancourt y las FARC. Este acuerdo fue denominado por parte de la sociedad como un fracaso del gobierno que dejó relucir la debilidad de la democracia en el país y la falta de voluntad de la guerrilla para llegar a un consenso. El segundo acuerdo político que se llevó a cabo en el país fue el realizado en 1990 con la guerrilla del M-19, en este el tema central fue el indulto hacia sus miembros. Finalmente se destaca el fallido proceso de diálogos de paz con las FARC durante el gobierno de Andrés Pastrana (1988-2002)

Por su parte, durante el gobierno de Álvaro Uribe hubo expectativa nacional debido a la aprobación por parte del Congreso de la ley 782 de 2005 o “Ley de Justicia y Paz”. Esta ley produjo gran revuelo y fuertes críticas por miembros de la comunidad internacional debido a las abismales rebajas de penas hacia los paramilitares (denominadas como Penas Alternativas, que oscilan entre 5 y 8 años) y el poco enfoque y respeto hacia las víctimas del conflicto. Parecía que las garantías y condiciones estuvieran dadas para el proceso de los desmovilizados y no al grupo social vulnerado. A las víctimas de manera muy somera e insubstancial se les reconocen algunos derechos; afirmado así en un informe de la Fundación para el Debido Proceso Legal³³⁴:

“La presencia de los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación en los debates no ha implicado que el proceso iniciado logre articular los elementos necesarios para garantizarlos integralmente. Aunque el marco normativo reconoce los derechos de las víctimas y los incorpora como principios que deben ser cumplidos, existen múltiples dificultades para que en la práctica puedan hacerse efectivos. Las víctimas enfrentan serios obstáculos para lograr la satisfacción de sus derechos. (Pág. 95)

Finalmente es aprobada por el congreso el 06 de Junio de 2011 la llamada “Ley de Víctimas”, O 1448/11. Este acto legislativo es una reivindicación del gobierno colombiano con las personas afectadas por el conflicto armado interno: Dentro de esta ley se esclarecen muchos puntos relevantes, como por ejemplo, quienes son considerados como víctimas, ya que además de ser aquella

³³³ MEERTENS, D., *Forced Displacement in Colombia: Public Policy, Gender and Initiatives for Reconstruction*. Universidad Nacional de Colombia, 2003. Recuperado de: <http://pum.princeton.edu/pumconference/papers/6-Meertens.pdf>

³³⁴ GUZMÁN, D., SÁNCHEZ, N., UMPRIMNY, R., *Las víctimas y la Justicia Transicional ¿Están cumpliendo los estados latinoamericanos con los estándares internacionales?. Fundación para el debido proceso legal Washington D.C. 2010. Recuperado de: <http://www.dplf.org/uploads/1285258696.pdf>*

persona que individual o colectivamente haya sufrido daños directos o permanentes que ocasionen algún tipo de discapacidad física, psíquica y/o sensorial sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo de sus derechos fundamentales³³⁵ ; también entrarían dentro de esta clasificación los familiares de las víctimas, que generalmente son mujeres viudas o madres con hijos desaparecidos, entre otros. Es de destacar que esta ley establece un enfoque diferencial en el que dará prioridad a las víctimas en razón de género o edad, población a quienes se les reconocerá los derechos de la verdad, a la justicia y a la reparación integral.

Sin embargo, y a pesar de la gran expectativa que ha causado la sanción presidencial a esta ley, lo cierto que es las organizaciones de víctimas y las defensoras de los derechos de las mismas, consideran que aún existen algunos vacíos y ya se han presentado algunas demandas ante la Corte Constitucional para la ratificación de algunas nociones y conceptos de la ley que aún no están claros. De este modo, el país parece encaminarse seriamente hacia un proceso de post conflicto en el que la mujer empieza a ser activista visible en procesos sociales y por qué no, políticos.

7. LA PARTICIPACIÓN DE LA MUJER

Desde hace algunos años, y en mayor medida desde la génesis del proceso de post conflicto, se han identificado algunos movimientos sociales de mujeres colombianas, que han alcanzado preponderancia y reconocimiento desde su posición como madres, esposas, hijas y víctimas. Es por ello que se puede establecer la influencia social y política de la mujer a partir de su activismo en diversas organizaciones que se han constituido como pilares dentro del proceso de Justicia Transicional en Colombia.

Como primer ejemplo, encontramos a la Ruta Pacífica de las Mujeres, una organización que a nivel nacional agrupa pequeños movimientos y ONGs de mujeres activistas de DDHH. Surgida en 1996, la Ruta se plantea dos importantes afirmaciones: “no parimos hijos e hijos para la guerra” y “el cuerpo de la mujer no es botín de guerra” tratando de hacer énfasis en la cara oculta de este conflicto, la violencia sexual. Desde su fundación, la Ruta Pacífica se ha constituido como un movimiento con gran capacidad de movilización a través de lo simbólico, la palabra y las manifestaciones culturales.³³⁶

En la Costa Caribe colombiana, la región de los Montes de María se ha convertido en un epicentro de la guerra y por ende, punto de enclave de gran cantidad de colombianos y colombianas víctimas del conflicto armado. En este contexto surgieron organizaciones como Narrar para Vivir³³⁷ y Mujeres Víctimas Tejedoras de la Memoria, con presencia en los departamentos de Bolívar y Sucre. Este grupo de mujeres llevan a cabo una labor de reconstrucción de la memoria histórica a través de la palabra y mediante manifestaciones como plantones en lugares públicos, arriesgando aún sus vidas

³³⁵ Colombia. Ley 1418/2011 Ley de víctimas y de restitución de tierras. *Diario Oficial Congreso de la República*. No. 48.096 del 10 de junio de 2011. Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley_1448_2011.html

³³⁶ SÁNCHEZ, O., *Nuevas formas de resistencia civil de lo privado a lo público. Movilizaciones de la Ruta Pacífica 1996-2003*. Cooperació-Barcelona, Generalitat de Catalunya-Cataluña, SUIPPCOL-Programa Suizo para la promoción de la paz en Colombia. Bogotá. 2006. Recuperado de: <http://www.rutapacific.org.co/nuevas%20formas.pdf>

³³⁷ ANGARITA, M., *Memorias desde adentro, experiencias desde víctima*. En: *Memorias del Seminario Diálogos, desafíos y abordajes de la Memoria Histórica en Colombia*. 2010. Recuperado de: http://www.dialogos-en-educacion.org/files/Ponencia_Mayerlis%20Angarita_Narrar%20para%20vivir_o.pdf

en un territorio que no se encuentra libre de amenaza y que ha obligado a sus lideresas Mayerlis Angarita y Rumualda Paternina, a salir de sus respectivos lugares de origen, dadas la falta de garantías.

Se destacan otros casos de mujeres que desde su individualidad guiaron y propiciaron movimientos de cambio dentro de sus respectivas realidades: Magola Gómez una mujer de origen campesino que además de ser hija de una mujer víctima de la violencia, fue especialmente afectada por la masacre desplazamiento y secuestro de miembros de su familia. Después de un duro proceso de reestructuración de su vida, ésta se convierte en una gran líder social dedicada a la lucha por el restablecimiento de los derechos de las víctimas del conflicto, especialmente mujeres y personas desplazadas. Y María Zabala quien, tras el asesinato de su esposo, decide incursionar en el mundo político continuando con el legado que su compañero había dejado. Dentro de la arena política, ella es víctima de rechazos, discriminación y malos tratos, debido a su condición de mujer³³⁸.

Estas historias y experiencias heroicas de vida, son prueba fehaciente de los cambios que han experimentado las mujeres en el rol que cumplen dentro del conflicto armado en Colombia, y sobre todo de la resiliencia que éstas han demostrado a la hora de afrontar situaciones de profundo dolor, adaptarse a éstas y transformarlas en situaciones positivas. Desde la Teoría Feminista también se diserta sobre la capacidad de la mujer de abordar temas concernientes a la guerra y la paz desde una perspectiva pacifista, muy a pesar de haber sido objeto directa o indirectamente de eventos victimizantes³³⁹.

En contraste también se aprecian las dificultades que presenta el Gobierno nacional para ofrecer garantías para el desarrollo del trabajo de éstas mujeres. Se hace pertinente analizar esta situación desde la óptica de los supuestos que se han tomado como base de este documento:

En muchos sistemas estatales, sociales y religiosos de todo el mundo se presentan estructuras de desigualdad y de avasallamiento de la identidad de la mujer por parte de los valores masculinos. Esta estructura social recibe el nombre por parte de la teoría feminista de “Patriarcalismo”, un sistema en el que se evidencia el desorden social representado en la violencia ejercida sobre las mujeres y todo ser que se perciba diferente. Es claro que Colombia se encuentra sumergido dentro de un sistema patriarcal, si tenemos en cuenta no sólo las estadísticas de violencia contra la mujer y el número de víctimas dentro del conflicto armado, sino que también se percibe a través de hechos sociales tan palpables como la participación femenina y la representatividad de puntos relevantes para las mismas en los temas de discusión de la arena política prioritarios para el colectivo al que representa.

De esta manera se desglosa una inquietud: ¿De qué manera las mujeres en Colombia han logrado constituirse en pilares de desarrollo en el proceso de Justicia Transicional que devienen de conflictos y de una sociedad basada en principios patriarcales? Este fenómeno podríamos explicarlo a través de lo que la teoría feminista denomina como “Fin del patriarcado”, es decir, la lucha por la existencia libre de la mujer a través de una revolución simbólica motivada por el amor a la libertad y por la voluntad de dar sentido a ser mujer³⁴⁰.

³³⁸ Grupo de Memoria histórica de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación. *Mujeres que Hacen Historia: Tierra, Cuerpo y Política en el Caribe Colombiano*. 2011. Recuperado de

http://www.semanaporlamemoria.com/descargables/informes/libro_biografias_genero.pdf

³³⁹ LOCHER, B., Las relaciones internacionales desde la perspectiva de los sexos. *Revista Nueva Sociedad*. No. 158. 1998, cit. pp 40-65.

³⁴⁰ GRAU, E., Feminismo. En MELLÓN, J., ABELLÁN, J., et al, (Ed.), *Ideologías y movimientos políticos contemporáneos*. Madrid: Tecnos. 2008, pp. 405-423.

Para que se configure el llamado fin del patriarcado confluyen distintos aspectos que lo hacen posible y que podemos abordar a partir de la célebre consigna de los movimientos feministas de la década del 60's: "Lo personal es político" por lo tanto público, a través de la cual se pretendía argumentar cómo la esfera de lo doméstico, lo privado –considerado como un ámbito apolítico– también estaba atravesado por relaciones de poder en un orden mayor. De este modo, se ha tomado a consideración una división en tres esferas: una privada y dos públicas (social y política) para proceder con un análisis más profundo de los casos y posteriormente, alcanzar algunas recomendaciones y conclusiones.

Si todo lo anterior lo aplicamos al caso colombiano, notamos que evidentemente, muchas de estas condiciones no se cumplen en su totalidad: En cuanto a la esfera personal o interna, en algunos sectores es claramente apreciado que una mujer, especialmente bajo la investidura de víctima, se siente (y en un principio se encuentra) en una posición de desventaja frente a los sujetos de sexo contrario, especialmente dentro de la familia o en su auto imagen.

En cuanto a la esfera social, es fehaciente el desinterés, la apatía o indolencia de la sociedad colombiana frente a las mujeres víctimas del conflicto armado colombiano, debido a que en adición de su condición de víctimas de atrocidades de una guerra ajena; deben enfrentar (aquellas que se arriesgan a cambiar el patrón de inactividad y victimización), a una sociedad que muchas veces disminuye e invisibiliza sus acciones al no resaltarlas, protegerlas, ni apoyarlas. Esto conlleva a que dentro de una sociedad dominada claramente por el patriarcalismo (en todas sus esferas), las mujeres tengan que realizar mayores esfuerzos para obtener alguna relevancia o injerencia en la arena política.

Esto cabe analizarlo si de acuerdo con la Alta Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer del estado colombiano, una real participación política se encuentra caracterizada por tres características inherentes a la misma: Inclusión, representación y paridad: La inclusión se refiere a la posibilidad de elegir y ser elegidos. La representación se refiere a la manifestación de los intereses y necesidades de los colectivos por los que fueron seleccionados; y la paridad, llevar a la agenda pública temas de interés para el grupo en cuestión³⁴¹.

En Colombia la característica que de mayor manera se evidencia es la inclusión; lo anterior demostrado así desde la misma Constitución Política desde el momento en que dentro de las líneas del artículo 40 numeral 1, en el que se garantiza nuestro derecho a la Igualdad y se estipula el derecho a elegir y a ser elegido. Asimismo, se ha establecido todo un marco jurídico como la Ley de Cuotas de representatividad de la mujer en el ejercicio ejecutivo y más recientemente, dentro de la conformación de las listas de candidatos en procesos electorarios.

En cuanto a la representación y la paridad podría ser claramente discutido, si tenemos en cuenta que actualmente no hay garantías reales para la lucha de esas mujeres que todos los días se ven enfrentadas a las amenazas sobre su seguridad, lo cual no ocupa mayor relevancia en los temas y agendas de la discusión de la política estatal.

³⁴¹ Observatorio de los Asuntos de Género. *La Participación Política de las Mujeres en Colombia: Avances, Retos y Análisis sobre la Presencia y Acceso de las Mujeres a los Espacios de Decisión del País*. 2011. Recuperado de: <http://www.equidadmujer.gov.co/Publicaciones/Boletin%2013-Observatorio-asuntos-genero.pdf>

A pesar de todo lo anterior, de manera muy localizada, en Colombia se ha venido librando el proceso del fin del patriarcado a través de la concientización interna, autoformación en el concepto de justicia y en el concepto de igualdad. Esto se ve evidenciado no sólo en las reclamaciones individuales sobre derechos y delitos inicialmente ignorados, sino también en la conformación y alineación de grupos sociales y políticos como los expuestos, dentro de los cuales la sincronización y el trabajo coordinado entre estos (de manera intragrupal) hacen posibles mayores y mejores resultados. En cuanto a la esfera social, se demuestra no sólo por medio del progresivo apoyo y reconocimiento (difícilmente obtenido) por parte de la sociedad Colombiana; sino de la comunidad internacional misma. Finalmente en la esfera política a través del incremento paulatino de la participación como sujeto activo de las decisiones que a estas competen.

8. RECOMENDACIONES PARA LA TRANSICIÓN DE VÍCTIMA A ACTOR

A partir del análisis del rol que los movimientos pacifistas y feministas de mujeres han emprendido desde el contexto mismo de la violencia hasta el proceso de Justicia Transicional, consideramos pertinente tener en cuenta las siguientes recomendaciones:

En cuanto a la esfera personal o interna se ha venido gestando una transformación del auto concepto e imagen que poseen las mujeres sobre su condición como víctima, convirtiendo esa condición en la principal herramienta del empoderamiento como actores sociales y políticos constructores de paz y desarrollo. A partir de este empoderamiento, se ha propiciado el establecimiento de sinergias y mecanismos entre estos grupos políticos, para magnificar su trabajo y logros obtenidos, lo cual ha causado mayor presión política tanto a nivel nacional como internacional para que sus demandas sean realmente escuchadas.

En cuanto a la esfera social, es necesario hacer notar el profundo y significativo valor del trabajo de estas mujeres; enaltecer sus logros para que produzcan un cambio en el modus operandi social, especialmente dentro de los procesos de Justicia Transicional. Esto se logra desde la esfera familiar llevándola hasta un ámbito social en el cual no son objeto de discriminación ni señalamiento alguno por su condición de víctimas de un conflicto del cual ellas no decidieron hacer parte. Asimismo, los movimientos de mujeres en Colombia, han asumido la movilización no sólo como una manifestación física mediante plantones, por ejemplo, sino que se ha apropiado como parte del concepto desde tales grupos, la formación de una opinión pública que cale dentro de la ciudadanía.

Finalmente en cuanto a la esfera política, se debe trabajar fuertemente en varios puntos, que si bien se encuentran ya dentro del proceso, lo hacen de manera inconclusa por lo que amerita mayor atención:

- Fortalecimiento de espacios de socialización política: Es decir que se propicien espacios de socialización entre las mujeres que decidan hacer parte activa de los procesos de Justicia Transicional Colombiano, logrando con esto una extensión del radio de acción de los grupos conformados, y una magnificación y visibilización de los objetivos o logros planteados y alcanzados. La experiencia de género, los valores femeninos se convierten en una perspectiva desde la cual se pueden hacer diversos aportes para hallar una salida al conflicto.

- Capacitación de funcionarios públicos: Es necesario que la eliminación de los tratos discriminatorios inicie desde el punto más bajo de la cadena de atención, capacitación y ayuda a las mujeres víctimas de cualquier clase de delitos del conflicto; para que de igual manera trascienda a las esferas más altas de cada institución.

- Paridad en los temas de agenda pública: No solo la representatividad, sino que los temas como: la seguridad de las mujeres víctimas políticamente activas, inclusión en los espacios de decisión y mecanismos de apoyo y ayuda; hagan parte de la discusión en los escenarios políticos importantes del estado.

- Destinación del erario público a la causa: Apoyar a las instituciones que de alguna manera apoyan ese empoderamiento de las mujeres a través de programas de capacitación y formación; lo cual no solo ayuda a que estas sean formadas para reclamar sus derechos, sino que las capacita y reconstruye para el inicio de nuevas vidas.

- Garantías formales reales: Que todas y cada una de las normatividades y disposiciones emanadas por el estado para brindar garantías formales para la participación de la mujer, sean materializadas y puestas en marcha con vocación y real compromiso estatal.

9. CONCLUSIÓN

Colombia muy a pesar de encontrarse dentro de un proceso de Justicia Transicional sin encarar una real transición, es objeto de un número considerable de falencias formales y substanciales. El caso de la mujer colombiana que ha transitado de víctima del conflicto a protagonista como sujeto político, si bien ha presentado avances reflejados en el accionar de algunos sectores y organizaciones- máxime en el marco de la reciente sanción de la Ley 1448- en general se ha tratado de un proceso traumático cargado de estigmatización y revictimización hacia estas mujeres.

La visibilización de la mujer en sus dos condiciones de víctima y actor en el conflicto, supone entre otros la superación del sub-registro en los datos oficiales de las violencias cometidas contra ellas, lo que permitirá a las estadísticas oficiales y a las entidades responsables constitucionalmente señaladas, dar cuenta de la magnitud del problema. Superando la complejidad del conflicto que imposibilita obtener cifras totales. Mostrando un Estado “padre”, que se niega a sus limitaciones, basándose en las dificultades existentes para acopiar información por el acceso a fuentes de información (por la dinámica misma de la guerra), pero además relegando a la mujer a registrar sus tragedias, sin empoderarlas de la ley y los derechos fundamentales, lo que genera nuevo miedo a ser revictimizadas por su denuncia, desconfianza mutua entre generadores de información y cobertura limitada de las organizaciones que trabajan en el territorio.

La patria como territorio de guerra desarraiga los grupos sociales y desintegra el tejido social, hecho que se evidencia en la militarización del territorio, que se puebla de varones en su defensa y olvidándose de quienes estaban allí antes que ellos y deben continuar una vida. El estado y la sociedad colombiana en su visión predominantemente masculina, han desconocido que este es un problema para las mujeres, no una solución, porque, tal como está documentado, cuando la vida cotidiana es militarizada y las fuerzas armadas asumen tareas que no son de su competencia -en el campo de la educación, la salud o la recreación, por ejemplo- las violencias contra las mujeres aumentan, especialmente aquellas relacionadas con la imposición de pautas de comportamiento y la violencia sexual.

Para el mundo de la vida femenino colombiano, la ampliación de la democracia, y el escenario de la incursión política confrontan prácticas autoritarias y argumentan mejor la necesidad de eliminar la subordinación y la discriminación contra las mujeres. Su visibilidad pública, como voz y acción de otras mujeres, ancianos y niños huérfanos por el recorrido violento del país y su participación política, también suponen reformular las relaciones sociales y modificar su propia visión del mundo, hecho complejo debido al rezago histórico en educación y en los escenarios socioeconómicos y de participación decisoria del país, además de su voluntad y casi obligación de no despojarse, completamente, de sus roles tradicionales.

La guerra tiene un “impacto desproporcionado” sobre la vida de las mujeres. Esto significa que en situaciones excepcionales -como un conflicto armado- las mujeres se encuentran en condiciones de especial vulnerabilidad por la discriminación histórica que ha recaído sobre ellas. Sus afectaciones se ven además incrementadas por otras formas de discriminación como la etnia, edad u opción sexual, entre otras. Para que en Colombia se logre una verdadera visibilización y real empoderamiento de las luchas políticas de las mujeres víctimas, es necesario que se realice un trabajo coordinado entre las tres esferas que intervienen en el proceso: personal, social y estatal; en aras de la configuración de una real participación política, libre de valores patriarcales, que propendan por relaciones justas dentro de este proceso. Lo anterior permitirá el aprovechamiento de la influencia positiva de los trabajos políticos y sociales de las mujeres víctimas sobre los procesos de Justicia Transicional, tornándose en gestoras de paz y herramientas de la construcción del desarrollo nacional.

10. BIBLIOGRAFÍA

ANGARITA, M., Memorias desde adentro, experiencias desde víctima, En: *Memorias del Seminario Diálogos, desafíos y abordajes de la Memoria Histórica en Colombia*, 2010. Recuperado de: http://www.dialogos-en-educacion.org/files/Ponencia_Mayerlis%20Angarita_Narrar%20para%20vivir_o.pdf

CHAPARRO, H., Once upon a time. A short story on violence. En: *Flight of the Condor: Stories of Violence and War from Colombia*. Edwards, J. (Ed.) University of Wisconsin Press, Madison, 2007, pp. 13-21.

Colombia. Ley 1418/2011 Ley de víctimas y de restitución de tierras. *Diario Oficial Congreso de la República*. No. 48.096 del 10 de junio de 2011. Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley_1448_2011.html

DE LA PEÑA, G., “Identidades urbanas al fin del milenio”, *Ciudades* #22. México abril - junio 1994.

Derechos fuera de alcance. Obstáculos a la salud, la justicia y la protección para mujeres desplazadas víctimas de violencia de género en Colombia. Human Rights Watch. United States of America, 2012. pp.6.

GRAU, E., *Feminismo*, En MELLÓN, J., ABELLÁN, J., et al (Ed.), *Ideologías y movimientos políticos contemporáneos*, Tecnos, Madrid, 2008, pp. 405-423.

GIMENEZ, G., "Materiales para una teoría de las identidades sociales". *Frontera Norte*. Vol. 9 #18. Julio - diciembre 1997.

Grupo de Memoria histórica de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación. *Mujeres que Hacen Historia: Tierra, Cuerpo y Política en el Caribe Colombiano*. 2011. Recuperado de http://www.semanaporlamemoria.com/descargables/informes/libro_biografias_genero.pdf

GUZMÁN, D., SÁNCHEZ, N., UMPRIMNY, R., Las víctimas y la Justicia Transicional ¿Están cumpliendo los estados latinoamericanos con los estándares internacionales?. Fundación para el debido proceso legal Washington D.C. 2010. Recuperado de: <http://www.dplf.org/uploads/1285258696.pdf>

IBARRA, M. FERNÁNDEZ, C., *Transformaciones identitarias de las mujeres como resultado de su participación política en las guerrillas y en las acciones colectivas por la paz en Colombia*. Universidad Complutense de Madrid, España. 2008, pp. 63-445.

LOCHER, B., Las relaciones internacionales desde la perspectiva de los sexos. En: *Revista Nueva Sociedad*. No. 158. 1998, pp 40-65.

LÓPEZ, M., Problemas políticos y jurídicos de la Reconciliación. En: Hoyos, G. (Ed.) *Las víctimas frente a la búsqueda de la verdad y la reparación en Colombia*. Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá D.C. 2007.

MEERTENS, D., *Forced Displacement in Colombia: Public Policy, Gender and Initiatives for Reconstruction*. Universidad Nacional de Colombia, 2003. Recuperado de: <http://pum.princeton.edu/pumconference/papers/6-Meertens.pdf>

Observatorio de los Asuntos de Género. *La Participación Política de las Mujeres en Colombia: Avances, Retos y Análisis sobre la Presencia y Acceso de las Mujeres a los Espacios de Decisión del País*. 2011. Recuperado de: <http://www.equidadmujer.gov.co/Publicaciones/Boletin%2013-Observatorio-asuntos-genero.pdf>

Reparación para las mujeres Víctimas de violencia en el Conflicto armado. Una aproximación a la formulación de criterios para su determinación. Corporación Sisma Mujer, Cooperación Alemana al Desarrollo - GIZ-, proyecto "FortalEsDer". Corca Editores Ltda. Bogotá, 2010. pp.67-68

SALOMÓN, M., La teoría de las Relaciones Internacionales en los albores del siglo XXI: diálogo, disidencia, aproximaciones. En: *Revista electrónica de Estudios Internacionales*. 2002, pp. 32-37. Recuperado de: http://www.cedep.ifch.ufrgs.br/Textos_Elet/pdf/Salomon.pdf

SÁNCHEZ, O., *Nuevas formas de resistencia civil de lo privado a lo público. Movilizaciones de la Ruta Pacífica 1996-2003*. Cooperació-Barcelona, Generalitat de Catalunya-Cataluña, SUIPPCOL-Programa Suizo para la promoción de la paz en Colombia. Bogotá. 2006. Recuperado de: <http://www.rutapacifica.org.co/nuevas%20formas.pdf>

Seminario Justicia y reparación para las mujeres víctimas del conflicto armado en Colombia. III semana por la memoria; Relatoría. Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (CNRR), Grupo de Memoria Histórica, la GTZ-Profis, Iniciativa de las Mujeres Colombianas por la Paz, Dejusticia, Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género (Humanas), Departamento de Ciencia Política Universidad de los Andes. Bogotá, 2010. pp. 5

TORRES, A., "Barrios populares e identidades colectivas". El Barrio: fragmento de ciudad. Serie Ciudad y Hábitat N°6. Bogotá, 1999. pp 11-17

TOVAR, P. *Las viudas del conflicto armado en Colombia. Memorias y relatos*. Instituto Colombiano de Antropología e Historia ICANH. Bogotá D.C. 2006, pp. 50

WILLS, M.E., *Feminismo Y Democracia: Más Allá De Las Viejas Fronteras*. 2006. Recuperado de:

http://biblioteca.hegoa.ehu.es/system/ebooks/7850/original/femenismo_y_democracia_mas_alla_de_las_viejas_fronteras.pdf

XI. EL SISTEMA DE EFICACIA DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO, EN ESPECIAL LA PROTECCIÓN PENAL DE LAS VÍCTIMAS EN LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNOS

Fernando Pignatelli y Meca
Doctor en Derecho
Magistrado del Tribunal Supremo
General Consejero Togado -R-

1. EL SISTEMA DE EFICACIA DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Todo ordenamiento jurídico tiende a asegurar su eficacia -en el sentido de asegurar tanto una validez formal como una validez efectiva u observancia o aplicación real de sus normas- mediante un mecanismo de control jurídico o autocontrol que funciona como *control preventivo* -establecimiento de medios o mecanismos para que el derecho pueda ser cumplido voluntariamente- y como *control represivo* -fijación de sanciones para amenazar los supuestos de incumplimiento del derecho-.

El Derecho internacional humanitario -en adelante, DIH- viene hoy concebido como una de las ramas del Derecho internacional público que, inspirada -al igual que el Derecho internacional de los derechos humanos, con el que guarda estrecha relación- en la noción ética de humanidad, aspira a proteger a la persona en toda situación de conflicto armado, tenga este carácter internacional o interno, a través del control jurídico del fenómeno bélico, limitando, en la mayor medida posible, los ingentes males que causa este a los seres humanos.

En consecuencia, se hace necesario asegurar, en el doble plano internacional e interno, la efectiva aplicación de este sector del ordenamiento jurídico que es el DIH, por lo que la cuestión de su eficacia, en los dos aspectos de control jurídico preventivo y represivo, ocupa un lugar relevante en el estudio de la materia y en los textos convencionales en que esta se contiene³⁴².

1. 1. Con carácter previo al conflicto

Antes de iniciarse los conflictos armados, los Estados Partes en los Instrumentos en que se articula el DIH deben adoptar una serie de medidas³⁴³, a saber:

a. Medidas de aplicación. Los Estados Partes asumen la obligación convencional de incorporar a su ordenamiento interno las normas del DIH, implementando sus reglas en

³⁴² Vid. PIGNATELLI Y MECA, F., “La punición de las infracciones del Derecho Internacional Humanitario. Los Tribunales Internacionales de crímenes de guerra”, en “Derecho Internacional Humanitario”, 2ª edición, coordinada por RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L., Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 765 y 766.

³⁴³ Vid. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L., “Fuentes del Derecho internacional humanitario”, en “Derecho Internacional Humanitario”, ob. cit., pág. 74.

el Derecho interno y adoptar las medidas oportunas -legales, entre otras-para que tales normas puedan ser observadas y aplicadas en caso de conflicto armado.

b. Medidas de difusión. Dado que, en el actual estado del DIH, ya no faltan normas -sino, más bien, la voluntad de observarlas-, cobra especial importancia a este respecto una adecuada labor de difusión de aquellas, pues resulta que muchas infracciones de las prescripciones del DIH tienen su origen en la ignorancia de las mismas.

Para evitarlo, tanto los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 - artículos 47 del Convenio I, 48 del II, 127 del III y 144 del IV- como el Protocolo I Adicional a aquellos de 8 de junio de 1977 -artículo 83- disponen que los Estados en ellos Partes se comprometen a difundir lo más ampliamente posible, tanto en tiempo de paz como en tiempo de conflicto armado, tales Convenios y Protocolo en sus países respectivos y, especialmente, a incorporar su estudio en los programas de instrucción militar y a fomentar su estudio por la población civil, de forma que puedan ser conocidos por las fuerzas armadas y la población civil y, por su parte, el artículo 19 del Protocolo II Adicional de 8 de junio de 1977 estipula, más genéricamente, que dicho tratado “*deberá difundirse lo más ampliamente posible*”.

1.2. Durante el conflicto armado

En el conflicto armado se activan diversos mecanismos para proteger y salvaguardar los derechos de las víctimas³⁴⁴:

a. Los Estados Partes en los tratados de DIH se comprometen, incondicionalmente, “*a respetar y hacer respetar*” dichos Instrumentos “*en todas circunstancias*”³⁴⁵. Asumen así estos Estados la responsabilidad colectiva de procurar, sean o no partes en los conflictos armados, que las normas de aquellas convenciones sean respetadas por los Estados que participen en las hostilidades.

Se trata de una obligación *doble* -respetar y hacer respetar-, *universal* -la inmensa mayoría de los Estados son Partes en los convenios de DIH- e *incondicional* -no sujeta a reciprocidad-³⁴⁶.

b. La institución de la Potencia protectora -Estado neutral que, designado por un Estado que participa en un conflicto armado internacional y aceptado por la Parte adversa, salvaguarda los derechos de las víctimas del conflicto, particularmente los prisioneros de guerra y los internados civiles nacionales del Estado que representa-³⁴⁷ y, en su defecto, su sustituto -organismo que reemplaza a la Potencia protectora durante el conflicto cuando no haya habido designación o aceptación de esta desde el comienzo del conflicto-³⁴⁸.

c. El Comité Internacional de la Cruz Roja -CICR-, cuyo papel es servir de intermediario neutral entre las partes en un conflicto armado de cualquier clase - internacional o interno- para llevar protección a las víctimas a través de las siguientes actuaciones: visitar a los prisioneros de guerra, detenidos e internados civiles; socorrer a la población civil de los territorios ocupados; buscar a las personas desaparecidas y transmitir mensajes a los familiares de los prisioneros de guerra y viceversa; facilitar, a través de sus buenos oficios, el establecimiento de zonas y localidades sanitarias y de seguridad; recibir peticiones de ayuda de parte de personas protegidas; ejercer el llamado *derecho de iniciativa*, consistente en proponer a las partes en un conflicto armado interno -y sin que esta propuesta se considere una injerencia en los asuntos

³⁴⁴ *Ibidem*, págs. 71 a 74.

³⁴⁵ *Vid.* artículo 1 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y artículo 1.1 del Protocolo I Adicional a aquellos de 8 de junio de 1977.

³⁴⁶ *Vid.* RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L., “*Fuentes del Derecho Internacional Humanitario*”, ob. cit., págs. 71 y 72.

³⁴⁷ *Ibidem*, pág. 72; artículos 2 c) y 5.1, 2, 5 y 6 del Protocolo I Adicional de 1977.

³⁴⁸ *Vid.* artículos 2 d) y 5.3, 4 y 7 del Protocolo I Adicional de 1977.

internos del Estado concernido- que el CICR realice otras funciones humanitarias; y actuar en calidad de sustituto de la Potencia protectora³⁴⁹.

d. La Organización de las Naciones Unidas, cuyos diversos órganos han jugado, a partir de 1968, un papel nada desdeñable tanto en el desarrollo del DIH -Resolución 2444 (XXIII), de 19 de diciembre de 1968, de la Asamblea General, sobre respeto de los derechos humanos en los conflictos armados- como en la prevención y humanización de la guerra y en la injerencia humanitaria -Consejo de Seguridad- y recordando a las partes en conflicto la necesidad de observar las normas del DIH -Secretario General-

Conforme al artículo 89 del Protocolo I Adicional de 1977, en situaciones de violaciones graves de los Convenios de 1949 o del aludido Protocolo -es decir, en caso de comisión de crímenes de guerra- *“las Altas Partes Contratantes se comprometen a actuar, conjunta o separadamente, en cooperación con las Naciones Unidas y en conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”*.

e. El establecimiento, en el artículo 90 del Protocolo I Adicional de 1977, de la Comisión Internacional de Encuesta comporta que los Estados Partes en dicho tratado que así lo deseen aceptan un procedimiento *facultativo* para la investigación por este órgano -integrado por quince miembros, elegidos por cinco años- de las denuncias formuladas por cualquier Estado Parte sobre cualquier hecho alegado como infracción grave o crimen de guerra y para facilitar, mediante sus buenos oficios, el retorno a una actitud de respeto de los Convenios y del Protocolo³⁵⁰.

f. La presencia de asesores jurídicos en las fuerzas armadas, pues, conforme preceptúa el artículo 82 del Protocolo I Adicional de 1977, *“las Altas Partes contratantes en todo tiempo, y las Partes en conflicto en tiempo de conflicto armado, cuidarán de que, cuando proceda, se disponga de asesores jurídicos que asesoren a los comandantes militares, a nivel apropiado, acerca de la aplicación de los Convenios y del presente Protocolo y de la enseñanza que deba darse al respecto a las fuerzas armadas”*³⁵¹.

g. La sanción en sede interna de los crímenes de guerra es, probablemente, el instrumento *más eficaz* para garantizar el cumplimiento del DIH y se concreta en la obligación imperativa que pesa sobre los Estados Partes en los cuatro Convenios de 1949 y en el Protocolo I Adicional de 1977 de *“tomar todas las medidas legislativas necesarias para fijar las adecuadas sanciones penales que hayan de aplicarse a las personas que cometan, o den orden de cometer, cualquiera de las infracciones graves”* -o crímenes de guerra- al respectivo Convenio -párrafos primeros de los artículos 49 del Convenio I, 50 del II, 129 del III y 146 del IV- y de *“reprimir las infracciones graves”* -artículo 86.1 del Protocolo I Adicional-

Se trata de una obligación convencional de naturaleza *no autoejecutiva* que exige a los Estados Partes que lleven a cabo el desarrollo legal preciso para que la misma devenga operativa, adoptando medidas legislativas nacionales -o Derecho interno internacionalmente indispensable- que hagan factible su ejecución directa por los órganos judiciales del Estado³⁵².

³⁴⁹ Vid. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L., *“Fuentes del Derecho internacional humanitario”*, ob. cit., pág. 72.

³⁵⁰ *Ibidem*, pág. 73. *“Sistema dotado de cierta eficacia para hacer cesar las violaciones del Derecho internacional humanitario, pero todavía muy alejado de la realidad pues aún no ha intervenido en conflicto alguno”*. La Comisión se constituyó una vez que veinte Altas Partes contratantes aceptaron su competencia. Al ratificar los Protocolos Adicionales de 1977 mediante Instrumento de 21 de abril de 1989 -BOE núm. 177, de 21 de abril de 1989- el Gobierno del Reino de España declaró que *“reconoce ipso facto y sin acuerdo especial, con relación a cualquier otra alta Parte contratante que acepte la misma obligación, la competencia de la Comisión para proceder a una investigación acerca de las denuncias formuladas por esa otra Parte”*. El Reglamento interno de la Comisión fue aprobado el 8 de julio de 1992 -BOE núm. 35, de 10 de febrero de 1993-.

³⁵¹ *Ibidem*, pág. 73.

³⁵² *Ibidem*, pág. 73; PIGNATELLI Y MECA, F., *“Protección de las víctimas de la guerra en el ordenamiento penal español”*, en *“Derecho Internacional Humanitario”*, ob. cit., págs. 856 y 857.

h. La necesidad de implementar en el ámbito penal interno el debido castigo del género delictivo de guerra está íntimamente relacionada con el enjuiciamiento y la sanción en sede interna de las infracciones graves de los cuatro Convenios de 1949 y del Protocolo I Adicional de 1977 -crímenes de guerra- y con la aspiración de evitar la impunidad de los *delicta iuris gentium*, y más concretamente de los delitos de guerra, derivada de una inactividad de las jurisdicciones internas en razón de la falta de tipificación, o la tipificación inadecuada, de todas o algunas de las conductas que los integran. Las razones de tal necesidad, no siempre estrictamente jurídicas, traen causa del juego de dos principios o mecanismos, estos de naturaleza sí estrictamente jurídica, cuales son los de jurisdicción universal y complementariedad de la Corte Penal Internacional -en adelante, CPI-³⁵³.

El principio de jurisdicción universal es complementario del de territorialidad en cuanto básico para la regulación de la eficacia de la ley penal en el espacio y da lugar a la aplicación de las leyes penales nacionales a conductas realizadas, por nacionales o extranjeros, fuera del territorio del Estado en sentido jurídico, en razón, precisamente, del específico desvalor del injusto presente en estas conductas, determinado por la especial cualidad del bien jurídico lesionado por ellas.

La jurisdicción universal en materia penal, entendida, según la definición adoptada el 26 de agosto de 2005 por el Instituto de Derecho Internacional en Cracovia, como la competencia de un Estado para perseguir y, en caso de ser declarados culpables, castigar presuntos delincuentes, independientemente del lugar de comisión del delito y sin consideración a vínculo alguno de nacionalidad activa o pasiva u otros criterios de jurisdicción reconocidos por el Derecho internacional, viene determinada, por lo que concierne exclusivamente a los delitos de guerra cometidos en conflictos armados de carácter internacional, en los respectivos párrafos segundos de los artículos 49 del Convenio I de 1949, 50 del II, 129 del III y 146 del IV y en el artículo 85.1 del Protocolo I Adicional de 1977³⁵⁴.

A este respecto, la nueva redacción que el artículo 1 de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre -complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial-, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, confiere al apartado 4 del artículo 23 de esta última, aunque, ciertamente, presenta el aspecto positivo de añadir al elenco de delitos sobre los que opera el principio de jurisdicción universal los de lesa humanidad -lo que, de otra parte, era obligado desde la introducción en el Código Penal del artículo 607 bis por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre-, no es menos cierto que viene a alterar sensiblemente el juego del principio en orden a la sanción de estas figuras delictivas en el ámbito interno español³⁵⁵.

En efecto, la Ley Orgánica 1/2009 confiere una nueva redacción al apartado 4 del artículo 23 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que, en su párrafo segundo, viene a *laminar* la concepción que de la jurisdicción universal fijó la Sentencia 237/2005, de 26 de septiembre, de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional³⁵⁶, a cuyo tenor, a diferencia del resto de criterios, el de justicia universal

³⁵³ *Ibidem*, pág. 858

³⁵⁴ *Ibidem*, págs. 858 y 859

³⁵⁵ Sobre esta cuestión, *vid.* PIGNATELLI Y MECA, F., “*Los crímenes de guerra en la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de modificación del Código Penal*”. Libro homenaje a Gonzalo Jar Couselo, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia -en prensa-; PIGNATELLI Y MECA, F., “*La posibilidad jurídica de considerar incriminados los actos de terror en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*”, en “*Lucha contra el terrorismo, Derecho internacional humanitario y Derecho penal internacional*” -en prensa-; PIGNATELLI Y MECA, F., “*La protección penal de los bienes culturales y lugares de culto en caso de conflicto armado*”, en “*Estudios de Derecho internacional y Derecho europeo en homenaje al Profesor Manuel Pérez González*”, editado por CARDONA LLORENS, J., PUEYO LOSA, J., RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L., y SOBRINO HEREDIA, J.M. y coordinado por AZNAR GÓMEZ, M, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, Tomo I, págs. 920 y ss.

³⁵⁶ Recursos de Amparo 1744/2003, 1755/2003 y 1773/2003.

se configura a partir de la particular naturaleza de los delitos objeto de persecución, concluyendo, más adelante, que la persecución internacional y transfronteriza que pretende imponer el principio de justicia universal se basa exclusivamente en las particulares características de los delitos sometidos a ella, *“cuya lesividad ... trasciende la de las concretas víctimas y alcanza a la comunidad internacional en su conjunto. Consecuentemente su persecución y sanción constituyen no solo un compromiso, sino también un interés compartido de todos los Estados ... cuya legitimidad, en consecuencia, no depende de ulteriores intereses particulares de cada uno de ellos”*³⁵⁷.

En lo que atañe a los delitos de guerra, dicha Ley Orgánica 1/2009, modifica, en lo que aquí interesa, el apartado 4 del artículo 23 de la Ley Orgánica 6/1985, introduciendo, en el párrafo primero del mismo, un subapartado, de nuevo cuño, a cuyo tenor *“igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional, susceptibles de tipificarse, según la Ley española, como alguno de los siguientes delitos: ... h. Cualquier otro que, según los tratados y convenios internacionales, en particular los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, deba ser perseguido en España”,* mientras que en el segundo párrafo de dicho apartado 4 se estipula que *“sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España, para que puedan conocer los Tribunales españoles de los anteriores delitos deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constatarse algún vínculo de conexión relevante con España y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles”,* añadiendo el párrafo tercero que *“el proceso penal iniciado ante la jurisdicción española se sobreseerá provisionalmente cuando quede constancia del comienzo de otro proceso sobre los hechos denunciados en el país o por el Tribunal a los que se refiere el párrafo anterior”*.

Es decir, que no obstante exigirse ahora, para que actúen los jueces o tribunales españoles, que el presunto responsable se encuentre en España, que existan víctimas de nacionalidad española o que se constate algún vínculo de conexión relevante con España -concepto jurídico este el de vínculo de conexión relevante de tal grado de indeterminación que comporta la introducción, bien que buscada de propósito merced a esta tan desafortunada redacción, de un mero criterio de *oportunidad* a la hora de constatar tanto la existencia misma del vínculo como su relevancia-, y, en todo caso, que en otro país competente o en un Tribunal internacional -penal, obviamente- no se haya iniciado un procedimiento por los mismos hechos, en el supuesto de los delitos de guerra los órganos jurisdiccionales penales españoles conocerán en todo caso, sin necesidad de concurrencia de estos nexos o vínculos a que hace mención el párrafo segundo del apartado 4 -*“sin perjuicio”*-, de los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado previstos en nuestro Código Penal que sean trasposición a este de las infracciones graves enunciadas en los artículos 50 del Convenio I de Ginebra, 51 del II, 130 del III y 147 del IV, y 11.4 y 85.2 a 4 del Protocolo I Adicional a dichos Convenios -en este último supuesto siempre que el Estado en cuyo territorio se hubieren perpetrado los hechos o el de la nacionalidad del presunto autor de los mismos fueren, al momento de la perpetración, Partes en dicho Protocolo³⁵⁸-, ello de conformidad con el respectivo párrafo segundo de los artículos 49 del Convenio I de Ginebra de 1949, 50 del II, 129 del III y 146 del IV y apartado 1 del artículo 85 del Protocolo I Adicional de 1977 -pues lo contrario comportaría la conculcación del tenor de aquel párrafo segundo común a los indicados preceptos convencionales y del artículo

³⁵⁷ Vid. PIGNATELLI Y MECA, F., *“Protección de las víctimas de la guerra en el ordenamiento penal español”*, ob. cit., págs. 858 y 859.

³⁵⁸ *Ibidem*, pág. 860.

85.1 del Protocolo I Adicional-, y siempre que los hechos hayan ocurrido en el contexto o con ocasión de un conflicto armado de carácter internacional -lo que incluye el supuesto de ocupación militar-³⁵⁹.

Sin embargo, sí operará respecto de estos delitos de guerra lo dispuesto en el párrafo tercero del aludido apartado 4 del artículo 23, siempre, claro está, que el “*otro proceso*” que se haya iniciado en otro país *competente* -sic.- lo haya sido con anterioridad al inicio de las actuaciones judiciales en el nuestro y se trate, efectivamente, de un proceso judicial de naturaleza penal y no de una mera investigación o procedimiento administrativo o de una actuación judicial instruida en fraude procesal para eludir el conocimiento por cualquier otro Estado interesado Parte en los Convenios de Ginebra de 1949 o en el Protocolo I Adicional de 1977³⁶⁰. Esto no es sino una traslación, *mutatis mutandis*, de la matización del principio de persecución universal que, indirectamente, se llevó a cabo en el artículo 7.2 de la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional³⁶¹, adecuándolo a la posibilidad de que se haya iniciado un procedimiento por otro Estado que sea competente -incluso por mor del ejercicio de la jurisdicción universal- o por un Tribunal penal internacional -presumiblemente, la CPI- renunciándose -como en el caso del aludido artículo 7.2 de la Ley Orgánica 18/2003- a mantener ante los Tribunales internacionales -presumiblemente, repetimos, la CPI, ex artículos 18.2 o 19.2, ambos del Estatuto de Roma- la competencia de los órganos jurisdiccionales patrios³⁶².

i. El enjuiciamiento internacional de los crímenes de guerra trae causa de que el Derecho penal internacional, como sistema normativo, nace -preciso es reconocerlo- con propósito de luchar contra la impunidad de quienes han cometido o, en el futuro, puedan perpetrar los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto que, paradójicamente, no eran castigados por la inadecuación de facto del Derecho penal interno de los Estados, incapaces de iniciar

³⁵⁹ Sobre esta cuestión, *vid.* Autos de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 11 de marzo -R. 10031/2010P- y 30 de septiembre -R. 20330/2010- de 2010 y, sobre todo, de 6 de octubre de 2011 -R. 857/2011; ponente Alberto Jorge Barreiro-, según el último de los cuales “*a tenor de la actual redacción del precepto precitado, de aplicación insoslayable por los Tribunales españoles, la extensión de la jurisdicción española está supeditada como <<conditio sine qua non>> (y ello, <<sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España...>>) a la existencia de un vínculo de conexión relevante con España. Es a este, ciertamente, concepto jurídico indeterminado, al que ha de estarse para dilucidar el fondo de la cuestión. Tal precepto, coherente con la línea ya auspiciada por esta Sala (véase STS 327/2003), corrigiendo una <<vis expansiva>> que tampoco responde a las exigencias de la justicia universal, proclive al enjuiciamiento por Tribunales de cuño internacional*”, seguido por el Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional de 13 de enero de 2012, dictado en las Diligencias Previa 150/2009-P -querrela interpuesta contra, entre otros, George W. Bush y Dick Cheney, ex Presidente y ex Vicepresidente, respectivamente, de Estados Unidos-; *vid.* PIGNATELLI Y MECA, F., “*La protección penal de los bienes culturales y lugares de culto en caso de conflicto armado*”, *ob. cit.*, págs. 921 y 922.

³⁶⁰ *Vid.* PIGNATELLI Y MECA, F., “*Los crímenes de guerra en la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de modificación del Código Penal*”, *ob. cit.*; PIGNATELLI Y MECA, F., “*La posibilidad jurídica de considerar incriminados los actos de terror en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*”, *ob. cit.*

³⁶¹ *Vid.* PIGRAU SOLÉ, A., “*La jurisdicción universal y su aplicación en España: La persecución del genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad por los tribunales nacionales*”. Colección “*Recerca x Drets Humans*”, 3, Barcelona, 2009, págs. 117 a 119; PIGNATELLI Y MECA, F., “*Los crímenes de guerra en la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de modificación del Código Penal*”, *ob. cit.*; PIGNATELLI Y MECA, Fernando: “*La posibilidad jurídica de considerar incriminados los actos de terror en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*”, *ob. cit.*

³⁶² *Vid.* PIGRAU SOLÉ, A., *ob. cit.*, págs. 120 a 125. Concluye el autor que “*en definitiva, con esta Ley España habrá conseguido ampliar un poco los espacios de impunidad y facilitar la libertad de movimiento de los presuntos criminales, aunque también, desde luego, dar satisfacción a los países que los protegen y evitarse más de una situación incómoda con sus representantes. Justo lo contrario de lo que España decía pretender al ratificar el Estatuto de la CPI*”; PIGNATELLI Y MECA, F., “*Los crímenes de guerra en la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de modificación del Código Penal*”, *ob. cit.*; PIGNATELLI Y MECA, F., “*La posibilidad jurídica de considerar incriminados los actos de terror en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*”, *ob. cit.*

siquiera la acción penal contra las autoridades nacionales, muchas veces responsables de tan graves delitos.

Por ello, han debido superarse grandes dificultades para la creación de un Tribunal penal internacional permanente, independiente y con vocación de universalidad, que sea complementario de las jurisdicciones internas para el enjuiciamiento, entre otros delitos internacionales, de los crímenes de guerra o infracciones graves de los cuatro Convenios de 1949 y los dos Protocolos Adicionales a ellos de 1977³⁶³.

La creación en 1993 por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de un Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para la ex-Yugoslavia -con el propósito o finalidad exclusivos de juzgar a los responsables de genocidio y violaciones graves del DIH cometidas en el territorio de la ex-República Socialista Federativa de Yugoslavia a partir del 1 de enero de 1991-, fue el comienzo de la institucionalización de un sistema de enjuiciamiento de los crímenes de guerra, más allá de los Tribunales nacionales a los que puede reprocharse falta de eficacia o parcialidad; posteriormente, en 1994, se constituyó, también por el Consejo de Seguridad, otro Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para Ruanda -en adelante, TPIR-, con la finalidad o propósito exclusivo de enjuiciar a los responsables de genocidio y violaciones graves del DIH cometidas, entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1994, en el conflicto armado interno sufrido por ese país³⁶⁴.

Asimismo se han creado Tribunales Internacionales mixtos o especiales -integrados por jueces nacionales e internacionales- para enjuiciar crímenes internacionales cometidos en Sierra Leona, Camboya, Timor Oriental, Kosovo, Bosnia-Herzegovina y Líbano.

Sin embargo, el paso decisivo se dio en la Conferencia Diplomática de Roma, que el 17 de julio de 1998 aprobó el Estatuto de la CPI, con competencia para enjuiciar, entre otros delitos, los crímenes de guerra, culminando así la secular aspiración en pro de la instauración del sistema de justicia penal internacional³⁶⁵.

El propósito de la constitución de la Corte es, según el preámbulo del Estatuto, “poner fin a la impunidad de los autores” de “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto” y “contribuir así a la prevención de nuevos crímenes” -es decir, la prevención general-, si bien el instrumento para ello elaborado -el Estatuto- resulta ser de una gran complejidad, dado que el principio o clave de bóveda sobre el que gira el sistema jurisdiccional de la Corte es el de complementariedad, subrayándose que “la Corte tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales” -artículo 1 del Estatuto-, es decir, que solo actuará cuando no lo hagan los Tribunales internos -porque no quieran actuar o no puedan hacerlo-, principio que se reafirma en el preámbulo con la proclamación del principio fundamental de que “es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales” y que “la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales”³⁶⁶.

Del examen de los fines de la pena en el Estatuto de Roma se infiere que el fin de la *retribución* figura claramente expresado en el preámbulo -“... poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes”-, que proclama también el fin de *prevención general* -“... contribuir así a la prevención de nuevos crímenes”-, sin que sea tampoco ajena a los propósitos del Estatuto la idea de *prevención especial*, que centra el efecto de la pena en la persona que ha cometido un crimen para que no vuelva

³⁶³ Vid. PIGNATELLI Y MECA, F., “La Corte Penal Internacional”, en “Derecho Internacional Humanitario”, ob. cit., pág. 817.

³⁶⁴ Vid. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L., “Fuentes del Derecho internacional humanitario”, ob. cit., págs. 74 y 75.

³⁶⁵ Vid. PIGNATELLI Y MECA, F., “La Corte Penal Internacional”, ob. cit., págs. 807 y ss.

³⁶⁶ *Ibidem*, págs. 817 y 818.

a delinquir, de forma que la prevención general, precisamente la negativa, es uno de los fines perseguidos por el Estatuto mediante el efecto intimidatorio del enjuiciamiento de los autores de los crímenes -“... *para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia*”-, de la pena y de su ejecución³⁶⁷.

1.3. En el posconflicto

Es relativamente reciente el interés doctrinal por el papel que juega el DIH después del conflicto armado.

Hasta hace bien poco las normas jurídicas del DIH apenas se aplicaban en los escenarios del posconflicto, es decir en las situaciones posteriores a un conflicto armado, fundamentalmente por la inexistencia de un sistema de justicia penal internacional y por la inactividad de los Tribunales nacionales en el enjuiciamiento de los crímenes de guerra³⁶⁸.

Tres factores han contribuido al actual desarrollo del DIH en el posconflicto. El primero consiste en el proceso de convergencia entre el Derecho internacional de los derechos humanos y el DIH; el segundo factor se deriva, a su vez, de dos acontecimientos: la construcción, a partir de las últimas décadas del pasado siglo, de procesos de paz en determinados conflictos estancados en el tiempo -tratando de reconciliar a las partes enfrentadas- y el desarrollo de procesos de transición política -de regímenes militares a civiles en Latinoamérica y a sistemas distintos de los extinguidos Estados del *socialismo real* en la Europa del Este-, naciendo así la denominada *justicia transicional*, que sirve de paraguas a esta delicada tarea consistente en pasar, de modo pacífico, de un sistema político a otro; y el tercer factor está integrado por los esfuerzos de la comunidad internacional para constituir Tribunales Penales Internacionales para enjuiciar los más graves crímenes internacionales -*core crimes*-, entre ellos los de guerra, como los anteañudidos Tribunales Penales *ad hoc* para la ex-Yugoslavia y Ruanda y la CPI.

Todos estos factores resaltan el protagonismo de las normas humanitarias, que parecían dormidas en el escenario del posconflicto y ahora son tenidas en cuenta en el difícil y recurrente debate conocido como paz frente a responsabilidad; en efecto, la necesidad de buscar y hacer la paz como exigencia de la *realpolitik*, debe ser compatible con la exigencia de responsabilidad por graves violaciones del DIH y de los derechos humanos.

En este sentido, las normas humanitarias pueden contribuir a la estabilidad de la situación del posconflicto y al proceso de reconciliación a través de instrumentos como los juicios penales por crímenes de guerra y la constitución de Comisiones de la Verdad. Asimismo, sirven para la concesión de reparaciones a las víctimas o contribuyen a la creación de un ambiente de respeto al Derecho y actuaciones responsables en el entorno posterior al conflicto, mediante la difusión de los principios del DIH³⁶⁹.

a. Es muy destacable la utilidad de los juicios penales por crímenes de guerra como medio de establecer la verdad de hechos controvertidos por las partes, tanto en los procesos que se sustancian ante Tribunales penales nacionales como en aquellos que son decididos por Cortes criminales internacionales. Otra de las consecuencias positivas del enjuiciamiento de los crímenes de guerra es el efecto de la disuasión o prevención general y especial, que favorece un clima de conformidad con los principios

³⁶⁷ Vid. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L., “Fuentes del Derecho internacional humanitario”, ob. cit., págs. 75 y 76. “Aunque objeto de crítica por la moderna doctrina, resulta particularmente atractivo en el actual momento de la justicia penal internacional el concepto de la prevención general positiva o de integración, como mecanismo conformador de la conciencia jurídica colectiva, contribuyendo a la socialización del individuo mediante las funciones explicativa, legitimadora y limitadora de la pena”.

³⁶⁸ *Ibidem*, pág. 76.

³⁶⁹ *Ibidem*, págs. 76 y 77.

humanitarios fundamentales y propicia la paz; aunque, naturalmente, los efectos preventivos de las condenas sólo se pueden comprobar a largo plazo, son la mejor garantía para que no vuelvan a cometerse aquellas infracciones graves.

La utilización de las normas del DIH en la exigencia de responsabilidades penales en el ámbito de la *justicia posconflictual* puede servir para dar satisfacción a las víctimas del conflicto. Sin embargo, paradójicamente esta persecución judicial puede, en ocasiones, conseguir efectos contrarios y ser contraproducente -a pesar de tratarse de una justa lucha contra la impunidad-, provocando una reacción extrema que comprometa la transición a un régimen democrático y conduciendo a un mayor número de violaciones del DIH y de los derechos humanos; no obstante, si la justicia posconflictual obra con la imparcialidad e independencia exigibles, la aplicación de las normas humanitarias puede ser la clave de la clarificación de la verdad, la afirmación del Derecho, la reparación de las víctimas, la prevención de futuros crímenes, la consecución de una reconciliación general y la construcción de una paz duradera.

b. Por su parte, las Comisiones de la Verdad -órganos no judiciales que tratan de dar respuesta al derecho de las víctimas a conocer la verdad, a que se haga justicia y a obtener reparación, para lo que indagan acerca de los posibles abusos contra los derechos humanos, incluidos los crímenes internacionales, concluyendo con un informe final en el que, además de reseñarse los resultados de la investigación, se formulan recomendaciones³⁷⁰, constituidas al finalizar los conflictos, también pueden proporcionar a las víctimas y sus familiares una plataforma adecuada para reparar los daños causados y evitar nuevos abusos -es paradigmático el caso de Sudáfrica-.

Asimismo aquí el DIH es una importante referencia para regular la conducta tanto de las fuerzas armadas y fuerzas de seguridad gubernamentales como de la parte adversa -contraria al Gobierno- en un conflicto armado no internacional; ello significa que los grupos armados y organizados no gubernamentales han debido ajustar o acomodar su actuación al respeto de las normas humanitarias³⁷¹.

c. En conclusión, es relevante el papel que actualmente juega el DIH, a través del proceso judicial penal o las Comisiones de la Verdad, como vías más apropiadas para la exigencia de responsabilidades individuales, fines preventivos de la pena, difusión de los principios humanitarios, clarificación de la verdad y contribución a la reconciliación en el entorno del posconflicto, debiendo destacarse que las normas de DIH ofrecen ventajas adicionales sobre las propias del Derecho de los derechos humanos, particularmente en relación con la actuación de los actores no gubernamentales en un conflicto armado, pudiendo también jugar el DIH en el entorno del posconflicto un papel mucho más significativo que algunas de las más simplistas formulaciones de la dicotomía paz frente a responsabilidad -*peace versus accountability*- podrían sugerir.

³⁷⁰ Se han constituido en múltiples Estados continentes -Alemania, Argentina, Bolivia, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Panamá, Paraguay, Uruguay, Chad, Ghana, Liberia, Marruecos, Sudáfrica, Corea del Sur, Indonesia, Timor Oriental, etc.-, con distintos formatos, variadas competencias y finalidades y desiguales resultados. El 30 de septiembre de 2011, la Cámara Baja de Brasil aprobó la creación de una Comisión de la Verdad para examinar y esclarecer violaciones de los derechos humanos ocurridas durante los gobiernos autoritarios que entre 1946 y 1988 vivió el país, y cometidas tanto por militares como por guerrilleros.

Tal vez en el proceso de recuperación de la memoria histórica que tan convulsa y dificultosamente tiene lugar en nuestro país, la constitución de una Comisión de la Verdad podría dar respuesta, de un lado, al probablemente imposible intento de someter la cuestión a debate judicial, y, de otro, a la necesidad de dar audiencia, conjuntamente, a las víctimas y actores de toda índole de uno y otro bando de la conflagración interna habida en 1936-1939, sus pródromos y la posterior dictadura, siempre sin otro ánimo y finalidad, dado el tiempo transcurrido, que determinar, en lo posible, la verdad -que, sin duda, será poliédrica- y reparar a todas las víctimas definitivamente. Sobre esta concreta cuestión, *vid.* WEBER, Thomas: “*Tribunales ordinarios y crímenes de guerra*”, Diario “*El País*” de 19 de abril de 2012.

³⁷¹ *Vid.* RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L., “*Fuentes del Derecho internacional humanitario*”, *ob. cit.*, pág. 77.

En todo caso, se ha concluido que la mera existencia de las normas del DIH y la posibilidad de enjuiciamiento de los responsables de sus violaciones graves -crímenes de guerra-, constituyen un positivo avance para un aceptable cumplimiento de este sistema normativo, por su propia racionalidad -muchas veces coincidente con el interés militar-, aceptación universal por los Estados, temor a las represalias, impacto en la opinión pública mundial -cada vez más sensibilizada ante las violaciones de este sector del Derecho internacional público- y consenso de la comunidad internacional -Organización de las Naciones Unidas, Estados y Organizaciones no gubernamentales- sobre la necesidad de respetar las reglas del DIH como instrumento de paz para la supervivencia de la humanidad³⁷².

2. LA PROTECCIÓN PENAL DE LAS VÍCTIMAS EN LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNOS

2.1. Articulación normativa de la protección

La protección penal de las víctimas de los conflictos armados internos solo se ha concretado positivamente en época muy reciente, a partir de la última década del pasado siglo.

En el ámbito interno es de destacar la temprana regulación al respecto que el vigente Código Penal español de 1995 lleva a cabo en el Capítulo III del Título XXIV de su Libro Segundo -artículos 608 a 614 bis-, en el que se incriminan los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado con independencia de su comisión en un contexto de conflicto armado de carácter internacional o interno³⁷³.

En el ámbito internacional, y dejando a salvo la regulación del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, en cuyo apartado 1 -en el que no se concreta el ámbito de aplicación material de la protección prevista, limitándose a recoger la necesidad de respeto de un *mínimo humanitario* o mínimo de protección para las personas inmersas en conflictos armados que no revisten carácter internacional-³⁷⁴ no se contiene, propiamente, una relación de crímenes de guerra sino que se declara que, respecto de *“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 o detención o por cualquiera otra causa”, “están y quedan prohibidos, en cualquier tiempo y lugar”* los actos que se mencionan -“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 previo juicio, emitido por un tribunal regularmente constituido, provisto de garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados”-, es lo cierto que la primera enumeración de delitos de guerra propiamente dichos perpetrados en un conflicto armado sin carácter internacional se llevó a cabo en el artículo 4 del Estatuto del TPIR aprobado por Resolución 955 -1994-,

³⁷²Ibidem, págs. 77 y 78.

³⁷³ Sobre esta cuestión, vid. PIGNATELLI Y MECA, F., *“La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español. Consideraciones sobre el Capítulo III del Título XXIV del Libro Segundo del Código Penal”*. Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, 2003, págs. 95 a 108; PIGNATELLI Y MECA, F., *“Protección de las víctimas de la guerra en el ordenamiento penal español”*, ob. cit., pág. 858; PIGNATELLI Y MECA, F., *“Los crímenes de guerra en la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de modificación del Código Penal”*, ob. cit.

³⁷⁴ Vid. GÜEL PERIS, S., *“Conflictos armados internos y aplicabilidad del Derecho internacional humanitario”*. Estudios Europeos e Internacionales, Instituto de Estudios Europeos de la Universidad San Pablo-CEU, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 2005, págs. 144 y 145.

de 8 de noviembre de 1994, del Consejo de Seguridad, en el que se conmina "... la comisión de graves violaciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 ... y del Protocolo Adicional II de los Convenios, de 8 de junio de 1977 ..."³⁷⁵.

2.2. El Estatuto de la Corte Penal Internacional

En realidad, la fijación en el ámbito supranacional, con carácter permanente y vocación de universalidad, de un elenco de crímenes de guerra cometidos en caso de conflicto armado sin carácter internacional se lleva a cabo en los apartados c) y e) del párrafo 2 del artículo 8 del Estatuto de la CPI hecho en Roma el 17 de julio de 1998, en los que se contiene la incriminación de una serie de conductas llevadas a cabo en el contexto de un conflicto armado que no sea de índole internacional³⁷⁶.

La inclusión entre los crímenes de guerra tipificados en el artículo 8.2 del Estatuto de Roma de los cometidos en los conflictos armados sin carácter internacional es *uno de los mayores avances* de aquel, constituyendo *per se* la inclusión de una tipificación penal autónoma en materia de delitos cometidos en el seno de un conflicto armado interno un importante paso en el reconocimiento de la necesidad de romper definitivamente con una diferencia legal sin fundamento entre conflictos armados internos e internacionales³⁷⁷ que determinaba la consecuencia de la no configuración como crímenes de guerra de hechos perpetrados en conflictos armados internos análogos a las que se incriminaban como tales por la sola circunstancia de no llevarse a cabo en un conflicto armado que fuera acreedor a la calificación de internacional.

Aun cuando ni el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 ni el Protocolo II Adicional a aquellos de 1977 incluyen enunciado alguno sobre infracciones graves de los mismos, se había sostenido que el homicidio intencional, la tortura o tratos inhumanos, incluidas las experiencias biológicas, el causar de propósito grandes sufrimientos o realizar atentados graves a la integridad física o a la salud y la destrucción y apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y ejecutadas en gran escala de manera ilícita y arbitraria constituyen el conjunto de actos cometidos en un conflicto interno contemplados por el artículo 3 común antedicho que deberían ser aplicables al conflicto armado de carácter no internacional, si bien la responsabilidad de la aplicación del contenido obligatorio del citado artículo 3 -y, si el Estado es Parte, del Protocolo II-, así como el control sobre las infracciones, se estimaba que seguía siendo nacional³⁷⁸.

³⁷⁵ Vid. PIGNATELLI Y MECA, F., "El Tribunal Penal Internacional para Ruanda". Revista Española de Derecho Militar, núm. 65, enero-junio de 1995, págs. 416 a 420. Con referencia al artículo 4 se afirma que "es esta última incriminación la primordial innovación que, desde un punto de vista normativo, introduce el Estatuto aprobado por la Resolución 955 (1994) ...".

³⁷⁶ Vid. PIGNATELLI Y MECA, F., "El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra". Revista Española de Derecho Militar, núm. 75, enero-junio de 2000 -número extraordinario conmemorativo y monográfico sobre la Corte Penal Internacional-, pág. 351.

³⁷⁷ Vid. QUEL LOPEZ, F. J., "La competencia material de los Tribunales Penales Internacionales: consideraciones sobre los crímenes tipificados", en "Creación de una jurisdicción penal internacional", Colección Escuela Diplomática, nº 4. Coedición de la Escuela Diplomática, la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales y el Boletín Oficial del Estado. Madrid, 2000, págs. 100 y 101; RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L., "Crímenes de la competencia de la Corte Penal Internacional". Jornadas celebradas del 21 al 23 de junio de 1999 en el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia. Ministerio de Justicia. Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, IV-1999, pág. 227; POLITI, M., "Le Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale: le point de vue d'un négociateur". Revue Générale de Droit International Public, Tome 103/1999/4, págs. 833 y 834; PIGNATELLI Y MECA, F., "El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra", ob. cit., pág. 351.

³⁷⁸ Vid. MANGAS MARTÍN, A., "Conflictos armados internos y derecho internacional humanitario". Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1992, págs. 158 a 160; PIGNATELLI Y MECA, F., "El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra", ob. cit., pág. 351.

Ahora, el artículo 8.2 c) y e) del Estatuto de la CPI afirma la jurisdicción de ésta sobre las conductas descritas en el artículo 3 común a los Convenios de 1949 así como sobre otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no son de índole internacional y que se tipifican pormenorizadamente³⁷⁹, evidenciando la redacción del Estatuto una tendencia a equiparar las conductas punibles tanto desde el punto de vista del reconocimiento de la necesaria criminalización internacional de las personas penalmente responsables de los delitos, como desde la perspectiva de las conductas tipificadas, especialmente aquellas que tienen relación con la protección de la población civil³⁸⁰.

El *contexto* en el que ha de tener lugar y con el que ha de estar necesariamente relacionada la acción típica de cada uno de los crímenes de guerra incriminados en el artículo 8.2 c) y e) del Estatuto ha de ser un conflicto armado que no sea de índole internacional, con independencia de que sea de los que pueden subsumirse en el ámbito material de aplicación conceptual del artículo 3 común a los Convenios de 1949 o del artículo 1 del Protocolo II Adicional de 1977³⁸¹ o, incluso, de la suerte de *tertium genus* del conflicto armado sin carácter internacional que introduce ahora el último inciso del artículo 8.2 f) del Estatuto de Roma, en que a los conflictos de que se trata, en que las fuerzas armadas gubernamentales se enfrentan a las disidentes, viene a añadirse el conflicto armado prolongado entre “*grupos armados organizados*”³⁸², lo que parece referirse a un conflicto armado interno *no desestructurado*³⁸³.

El artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 es la norma mínima aplicable a la generalidad de los conflictos armados internos³⁸⁴, es decir, a aquellos en que, sin alcanzarse el grado de las hostilidades intensas y generalizadas que caracteriza a la guerra civil clásica, se configuran unas partes contendientes en el conflicto, que viene a ser así una lucha armada colectiva y organizada, a la que, aún con carácter no normativo, pueden añadirse caracteres tales como la acción prolongada en el tiempo y en el espacio, su asentamiento en una parte del territorio y la situación de inseguridad, y ello aún cuando todo ese conjunto de características de acción armada, organizada, colectiva, etc., se den en su máxima intensidad y generalización hasta constituir una guerra civil en el sentido tradicional³⁸⁵.

Más recientemente, se ha definido el conflicto armado no internacional en el sentido del meritado artículo 3 común sobre la base de la existencia de una serie de mínimos, a saber, 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 Estado³⁸⁶.

³⁷⁹ Vid. QUEL LOPEZ, F. J., ob. cit., pág. 101.

³⁸⁰ *Ibidem*, págs 101 y 102.

³⁸¹ En relación con las situaciones de conflicto armado susceptibles de dar lugar a la imposición de las obligaciones y prohibiciones dirigidas a las partes contendientes en el marco del artículo 3 común a los Convenios de 1949 y el Protocolo II Adicional de 1977, vid. GÜELL PERIS, S., ob. cit., págs. 119 a 127.

³⁸² Vid. PIGNATELLI Y MECA, F., “*La Corte Penal Internacional*”, ob. cit., págs. 832 y 833.

³⁸³ Acerca de los indicios determinantes de la existencia de un conflicto armado *desestructurado*, esenciales -desintegración de los órganos del gobierno central, de tal modo que ya no es capaz de ejercer sus derechos y cumplir con sus obligaciones tanto sobre el territorio del Estado como sobre su población; control fragmentario por las distintas facciones en lucha del territorio nacional; y desintegración del orden jerárquico en las diferentes facciones en lucha- y no esenciales -elusión por las partes en conflicto de su responsabilidad en relación con la reglamentación del uso de la violencia, con la consecuencia de repetidas y graves violaciones del Derecho internacional humanitario; régimen económico autárquico de cada facción, con la consecuente criminalización; y posibilidad de que grupos criminales aprovechen el caos para sus propios fines-, vid. GÜELL PERIS, S., ob. cit., págs. 269 a 277.

³⁸⁴ Vid. MANGAS MARTÍN, A., ob. cit., pág. 67.

³⁸⁵ *Ibidem*, págs. 68 a 71.

³⁸⁶ Vid. GÜELL PERIS, S., ob. cit., pág. 172.

El citado precepto convencional señala que 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 o detención o por cualquier otra causa serán tratadas en todas circunstancias con humanidad, sin distingo alguno de carácter desfavorable basado en la raza, el color, la religión o las creencias, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo; contiene, pues, además de una *obligación indisponible e inderogable*, la *protección humanitaria mínima* de que cualquier ser humano debe ser objeto.

Por su parte, el Protocolo II Adicional de 1977 dispone, en su artículo 1, que no modifica las condiciones de aplicación del artículo 3 común a los Convenios de 1949, pues su finalidad es desarrollar y completar dicho precepto, lo que significa que las disposiciones del artículo 3 que no aparecen reproducidas en el Protocolo II tienen plena vigencia en los conflictos cualificados a que este se refiere³⁸⁷.

No obstante, a diferencia del artículo 3 común a los Convenios de 1949, el artículo 1 del Protocolo II Adicional precisa las seis *condiciones o elementos* que debe reunir un conflicto armado interno para que pueda ser aplicable al mismo dicho texto convencional, a saber, que el conflicto armado se desarrolle en el territorio de un Estado Parte en el Protocolo II Adicional -si bien ha de diferenciarse entre la aplicación de este Protocolo a todas las víctimas del conflicto, sea cual fuere el lugar del territorio de ese Estado Parte en que se encuentren³⁸⁸, y el hecho de que el ámbito de aplicación del Protocolo II Adicional venga restringido a aquella región en la que esté declarado el estado de guerra o de excepción o sea zona de hostilidades u operaciones militares-, que enfrente a las fuerzas armadas del Estado Parte con fuerzas armadas disidentes o grupos organizados -es decir, que requiere un enfrentamiento armado entre partes contendientes organizadas, o sea, disciplinadas y jerarquizadas, si bien se exige, taxativamente, que una de las partes en el enfrentamiento sean las fuerzas armadas del Estado, incluyendo en ellas tanto a los Ejércitos regulares propiamente dichos como a las fuerzas de policía u organismos similares, lo que excluye de la aplicación del Protocolo II Adicional a los conflictos surgidos entre varios grupos organizados sin intervención de las fuerzas armadas gubernamentales-, que las fuerzas armadas disidentes o los grupos organizados rebeldes estén bajo la dirección de un mando responsable -cuya autoridad sea reconocida y respetada entre los disidentes, ejerciéndola tanto en la dirección de las operaciones y la organización de las tropas como en la imposición de una disciplina interna que garantice *inter alia* la responsabilidad de sus actos y la aplicación del Protocolo II Adicional³⁸⁹-, que ejerzan control efectivo sobre una parte del territorio de que se trata -lo que permite definir una cierta gravedad o intensidad de las hostilidades y el grado de asentamiento de los sublevados-, que realicen operaciones militares sostenidas y concertadas -lo que define también el control por los disidentes de parte del territorio y la intensidad del conflicto y, probablemente, su duración o prolongación en el tiempo- y que aquel control les permita aplicar el Protocolo II Adicional, condición que, obviamente, al ser el Estado Parte en dicho tratado, también deben cumplir las fuerzas armadas de aquel, pero que eleva el umbral de aplicación del Protocolo II Adicional, aunque, en todo caso, habrá de aplicarse el artículo 3 común a los Convenios 1949³⁹⁰.

Finalmente, en el artículo 8.2 d) del Estatuto de la CPI es el criterio de la *duración* o prolongación en el tiempo del conflicto armado de índole no internacional -relacionado con la exigencia del artículo 1 del Protocolo II Adicional de que las fuerzas

³⁸⁷ Vid. PIGNATELLI Y MECA, F., “El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra”, ob. cit., págs. 352 y 353.

³⁸⁸ Vid. Tribunal Penal Internacional para Ruanda, caso Clément Kayishema, Resolución núm. ICTR 95-1, de 21 de mayo de 1999, p. 182.

³⁸⁹ *Ibidem*, caso Akayesu, Resolución núm. ICTR 96-4-T.

³⁹⁰ Vid. MANGAS MARTÍN, A., ob. cit., págs. 67 a 76.

armadas o grupos disidentes realicen operaciones militares sostenidas y concertadas- lo que, a la luz del tenor de los apartados d) y f) del párrafo 2 del aludido artículo 8, permite entender que los crímenes de guerra contenidos en el apartado c) se contraen a los conflictos armados internos a que se refiere el artículo 3 común a los Convenios de 1949, mientras que los enumerados en el apartado e) se circunscriben a los conflictos armados de índole no internacional entendidos de modo más amplio que como los concibe el artículo 1 del Protocolo II Adicional³⁹¹.

3. ANÁLISIS DE LAS TIPICIDADES CONCRETAS

Entrando en el examen de las tipicidades concretas, distinguiremos:

3.1. Violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 ³⁹²

Se contiene en el apartado c) del párrafo 2 del artículo 8 del Estatuto de la CPI un conjunto de cuatro subapartados, en el primero de los cuales se configuran, a su vez, hasta cuatro crímenes distintos.

En todos los delitos agrupados en el artículo 8.2 c) el *sujeto pasivo* ha de hallarse cualificado, según señalan el indicado precepto y los Elementos de los Crímenes en relación con el artículo 3.1 común a los Convenios de 1949, por reunir la condición de *persona protegida*, en razón de tratarse, en concreto, de persona que no participa directamente en las hostilidades -incluyéndose en esta categoría a los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas-, de persona puesta fuera de combate -por enfermedad, herida, detención o cualquier otra causa- o de personal civil, sanitario o religioso, siempre que no tomen parte activa en las hostilidades.

En primer lugar, pues, este tipo de crímenes extiende su ámbito material subjetivo de aplicación sobre los combatientes, que gozarán del trato humano a que se refiere el artículo 3.1 común a los cuatro Convenios de 1949, con independencia de que formen parte de las fuerzas disidentes o de las fuerzas armadas del Estado, una vez que hayan depuesto las armas por rendición, captura o fuga al otro bando, o cuando no puedan seguir combatiendo por cualquier causa -heridos, enfermos, etc.-; en segundo lugar, se extiende al resto de las personas no combatientes, como la población civil y el personal sanitario y religioso, si bien aquí ha de concurrir para la integración de cada una de las figuras delictivas el elemento objetivo del tipo de carácter negativo de que estas personas no participen activamente en las hostilidades, ya que, de darse tal circunstancia, la respectiva acción típica dejaría de ser antijurídica y devendría, por ello, impune³⁹³.

³⁹¹ Vid. PIGNATELLI Y MECA, F., “El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra”, ob. cit., págs. 351 a 354.

³⁹² Sobre la descripción, o no, de los *medios comisivos* en la conducta típica, la calificación, como de *resultado* o de *peligro* y como *simple* o *complejo* de los diversos tipos que, a continuación, se analizan, la necesidad del *dolo* que haya de concurrir, *específico* o *genérico*, en cada figura delictiva, etc., en detalle, *ibidem*, págs. 356 a 362.

³⁹³ Vid. MANGAS MARTÍN, A., ob. cit., págs. 76 y 77; PIGNATELLI Y MECA, F., “El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra”, ob. cit., pág. 355; Doc. PCNICC/2000/1/Add. 2, de 2 de noviembre de 2000, artículo 8.2 c) i-1, elemento 2; artículo 8.2 c) i-2, elemento 3; artículo 8.2 c) i-3, elemento 2; artículo 8.2 c) i-4, elemento 3; artículo 8.2 c) ii, elemento 3; artículo 8.2 c) iii, elemento 4; y artículo 8.2 c) iv, elemento 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”-. Según la Nota a pie de página 56, “en la expresión <<personal religioso>> se incluye el personal militar no confesional y no combatiente que realiza una función análoga”.

Las circunstancias fácticas que establezcan o determinen la cualificación del sujeto pasivo han de haber sido conocidas por el autor al momento de llevar a cabo o realizar la acción típica, según se exige en los Elementos de los Crímenes³⁹⁴, exigencia que hace entrar aquí en juego el error de hecho o de tipo que, al recaer sobre un hecho constitutivo de la infracción penal que la cualifica hará desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por el crimen³⁹⁵.

Finalmente, en todos los crímenes que se contienen en este artículo 8.2 c) se exige que la acción típica haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no sea de índole internacional -concebido en los términos que anteriormente se expusieron- y que haya estado relacionada con él³⁹⁶ y que el autor haya tenido conocimiento o sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado³⁹⁷, elemento, este último, que habrá de concurrir al momento de llevarse a cabo la acción típica y cuya ausencia determina la posible entrada en juego del error de tipo o de hecho en iguales términos a los que se han señalado en el párrafo que antecede, pero que no es susceptible, dado que se trata de un conocimiento no jurídico, de justificar el error de derecho, de prohibición o permisón.

En todos los tipos que se cobijan en este apartado es posible la causación del resultado a título de dolo eventual³⁹⁸.

*a. Crímenes de guerra de atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura*³⁹⁹

Se contiene en este subapartado, que integra un tipo *complejo o múltiple*, en los términos previstos en el párrafo 9 de la “*Introducción general*” a los Elementos de los Crímenes, un total de cuatro delitos, integrantes de otros tantos subtipos.

i. Crimen de guerra de homicidio⁴⁰⁰

³⁹⁴ *Ibidem*, artículo 8.2 c) i-1, elemento 3; artículo 8.2 c) i -2, elemento 4; artículo 8.2 c) i-3, elemento 3; artículo 8.2 c) i-4, elemento 4; artículo 8.2 c) ii, elemento 4; artículo 8.2 c) iii, elemento 5; y artículo 8.2 c) iv, elemento 3 -“que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían esa condición”-.

³⁹⁵ Vid. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L., “Aspectos penales del Estatuto de la Corte Penal Internacional”, en “*Creación de una jurisdicción penal internacional*”. Colección Escuela Diplomática, nº 4. Coedición de la Escuela Diplomática, la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales y el Boletín Oficial del Estado. Madrid, 2000, págs. 161 y 162; PIGNATELLI Y MECA, F., “*El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra*”, ob. cit., págs. 355 y 356.

³⁹⁶ *Ibidem*, pág. 356; Doc. PCNICC/2000/1/Add. 2, de 2 de noviembre de 2000, artículo 8.2 c) i-1, elemento 4; artículo 8.2 c) i-2, elemento 5; artículo 8.2 c) i-3, elemento 4; artículo 8.2 c) i-4, elemento 5; artículo 8.2 c) ii, elemento 5; artículo 8.2 c) iii, elemento 6; y artículo 8.2 c) iv, elemento 6 -“que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él”-.

³⁹⁷ *Ibidem*, artículo 8.2 c) i-1, elemento 5; artículo 8.2 c) i-2, elemento 6; artículo 8.2 c) i-3, elemento 5; artículo 8.2 c) i-4, elemento 6; artículo 8.2 c) ii, elemento 6; artículo 8.2 c) iii, elemento 7; y artículo 8.2 c) iv, elemento 7-“que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado”-; PIGNATELLI Y MECA, F., “*El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra*”, ob. cit., pág. 356.

³⁹⁸ Vid. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L., “Aspectos penales del Estatuto de la Corte Penal Internacional”, ob. cit., pág. 149; QUEL LOPEZ, F. J., “*La competencia material de los Tribunales Penales Internacionales; consideraciones sobre los crímenes tipificados*”, en “*Creación de una jurisdicción penal internacional*”, ob. cit., pág. 96; PIGNATELLI Y MECA, F., “*El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra*”, ob. cit., pág. 356.

³⁹⁹ *Ibidem*, págs. 356 a 358; ZIMMERMANN, A., “(i) Violence to life and person”, en “*Article 8. War crimes*” (COTTIER, M., FENRICK, W.J., VISEUR SELLERS, P. y ZIMMERMANN, A.), “*Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers’Notes, Article by Article*”. Otto Triffterer, editor. Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden, 1999, pág. 272; Doc. PCNICC/2000/1/Add. 2, de 2 de noviembre de 2000 -artículo 8.2 c) i-1, artículo 8.2 c) i-2, artículo 8.2 c) i-3 y artículo 8.2 c) i-4. “*Crimen de guerra de homicidio*”, “*Crimen de guerra de mutilaciones*”, “*Crimen de guerra de tratos crueles*” y “*Crimen de guerra de tortura*”-.

⁴⁰⁰ Vid. ZIMMERMANN, A., “(i) Violence to life and person”, ob. cit., págs. 272 y 273; PIGNATELLI Y MECA, F., “*El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra*”, ob. cit., págs. 356 y 357.

Salvados los elementos de sujeto pasivo y del contexto de conflicto armado no internacional en que ha de tener lugar la conducta, la acción típica coincide con la del crimen de guerra de homicidio intencional cuya comisión se amenaza en el artículo 8.2 a) i.

La *conducta típica* consiste en que el autor de o cause la muerte a una o más personas protegidas, siempre que sea consciente o conozca las circunstancias de hecho que establezcan esa protección. Se trata, pues, de una acción consistente en matar a otra persona dotada de vida humana independiente que tenga la cualidad jurídica de ser persona protegida, es decir, que esta acción debe producir el resultado típico de la muerte del sujeto pasivo; la exigencia inexcusable de la muerte de la víctima determina que pueda calificarse este tipo como una infracción *de resultado material*.

Se trata, en conclusión, de un *tipo simple*, y ello aun cuando la acción y el resultado punible no se describan con un único verbo -homicidio, como haber dado muerte o causado la muerte, de un lado, añadiendo el adjetivo intencional, de otro-.

El *dolo específico* está integrado por el conocimiento y la voluntad del actor de realizar una acción dirigida a producir la muerte de una persona protegida.

ii. Crimen de guerra de mutilaciones⁴⁰¹

Salvados los elementos de contexto y sujeto pasivo, la *acción típica* -que el autor mutila a una o más personas, en particular desfigurándolas o incapacitándolas permanentemente o les extirpe un órgano o ampute un miembro- coincide con la del artículo 8.2 b) x-1, si bien en este último se exige resultado letal, lo que no ocurre en el que se comenta -en el que es obvio que tampoco se ha de dar la puesta en riesgo o peligro del sujeto pasivo-; es igualmente exigible la ausencia de causa de justificación de la conducta, determinante, de concurrir, de la falta de antijuridicidad de la misma y de la consecuente imposibilidad de hacerla objeto de reproche punitivo, bien consista aquella en el tratamiento médico, dental u hospitalario de la víctima, bien en haberse llevado a cabo en interés de esta cualquiera de los actos susceptibles de integrar la conducta típica.

iii. Crimen de guerra de tratos crueles⁴⁰²

Exceptuadas las circunstancias de contexto y sujeto pasivo, coincide, en su literalidad, el *comportamiento típico* -consistente en que el autor inflija grandes dolores o sufrimientos físicos o mentales a una o más personas protegidas, siendo consciente o conociendo las circunstancias de hecho que establezcan esa protección- con la del artículo 8.2 a) ii-2⁴⁰³. Los términos *infligir* y *causar* se emplean en los elementos correspondientes a este subtipo y al anterior con significado idéntico.

Frente al concepto del trato inhumano como figura delictiva de simple actividad, que no exige resultado, consumándose por el hecho de inferir a la víctima un trato bárbaro, salvaje, brutal o cruel, es decir, aquel que, por implicar una agresión al respeto, inderogable, de la dignidad de la persona humana en cuanto valor internacionalmente tutelado, resulta humillante o envilecedor para la víctima, y que viene proscrito, con carácter o vocación universal, en los artículos 16 de la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 10 de diciembre de 1984, 5 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre de las Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1948 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos hecho en Nueva York el 16 de diciembre de 1966, de manera que ningún ser humano debe infligirlo a un semejante sin ofender gravemente a la naturaleza humana, es lo cierto que, dada la descripción de la acción típica que se formula en este precepto, se concibe

⁴⁰¹ Vid. ZIMMERMANN, A., "(i) Violence to life and person", ob. cit., pág. 273; PIGNATELLI Y MECA, F., "El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra", ob. cit., pág. 357; Doc. PCNICC/2000/1/Add. 2, de 2 de noviembre de 2000, artículo 8.2 c) i-2, elemento 2. Creemos que aquí resulta de aplicación la Nota a pie de página 46, en relación con el consentimiento.

⁴⁰² *Ibidem*, artículo 8.2 a) ii-2, elementos 1, 2 y 3; FENRICK, William J., ob. cit., pág. 183.

⁴⁰³ Vid. ZIMMERMANN, A., "(i) Violence to life and person", ob. cit., págs. 273 y 274; PIGNATELLI Y MECA, F., "El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra", ob. cit., pág. 357.

aquí el trato inhumano como un crimen *de resultado material*, lo que se ve reforzado por la circunstancia de que los dolores o sufrimientos físicos o mentales que el agente ha de infligir a la víctima hayan de ser “grandes”⁴⁰⁴.

iv. Crimen de guerra de tortura⁴⁰⁵

Salvadas las circunstancias de sujeto pasivo y contexto, la *acción típica* viene a reproducir la definición que de la tortura se ofrece en el artículo 7.2 e) del Estatuto, coincidente con la del artículo 8.2 a) ii-1⁴⁰⁶. Dicho comportamiento típico consiste en que el autor inflija grandes dolores o sufrimientos físicos o mentales, con determinada finalidad, a una o más personas protegidas, siempre que conozca -“*haya sido consciente*”- las circunstancias de hecho que establezcan esa protección⁴⁰⁷.

En cuanto sometimiento de la víctima a condiciones o procedimientos que, por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la tortura implica un resultado material, por lo que, en este caso, nos encontramos ante una figura criminal *de resultado material*.

En los Elementos de los Crímenes se señala, a nuestro entender con carácter meramente ejemplificativo -en razón de la utilización de la locución “*tal como*”-, cual ha de ser el propósito o finalidad⁴⁰⁸ con que el agente ha de causar o infligir los dolores o sufrimientos en que la tortura consiste; a nuestro juicio, la tortura ha de llevarse a efecto con el objeto de obtener de la víctima -y no de un tercero-, información o una confesión, castigarla, aun cuando no solo por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, sino por cualquier motivo, o con la finalidad de intimidar o de coaccionar a esa persona -y no a otras-, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación; en consecuencia, el castigo a la víctima puede obedecer a cualquier causa. Esta expansión o ampliación del ámbito del elemento intencional respecto al que se señala en el artículo 1 de la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 10 de diciembre de 1984 se compensa, tal vez, con la cualificación que en estas figuras delictivas se exige en la víctima, en razón de haber de ser calificada, obligadamente, como persona protegida.

La existencia en el sujeto activo, al momento de realizar la acción típica, de cualquiera de los antedichos propósitos o finalidades como elemento subjetivo del injusto en su condición de *dolo específico*, consumará aquella⁴⁰⁹.

No se cualifica al *sujeto activo*.

b. *Crimen de guerra de atentados contra la dignidad personal*⁴¹⁰

Salvados los elementos o circunstancias de contexto y de cualificación del sujeto pasivo, la *conducta típica* -que el autor someta a una o más personas a tratos humillantes o degradantes o atente de cualquier otra forma contra su dignidad, siempre

⁴⁰⁴ *Ibidem*, pág. 262.

⁴⁰⁵ *Ibidem*, pág. 358; FENRICK, W. J.: “(ii) *Torture or inhuman treatment*”, en “*Article 8. War crimes*”, ob. cit., pág. 183; Doc. PCNICC/2000/1/Add. 2, de 2 de noviembre de 2000 -artículo 8. 2 a) ii-1, artículo 8.2 a) ii-2 y artículo 8.2 a) ii-3. “*Crimen de guerra de tortura*”, “*Crimen de guerra de tratos inhumanos*” y “*Crimen de guerra de someter a experimentos biológicos*”-.

⁴⁰⁶ *Vid.* PIGNATELLI Y MECA, F., “*El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra*”, ob. cit., pág. 358; *ibidem*, págs. 260 y 261.

⁴⁰⁷ *Vid.* Doc. PCNICC/2000/1/Add. 2, de 2 de noviembre de 2000, artículo 8.2 a) ii-1, elementos 1, 2, 3 y 4. La Nota a pie de página 35 señala, en relación al sujeto pasivo de este concreto subtipo, que “*habida cuenta de que, según el elemento 3, todas las víctimas deben <<haber estado protegidas>> en virtud de uno o más de los Convenios de Ginebra de 1949, estos elementos no incluyen el requisito de custodia o control que se encuentra en los elementos del artículo 7 1) f)*”; FENRICK, W. J., “*Torture or inhuman treatment*”, ob. cit., pág. 183.

⁴⁰⁸ *Vid.* Doc. PCNICC/2000/1/Add. 2, de 2 de noviembre de 2000, artículo 8.2 a) ii-1, elemento 2 -“*que el autor haya causado los dolores o sufrimientos con una finalidad tal como la de obtener información o una confesión, castigar a la víctima, intimidarla o ejercer coacción sobre ella o por cualquier otra razón basada en discriminación de cualquier tipo*”-.

⁴⁰⁹ *Vid.* PIGNATELLI Y MECA, F., “*El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra*”, ob.cit., págs. 260 y 261.

⁴¹⁰ *Ibidem*, pág. 358; Doc. PCNICC/2000/1/Add. 2, de 2 de noviembre de 2000 -artículo 8.2 c) ii. “*Crimen de guerra de atentados contra la dignidad personal*”-.

que el trato humillante o degradante o el atentado contra la dignidad sea tan grave que esté reconocido generalmente como atentado contra la dignidad personal⁴¹¹- coincide, *expressis verbis*, con la del artículo 8.2 b) xxi⁴¹².

En los artículos 3.1 c), común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, 4.2 e) del Protocolo II Adicional de 1977 y 4 e) del Estatuto del TPIR, con referencia, en los tres casos, a los conflictos armados sin carácter internacional, se prohíbe, en cualquier tiempo y lugar, en los dos primeros, y se considera como violación grave del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y del Protocolo II Adicional de los Convenios, en el último, “*los ultrajes a la dignidad personal, en particular los tratos humillantes o degradantes ...*”.

La actuación típica puede revestir cualquier modalidad, siempre que con ella se produzca el resultado antedicho, concretándose o resaltándose en el precepto, a título meramente ejemplificativo -“*especialmente*”-, los tratos humillantes o degradantes como formas más concretas y frecuentes de atentado grave a la dignidad personal.

Se trata de un delito *de resultado material*, ya que ha de producir, efectivamente, un ultraje, es decir, un atentado contra la dignidad personal, contra el derecho a la integridad moral que a toda persona corresponde y que, en cuanto manifestación directa de la dignidad humana, constituye un derecho fundamental indisponible. No obstante, la lesión a la integridad moral de la víctima que la actuación del agente suponga ha de alcanzar, cuanto menos, un estándar mínimo, que es lo que, en cada momento, “*está reconocido generalmente como ultraje contra la dignidad de la persona*”, es decir, como el hecho de lesionar u ofender gravemente la integridad moral de la víctima⁴¹³.

El elemento objetivo del tipo de carácter positivo de la *gravedad* resulta de apreciación necesaria para integrar la conducta típica, determinando su ausencia, de manera indefectible, la falta de antijuridicidad del hecho y su consiguiente impunidad.

En los Elementos de los Crímenes se señala, acertadamente, que la víctima puede ser una persona fallecida⁴¹⁴.

*c. Crimen de guerra de toma de rehenes*⁴¹⁵

Dejando a salvo las circunstancias de sujeto pasivo y contexto, la figura típica de mérito es, esencialmente, idéntica a la del artículo 8.2 a) viii.

El *comportamiento típico* consiste en que el autor capture, detenga o mantenga en calidad de rehén⁴¹⁶ a una o más personas protegidas, siempre que amenace con matar,

⁴¹¹ *Ibidem*, artículo 8.2 b) xxi, elementos 1 y 2.

⁴¹² *Ibidem*, artículo 8.2 c) ii, elementos 1 y 2. La Nota a pie de página 57 reproduce, en su esencia, el texto de la Nota a pie de página 49.

⁴¹³ *Ibidem*, artículo 8.2 b) xxi, elemento 1. Según la Nota a pie de página 49 “*se entiende que la víctima no tiene que ser consciente de la existencia de un trato humillante o degradante o de un atentado contra su dignidad. Este elemento tiene en cuenta los aspectos pertinentes de la cultura a que pertenece la víctima*”; PIGNATELLI Y MECA, F., “*El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra*”, ob. cit., pág. 328.

⁴¹⁴ *Ibidem*, págs. 328 y 329; Doc. PCNICC/2000/1/Add. 2, de 2 de noviembre de 2000, artículo 8.2 b) xxi, elemento 1. Según la Nota a pie de página 49, “*para los efectos de este crimen, el término <<personas>> puede referirse a personas fallecidas*”. Obviamente, se trata de prevenir los atentados o ataques a la memoria de las personas fallecidas, en orden a propiciar la tutela del honor del difunto, su buena fama, su recuerdo y su renombre, por cuanto que el ser humano goza, además de la vida terrena, temporal y efímera, y de la, para los creyentes, vida sobrenatural, perdurable y eterna, de una tercera vida, más o menos prolongada y duradera, que acaba feneciendo con el transcurso del tiempo, y que es, desde luego, “*post mortem*”, que se mantiene entre sus deudos y parientes, y que consiste en la huella que su paso dejó en el mundo sensible y en el recuerdo, memoria, renombre o buena fama que quedó de él y que sus herederos, como continuadores de su personalidad, están especialmente obligados a hacer respetar.

⁴¹⁵ *Vid.* PIGNATELLI Y MECA, F., “*El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra*”, ob. cit., pág. 359; Doc. PCNICC/2000/1/Add. 2, de 2 de noviembre de 2000 -artículo 8.2 c) iii. “*Crimen de guerra de toma de rehenes*”-.

⁴¹⁶ *Vid.* PIGNATELLI Y MECA, F., “*El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra*”, ob. cit., págs. 277 a 280; Doc. PCNICC/2000/1/Add. 2, de 2 de noviembre de 2000, artículo 8.2 a) viii, elemento 1.

herir o mantener detenida a esa persona o personas⁴¹⁷ y sea consciente de las circunstancias de hecho que establezcan aquella protección.

Estamos, en consecuencia, ante un *tipo complejo*, de *naturaleza pluriofensiva*, pues se integra tanto por una conculcación de la libertad ambulatoria de la víctima, entendida como la facultad de esta de fijar libremente su situación espacial, privándola de la posibilidad de trasladarse libremente de un lugar a otro, obligándola a permanecer, contra su voluntad, en un determinado lugar o espacio limitado o cerrado, como por un ataque al aspecto psicológico de la libertad, en el sentido de libre formación de la voluntad, es decir al derecho que todos los seres humanos tienen al sosiego y a la tranquilidad personal en el desarrollo normal y ordenado de su vida, lo que se ve perturbado por la conminación de un mal por el agente, mal que, en el presente caso, ha de ser constitutivo de alguno de los tipos penales incriminados en el artículo 8.2 a), cuales el homicidio intencional -matar-, la tortura, el trato inhumano, el infligir deliberadamente grandes sufrimientos -herir- o el confinamiento ilegal -mantener detenido-.

Se trata de una infracción *de resultado material*, pues el actor debe capturar, detener o mantener en calidad de rehén a una o más personas protegidas.

En la estructura típica de esta figura delictiva, si bien a través de los Elementos de los Crímenes, se describe la forma o medio comisivo de la misma -amenaza de matar, herir o mantener detenido al rehén-.

En los conflictos armados no internacionales la toma de rehenes se prohíbe con carácter absoluto, sin que quepa excepción alguna a dicha prohibición de carácter general, para la que no cabe ninguna causa de justificación. A tal efecto, dispone el artículo 3.1 b) común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 que, respecto a las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluso los miembros de las fuerzas armadas que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, herida o detención o por cualquier otra causa, “*están y quedan prohibidos, en cualquier tiempo y lugar ... b) la toma de rehenes*”.

El *dolo específico* se integra por el conocimiento y la voluntad del agente de, mediante la captura, detención o mantenimiento en calidad de rehén de una o más personas civiles, junto con la amenaza de matar, herir o mantener detenida a esa persona o personas, obligar a un Estado, a una organización internacional, una persona natural o jurídica o un grupo de personas a que actúen o se abstengan de actuar como condición expresa o tácita de la seguridad o la puesta en libertad de esa persona o personas. Se requiere, pues, que el actor tenga el propósito de imponer una condición de hacer o no hacer, subordinando al cumplimiento de la misma tanto la propia seguridad o indemnidad física de la víctima como su liberación. En realidad, se trata de un concurso entre el confinamiento ilegal y una extorsión, si bien constituido como figura autónoma⁴¹⁸. El concepto de condición aparece considerado en los Elementos de los Crímenes en términos de relevancia.

El rehén es la persona protegida a la que el enemigo priva de libertad para asegurar un resultado y que permanece en poder de este como garantía en tanto no se cumple, por el o los destinatarios de la amenaza, la condición impuesta para su seguridad o liberación⁴¹⁹.

*d. Crimen de guerra de condenar o ejecutar sin garantías judiciales*⁴²⁰

Este crimen tiene una sustantividad propia, y solo en parte resulta asimilable a los que se configuran en los artículos 8.2 a) vi y 8.2 b) xiv del Estatuto⁴²¹.

⁴¹⁷ *Ibidem*, artículo 8.2 a) viii, elemento 2.

⁴¹⁸ *Ibidem*, artículo 8.2 a) viii, elemento 3; PIGNATELLI Y MECA, F., “*El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra*”, ob. cit., pág. 279.

⁴¹⁹ *Ibidem*, págs. 279 y 280.

⁴²⁰ *Ibidem*, págs. 359 a 362; Doc. PCNICC/2000/1/Add. 2, de 2 de noviembre de 2000 -artículo 8.2 c) iv. “*Crimen de guerra de condenar o ejecutar sin garantías judiciales*”-.

Su finalidad no es sino asegurar un mínimo de garantías judiciales de índole formal en orden al desarrollo de un proceso previo ante un tribunal independiente e imparcial, tanto respecto a la adopción de cualquier fallo condenatorio como a la ejecución de la pena capital, en relación, uno y otra, con las personas -y en el contexto- a las que el artículo 8.2 c) extiende su ámbito material subjetivo de aplicabilidad⁴²².

La *acción típica* consiste en que el autor condene o ejecute a una o más personas, siempre que no haya habido un juicio previo ante un tribunal o que el tribunal no estuviera regularmente constituido, 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 internacional⁴²³.

El derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente que, en definitiva, viene a conculcarse con este crimen no es sino plasmación de la incolumidad, aun en caso de hallarse en el contexto de un conflicto armado que no sea de índole internacional, y tener la actuación relación con dicho conflicto, de una garantía fundamental de naturaleza procesal y orgánica reconocida por el Derecho internacional⁴²⁴, que se concreta tanto en textos normativos de ámbito universal -artículos 8, 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre de 10 de diciembre de 1948 y 9, 10, 14 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966- como en normas convencionales propias del DIH, como es el caso de lo dispuesto en el artículo 3.1. d), común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, según el cual están y quedan prohibidos, en cualquier tiempo y lugar, respecto a 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 o detención o por cualquier otra causa, *“las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin previo juicio por un tribunal regularmente constituido y dotado de las garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados”* y en el artículo 6 del Protocolo II Adicional de 1977⁴²⁵.

El aludido artículo 6 del Protocolo II precisa, bajo la inadecuada y reduccionista rúbrica de *“diligencias penales”*, las garantías que deben aplicarse, en relación con el enjuiciamiento y la sanción, a las personas privadas de libertad en poder de las autoridades gubernamentales o de los rebeldes, lógicamente por hechos cometidos en relación con el conflicto, y si bien parte de las garantías básicas establecidas por el artículo 3 común a los Convenios de 1949 en relación con la necesidad de que cualquier condena o sanción tiene que haber sido impuesta en un proceso ante un tribunal con garantías de independencia e imparcialidad, no exige que tal tribunal deba estar regularmente constituido, pues ese requisito en relación con la parte sublevada es poco verosímil desde la perspectiva de la ley nacional⁴²⁶.

Tras señalar, en su apartado 1, que *“el presente artículo se aplicará al enjuiciamiento y a la sanción de infracciones penales cometidas en relación con el conflicto armado”*, en su apartado 2 preceptúa que *“no se impondrá condena ni se*

⁴²¹ Vid. ZIMMERMANN, A., ob. cit., pág. 274. *“It is similar in nature, although not identical, to the prohibition contained in article 8 para. 2 (a) (vi) of the Statute”*.

⁴²² Vid. PIGNATELLI Y MECA, F., *“El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra”*, ob. cit., pág. 359.

⁴²³ *Ibidem*, pág. 359; Doc. PCNICC/2000/1/Add. 2, de 2 de noviembre de 2000, artículo 8.2 c) iv, elementos 1 y 4. Según la Nota a pie de página 58, *“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”*.

⁴²⁴ *Ibidem*, artículo 8.2 c) iv, elemento 4. La Nota a pie de página 59 dispone que *“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”*.

⁴²⁵ Vid. PIGNATELLI Y MECA, F., *“El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra”*, ob. cit., pág. 360.

⁴²⁶ Vid. MANGAS MARTÍN, A., ob. cit., pág. 89.

ejecutará pena alguna respecto de una persona declarada culpable de una infracción sino en virtud de sentencia de un tribunal que ofrezca las garantías esenciales de independencia e imparcialidad"; a continuación, en el citado apartado 2, enumera, con carácter ejemplificativo y no exhaustivo, como se desprende del uso de la frase "en particular", las garantías o salvaguardias que, en todo caso, debe reunir el enjuiciamiento⁴²⁷.

De cualquier forma, los Elementos de los Crímenes exigen que el autor, al condenar o ejecutar a la víctima o víctimas, haya sabido que no ha habido un juicio previo o no se han ofrecido las garantías correspondientes y el hecho de que -tales garantías- son esenciales o indispensables para un juicio imparcial. Aquí se contiene tanto un elemento objetivo del tipo de carácter positivo -el conocimiento bien de la inexistencia de juicio previo por o ante un tribunal, bien de la ausencia en el juicio de las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables por el Derecho internacional- como un elemento objetivo del tipo de índole normativa -el conocimiento del hecho de que las garantías judiciales de que el proceso haya adolecido eran esenciales o indispensables para un juicio imparcial, incluyéndose aquí el conocimiento de que el tribunal no estuviera regularmente constituido-, que, inexcusablemente, habrán de concurrir, en forma conjunta o simultánea, para que pueda predicarse la antijuridicidad de la conducta y, en consecuencia, hacerla objeto de reproche penal; en el primer caso, parece que puede jugar el error de hecho o de tipo, mientras que en el segundo puede hacerlo el error de derecho, de prohibición o de permisión⁴²⁸.

3.2 Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional ⁴²⁹

En el apartado e) del párrafo 2 del artículo 8 del Estatuto de la CPI se cobija un elenco de quince subapartados, en el sexto y decimoprimeros de los cuales se integran, a su vez, hasta seis y dos crímenes, respectivamente.

En la Conferencia de Revisión del Estatuto de la CPI celebrada en Kampala del 31 de mayo al 11 de junio de 2010⁴³⁰, en la que el papel estelar se reservó, como era lógico, a la definición del crimen de agresión, y por lo que atañe a los delitos de guerra, se aprobó, rebajando las expectativas que alguna propuesta de enmienda al Estatuto de Roma había, legítimamente, generado⁴³¹,

⁴²⁷ Vid. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: "El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra", ob. cit., págs. 361 y 362.

⁴²⁸ *Ibidem*, pág. 362.

⁴²⁹ Sobre la descripción, o no, de los medios comisivos en la conducta típica, la calificación, como de resultado o de peligro y como simples o complejos de los diversos tipos que, a continuación, se analizan, la necesidad del *dolo* que haya de concurrir, *específico* o *genérico*, en cada figura delictiva, etc., en detalle, *ibidem*, págs. 362 a 380.

⁴³⁰ Acerca de la Conferencia de Revisión celebrada en Kampala, vid. QUESADA ALCALÁ, Carmen: "Los nuevos retos de una institución internacional <<peculiar>>: la Corte Penal Internacional sujeta a revisión", en "Estados y Organizaciones Internacionales ante las nuevas crisis globales", coord. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., Iustel, 2010, págs. 573 a 585; RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L., "La Corte Penal Internacional, de Roma a Kampala pasando por La Haya: <<Consenso>> sobre el crimen de agresión en la Conferencia de Revisión del Estatuto". Revista General de Marina, vol. 260, núm. 5, junio de 2011, págs. 769 a 779. Acertadamente califica el autor de *parto de los montes* la incriminación del empleo de estas armas, afirmando, respecto a la Resolución 5, que *solo críticas merece* y añadiendo -pág. 776- que "no parece compartible el razonamiento de que la inclusión de una propuesta de mayor entidad (como la formulada por Bélgica) hubiera podido sobrecargar la agenda de la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma y, mucho menos, que su debate pudiera distraer la atención respecto de la consideración del crimen de agresión"; QUESADA ALCALÁ, C., "La agresión: un crimen <<cierto>> de futuro <<incierto>>", en "Estudios de Derecho internacional y Derecho europeo en homenaje al Profesor Manuel Pérez González", ob. cit., págs. 1.069 a 1.076.

⁴³¹ Acerca de las tres propuestas presentadas por Bélgica en relación a la lista de armas contenida en el párrafo 2 del artículo 8, especialmente el proyecto de enmienda 2 relativa a un nuevo párrafo xviii)

*enmendar el artículo 8 del Estatuto para que el empleo de veneno o armas envenenadas, de gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivos análogos y de balas que se ensanchan o aplastan fácilmente en el cuerpo humano se consideren crímenes de guerra de la competencia de la Corte cuando se lleven a cabo en conflictos armados que no sean de índole internacional, ubicándose los respectivos crímenes -xiii a xv- en el apartado e) del párrafo 2 del artículo 8 del Estatuto y enmendándose, a la vez, los elementos pertinentes para su incorporación en los Elementos de los Crímenes de guerra contemplados en el aludido apartado e) del párrafo 2 del artículo 8 del Estatuto*⁴³².

El contexto en el que han de llevarse a cabo las actuaciones constitutivas de los crímenes que se contienen en este artículo 8.2 e) será un conflicto armado interno al que resulte de aplicación, en principio, el Protocolo II Adicional de 1977, pues, como ya se señaló, del texto de los apartados d) y f) del artículo 8.2 del Estatuto resulta que uno y otro se aplican “a los conflictos armados que no son de índole internacional” y, por consiguiente, no se aplican “a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos”, si bien el artículo 8.2 f) añade, con relación al párrafo 2 e) del artículo 8, que el mismo “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”⁴³³.

Esta exigencia de *duración* o prolongación temporal permite ampliar el concepto de conflicto armado interno aquí utilizable respecto del que ofrece el artículo 1 del Protocolo II Adicional de 1977, en el que no se tiene en cuenta el criterio de duración, como condición o elemento del conflicto armado determinante de la aplicabilidad del meritado Instrumento.

Parece, pues, que este criterio de la duración o prolongación en el tiempo del conflicto armado interno entre las autoridades y fuerzas gubernamentales y grupos armados organizados o únicamente entre tales grupos armados es el determinante de la cualificación del conflicto interno en orden a posibilitar la aplicabilidad del artículo 8.2 e) del Estatuto. A este respecto, ha de ser el elemento de la duración o prolongación en el tiempo del conflicto armado de carácter no internacional entre las autoridades y fuerzas gubernamentales y grupos armados organizados, o entre estos últimos -no coincidente exactamente con el concepto de conflicto armado sin carácter internacional contenido en el artículo 1 del Protocolo II, que es más restringido⁴³⁴-, el determinante en orden a posibilitar la aplicabilidad del artículo 8.2 e).

Esta última exigencia de duración en el tiempo o prolongación es lo que permite que se amplíe el concepto de conflicto armado interno respecto al que ofrece el artículo 1 del Protocolo II, en el que no se tiene en cuenta el criterio de duración como tal, ello a fin de evitar la introducción de cualquier elemento de apreciación subjetiva, dado que la puesta en vigor de las normas de protección del Protocolo II Adicional no debe depender de la apreciación discrecional de las partes. En todo caso, la necesidad de que concurra la condición de prolongado o continuado en el conflicto puede dar lugar,

sobre las armas químicas, *vid.* Doc. ICC-ASP/8/43, de 15 de noviembre de 2009 -Informe de la Mesa de la Asamblea de los Estados Partes sobre la Conferencia de Revisión para su examen por la Asamblea-

⁴³² *Vid.* Resolución RC/Res.5, aprobada por consenso en la 12ª sesión plenaria el 10 de junio de 2010 -Documentos Oficiales de la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Kampala, 31 de mayo a 11 de junio de 2010, publicación de la Corte Penal Internacional, RC 11-, por la que se aprueba la enmienda al apartado e) del párrafo 2 del artículo 8 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional -contenida en el Anexo I- y se aprueban los elementos pertinentes de los crímenes -contenidos en el Anexo II-

⁴³³ *Vid.* PIGNATELLI Y MECA, F., “El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra”, *ob. cit.*, págs. 363 y 364.

⁴³⁴ *Vid.* RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L., “Crímenes de la competencia de la Corte Penal Internacional”, *ob. cit.*, pág. 228.

previsiblemente, a que, en los primeros momentos o inicios del mismo, se aplique el artículo 3 común a los Convenios de 1949⁴³⁵, y, consiguientemente, el artículo 8.2 c) del Estatuto, para, más adelante, una vez patente la persistencia del conflicto, aplicarse, en su caso, de concurrir las condiciones que exige su artículo 1, el Protocolo Adicional II de 1977, y, de cualquier manera, el artículo 8.2 e) del Estatuto.

Previsiblemente, pues, la necesidad de que concorra el requisito o condición de prologado o continuado en el conflicto podría dar lugar a que, en los pródromos o albores del mismo, se haya este de incardinarse en el supuesto del artículo 3 común a los cuatro Convenios de 1949, con la consecuente aplicabilidad del artículo 8.2 c) del Estatuto, para, más adelante, evidente que sea la prolongación del conflicto -lo que, razonablemente, podría inferirse, entre otros extremos, de la concurrencia de la circunstancia de que las fuerzas armadas disidentes o los grupos organizados rebeldes realicen operaciones militares sostenidas y concertadas, lo que también daría a entender la existencia de una determinada intensidad en el conflicto-, aplicar, en su caso, el artículo 1 del Protocolo II Adicional de 1977 -de concurrir el conjunto de las condiciones que lo posibilitan-, y, de cualquier manera, el artículo 8.2 e) del Estatuto⁴³⁶.

El autor ha de ser consciente o conocer circunstancias de hecho que establezcan la existencia del conflicto armado de índole no internacional en cuyo contexto debe tener lugar y con el que ha de estar relacionada la conducta típica, aun cuando no es preciso que el sujeto activo sea consciente⁴³⁷ de o conozca la circunstancia de prolongación o duración del mismo determinante de la entrada en juego del artículo 8.2 e) del Estatuto de Roma, conocimiento no jurídico que no puede, en consecuencia, justificar la alegación de error de prohibición o de derecho; la exigencia de que fuese conocido por el agente el criterio de la prolongación en el tiempo sería determinante de la incardinación de la conducta ora en el artículo 8.2 c), ora en el artículo 8.2 e), lo que introduciría un elemento de inseguridad jurídica y dificultad de calificación, y, lo que es más importante, de prueba⁴³⁸.

En todos los tipos que se comprenden en este artículo 8.2 e), salvo en el artículo 8.2 e) xi, en sus dos modalidades -crimen de guerra de mutilaciones y crimen de guerra de someter a experimentos médicos o científicos-, es posible la causación del resultado a título de dolo eventual⁴³⁹.

⁴³⁵ Vid. JUNOD, S-St., “Article premier. Champ d’application matériel”, en “Commentaire du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II)”, en “Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949”. Comité International de la Croix-Rouge. Martinus Nijhoff Publishers. Genève, 1986, pág. 1.377. “El criterio del carácter sostenido y concertado de las operaciones militares, dando por sobreentendido el elemento de duración e intensidad, responde, en cambio, a una comprobación objetiva de la situación. Al principio de un conflicto, las operaciones militares tienen raramente ese carácter; será pues, probablemente, el artículo 3 común el único aplicable en la primera fase de las hostilidades”; PIGNATELLI Y MECA, F., “El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra”, ob. cit., págs. 364 y 365.

⁴³⁶ Vid. PIGNATELLI Y MECA, F., “La Corte Penal Internacional”, ob. cit., pág. 832.

⁴³⁷ Vid. Doc. PCNICC/2000/1/Add. 2, de 2 de noviembre de 2000, artículo 8.2 e) i, elementos 4 y 5; artículo 8.2 e) ii, elementos 3 y 4; artículo 8.2 e) iii, elementos 6 y 7; artículo 8.2 e) iv, elementos 4 y 5; artículo 8.2 e) v, elementos 4 y 5; artículo 8.2 e) vi-1, elementos 3 y 4; artículo 8.2 e) vi-2, elementos 3 y 4; artículo 8.2 e) vi-3, elementos 3 y 4; artículo 8.2 e) vi-4, elementos 2 y 3; artículo 8.2 e) vi-5, elementos 3 y 4; artículo 8.2 e) vi-6, elementos 4 y 5; artículo 8.2 e) vii, elementos 4 y 5; artículo 8.2 e) viii, elementos 4 y 5; artículo 8.2 e) ix, elementos 6 y 7; artículo 8.2 e) x, elementos 4 y 5; artículo 8.2 e) xi-1, elementos 5 y 6; artículo 8.2 e) xi-2, elementos 5 y 6; y artículo 8.2 e) xii, elementos 6 y 7 -“que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él” y “que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establezcan la existencia de un conflicto armado”-.

⁴³⁸ Vid. PIGNATELLI Y MECA, F., “El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra”, ob. cit., pág. 365.

⁴³⁹ Vid. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L., “Aspectos penales del Estatuto de la Corte Penal Internacional”, ob. cit., pág. 149; QUEL LOPEZ, F. J., ob. cit., pág. 96; PIGNATELLI Y MECA, F., “El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra”, ob. cit., pág. 365.

a. *Crimen de guerra de dirigir ataques contra la población civil*⁴⁴⁰

El artículo 13.2 del Protocolo II Adicional de 1977 proclama, imperativamente, que “no serán objeto de ataque la población civil como tal, ni las personas civiles”.

Salvado el elemento o circunstancia de contexto, viene la *acción típica* a coincidir, en lo esencial, con la del artículo 8.2 b) i, consistiendo en que el autor lance un ataque cuyo objeto sea una población civil en cuanto tal o personas civiles que no participen directamente en las hostilidades, siempre que tenga la intención de dirigir el ataque contra una u otras⁴⁴¹. Para integrar el comportamiento típico se requiere, pues, la concurrencia tanto del elemento objetivo del tipo, de carácter negativo, de que, al momento de lanzar el ataque, ni la población civil ni las personas civiles participen en forma directa en las hostilidades⁴⁴², coadyuvando así con el enemigo, como del *dolo específico* consistente en que el autor haya tenido la intención de dirigir el ataque contra la población civil en cuanto tal o contra personas civiles que no participaban directamente en las hostilidades⁴⁴³.

b. *Crimen de guerra de dirigir ataques contra bienes o personas que utilicen los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra*⁴⁴⁴

El crimen de guerra cobijado en el artículo 8.2 e) ii es, salvada la circunstancia de contexto, idéntico al incriminado en el artículo 8.2 b) xxiv del Estatuto⁴⁴⁵.

El Protocolo II Adicional de 1977 dispone, en su artículo 11.1, que “*las unidades sanitarias y los medios de transporte sanitarios serán respetados y protegidos en todo momento y no serán objeto de ataques*”, añadiendo, en su artículo 12, que, bajo la dirección de la autoridad competente de que se trate, el signo distintivo de la Cruz Roja o de la Media Luna Roja 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 *actuación típica* radica en que el autor ataque a una o más personas, edificios, unidades o medios de transporte sanitario u otros bienes que utilicen, de conformidad con el Derecho internacional, un emblema distintivo u otro método de identificación que indique que gozan de protección con arreglo a los Convenios de Ginebra, siempre que el autor haya tenido la intención de atacar esas personas, edificios, unidades o vehículos u otros objetos que utilicen esa identificación.

Se trata de un delito *de simple actividad*, que se consuma por el mero hecho de dirigir o lanzar un ataque contra las personas o bienes de que se trata, constituyendo la existencia del emblema distintivo u otro método de identificación un elemento objetivo normativo del tipo de necesaria concurrencia para la configuración del tipo criminal, para cuya integración es precisa, igualmente, la concurrencia en el autor del *dolo específico* consistente en la intención de este de atacar a las personas, edificios, unidades o medios de transporte sanitario u otros bienes que utilicen el emblema distintivo u otro signo de identificación indicativo de que gozan de la protección otorgada por los Convenios de Ginebra de 1949, por lo que creemos que se incluirán los

⁴⁴⁰Vid. ZIMMERMANN, A., “(i) Attacks against the civilian population”, en “Article 8. War crimes”, ob. cit., pág. 277; PIGNATELLI Y MECA, F., “El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra”, ob. cit., págs. 365 y 366; Doc. PCNICC/2000/1/Add. 2, de 2 de noviembre de 2000 -artículo 8.2 e) i. “Crimen de guerra de dirigir ataques contra la población civil”-.

⁴⁴¹*Ibidem*, artículo 8.2 e) i, elementos 1 y 3.

⁴⁴²*Ibidem*, artículo 8.2 e) i, elemento 2.

⁴⁴³*Ibidem*, artículo 8.2 e) i, elemento 3.

⁴⁴⁴Vid. ZIMMERMANN, A., “(ii) Attacks against installations and personnel using the distinctive emblems”, en “Article 8. War crimes”, ob. cit., pág. 277; PIGNATELLI Y MECA, F., “El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra”, ob. cit., págs. 366 y 367; Doc. PCNICC/2000/1/Add. 2, de 2 de noviembre de 2000 -artículo 8.2 e) ii. “Crimen de guerra de dirigir ataques contra bienes o personas que utilicen los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra”-.

⁴⁴⁵Vid. PIGNATELLI Y MECA, F., “El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra”, ob. cit., págs. 342 a 345.

ataques de que se trata cuando el signo o emblema protector utilizado sea el Cristal Rojo, signo distintivo aprobado por el Protocolo III de 8 de diciembre de 2005, Adicional a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949⁴⁴⁶.

c. *Crimen de guerra de dirigir ataques contra personal o bienes participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria*⁴⁴⁷

La inclusión en el Estatuto tanto de este crimen de guerra como del configurado en el artículo 8.2 b) iii, con el que el que ahora se comenta presenta, salvada la circunstancia o elemento de contexto, plena identidad, se debió a la iniciativa española en la Conferencia Diplomática de 1998⁴⁴⁸. La previsión en el Estatuto de la CPI de uno y otro crimen de guerra está ligada al hecho de no recogerse en dicho tratado las violaciones de la Convención sobre la seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado⁴⁴⁹ de 9 de diciembre de 1994.

Consiste la *acción típica* en que el autor lance un ataque cuyo objeto sea 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 el personal, las instalaciones, el material, las unidades o los vehículos mencionados tengan derecho a la protección otorgada a civiles o bienes de carácter civil con arreglo al Derecho internacional de los conflictos armados⁴⁵⁰; se trata de una infracción *de mera actividad*, pues la acción se conjuga, y el tipo se consuma, por el simple hecho de lanzar el ataque contra el personal, instalaciones, material, unidades o vehículos de mérito, abstracción hecha de cual fuere el resultado efectivo de dicho ataque.

Son elementos objetivos del tipo de carácter positivo, de obligada concurrencia conjunta para integrarlo, en primer término, que el personal, instalaciones, material, unidades o vehículos objeto del ataque participen, al momento del lanzarse éste, en una misión de mantenimiento de la paz⁴⁵¹ o de asistencia humanitaria⁴⁵² de conformidad

⁴⁴⁶ Vid. PIGNATELLI Y MECA, F., “Los crímenes de guerra en la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de modificación del Código Penal”, ob. cit.

⁴⁴⁷ Vid. ZIMMERMANN, A., “(iii) Attacks against United Nations and associated personnel”, en “Article 8. War crimes”, ob. cit., págs. 277 y 278; PIGNATELLI Y MECA, F., “El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra”, ob. cit., pág. 367; Doc. PCNICC/2000/1/Add. 2, de 2 de noviembre de 2000 - artículo 8.2 e) iii. “Crimen de guerra de dirigir ataques contra personal o bienes participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria”-.

⁴⁴⁸ Vid. Doc. A/CONF. 183/C.1/L.1*, de 17 de junio de 1998.

⁴⁴⁹ Vid. ZIMMERMANN, A., “(iii) Attacks against United Nations and associated personnel”, ob. cit., pág. 278; PIGNATELLI Y MECA, F., “El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra”, ob. cit., págs. 288 a 292.

⁴⁵⁰ Vid. Doc. PCNICC/2000/1/Add. 2, de 2 de noviembre de 2000, artículo 8.2 b) iii, elementos 1, 2 y 4.

⁴⁵¹ Vid. COTTIER, M., “(iii) Attacks on humanitarian assistance or peacekeeping missions”, en “Article 8. War crimes”, ob. cit., págs. 191 y 192. “The term <<peacekeeping mission>> has originated in the UN system and is most commonly used to refer to operations authorized or established by the UN Peacekeeping missions are generally understood to be actions involving the temporary deployment of military personnel typically in a situation of tension but where no or no generalized fighting takes place, after hostilities have ceased de facto or by agreement, or to prevent the breaking out of fighting Peacekeeping missions may only use force in self-defense, but may be armed with (light) weapons of a defensive character. The essential idea is that the mere presence of a neutral and impartial multinational force or observing mission may deter and prevent the resumption of hostilities If a peacekeeping mission uses self-defense in an expanded sense so as to defend property or ensure the fulfillment of the mandate, this goes beyond the traditional core tasks of peacekeeping missions which are more <<static>>, and has been called <<wider peace-keeping>>. It is uncertain whether personnel and objects of such missions should also be subsumed under the term <<peacekeeping>> in article 8 para. 2 (b) (iii). Personnel and objects <<involved in such missions>> covers the various categories of persons who are taking part in, or are otherwise associated with the mission Peacekeeping missions are generally established, mandated or authorized by international organizations ...”.

⁴⁵² *Ibidem*, págs. 189 a 191. “It is submitted that <<humanitarian assistance>> in or in connection with an armed conflict refers primarily to relief assistance, that is, assistance to prevent or alleviate human suffering of victims of armed conflicts and other individuals with immediate and basic needs. In particular, it includes relief actions with the purpose of ensuring the provision of supplies essential to the survival of the civilian population. Such supplies should at the very least include food, medical

con la Carta de las Naciones Unidas y, en segundo lugar, que el personal, instalaciones, material, unidades o vehículos mencionados hayan tenido derecho a la protección que, con arreglo al Derecho internacional de los conflictos armados, viene otorgada a civiles o bienes de carácter civil; en relación con este último requisito, el artículo 20 a) de la Convención sobre la seguridad del personal de las Naciones Unidas y el personal asociado, aprobada por la Resolución 49/59, de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 9 de diciembre de 1994, y ratificada por España el 13 de enero de 1998, preceptúa que *“nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a: a) La aplicabilidad del derecho internacional humanitario ni de las normas universalmente reconocidas de derechos humanos según figuran en instrumentos internacionales en relación con la protección de las operaciones de las Naciones Unidas y del personal de las Naciones Unidas y el personal asociado, ni a la responsabilidad de ese personal de respetar ese derecho y esas normas”*⁴⁵³.

Con la frase *“siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles o bienes civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados”* se quiere dar a entender que entran en el ámbito de protección penal que el precepto confiere cuantas personas -cualquiera que sea la función que lleven a cabo, es decir, administrativa, logística, sanitaria, o de cualquier otra índole- u objetos formen parte o integren la misión, en tanto que las actuaciones de quienes la integran no impliquen tomar parte activa en las hostilidades, es decir, que cuando actúan como combatientes por ser el mandato de imposición de la paz, debe ser aplicado, sin duda, el Derecho internacional humanitario⁴⁵⁴.

Habrà de tratarse, según el artículo 1 c) de la señalada Convención, de operaciones establecidas por el órgano competente de las Naciones Unidas, de conformidad con la Carta y realizadas bajo la autoridad y control de la Organización, cuando la operación esté destinada a mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales o cuando el Consejo de Seguridad o la Asamblea General hayan declarado que existe un riesgo excepcional para la seguridad del personal participante en la operación; la cláusula de exclusión del artículo 2.2 de la Convención puntualiza que ésta no se aplicará a las operaciones de las Naciones Unidas autorizadas por el Consejo de Seguridad como medida coercitiva de conformidad con el Capítulo VII de la Carta, en las que cualesquiera miembros del personal participen como combatientes contra fuerzas armadas organizadas, a las que se aplica el derecho relativo a los conflictos armados internacionales. La referencia no solo a las operaciones de mantenimiento de la paz sino a las de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas responde a la necesidad de cubrir no solo a las operaciones aprobadas por el Consejo de Seguridad, sino también a las creadas por la Asamblea General.

supplies, clothing and means of shelter, and should necessarily also extend to the required means of transport. The personnel may include administrative staff, coordinators and logistic experts, doctors, nurses and other specialists and relief workers. It is submitted that the term also extends to assisting refugees and internally displaced persons to resettle or return to their homes with the agreement of the parties to the conflict The standards that can be derived from humanitarian law in regard to humanitarian organizations and relief actions in general may provide a useful legal framework. Drawing on it, it is submitted that humanitarian assistance missions should (as far as possible) be guided by the humanitarian needs of the suffering individuals, and be of and impartial and non-discriminatory nature. Consequently, the receivers of the assistance should be selected on exclusively humanitarian grounds, and no party to the conflict or other group should be given undue advantage. Furthermore, <<assistance>> suggests that such missions may not use any force, except in strict self-defense Article 71 para. 1 First Add. Prot. subjects the participation of personnel participating in relief actions, for instance for the transportation and distribution of relief consignments, to the approval of the State in whose territory they will carry out their duties. In particular, according to article 70 First Add. Prot., the State is permitted to prescribe technical arrangements and locally supervise distributions

⁴⁵³ Vid. PIGNATELLI Y MECA, F., *“El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra”*, ob. cit., págs. 289 a 291.

⁴⁵⁴ *Ibidem*, pág. 291.

El *dolo específico* está constituido por el propósito o intención y voluntad del autor de dirigir el ataque contra tal personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en la misión⁴⁵⁵.

*d. Crimen de guerra de dirigir ataques contra objetos protegidos*⁴⁵⁶

Este precepto, salvada la circunstancia de contexto, es idéntico al que se contiene en el artículo 8. 2 b) ix del Estatuto.

Para el supuesto de los conflictos armados de carácter no internacional a que se refiere el Protocolo II Adicional, el artículo 16 del mismo estipula, bajo la rúbrica “*protección de los bienes culturales y los lugares de culto*”, que “*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*”⁴⁵⁷.

Se integra el *comportamiento típico* por el hecho de que el autor lance un ataque dirigido contra uno o más edificios dedicados a la religión, la instrucción, 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 militares⁴⁵⁸.

El concepto de *ataque* que aquí ha de utilizarse, no obstante la enumeración de sus posibles objetivos conforme a la redacción de las Convenciones de La Haya II de 1899 y IV de 1907, es el que proporciona el artículo 49.1 del Protocolo I de 1977.

Como elemento objetivo del tipo de carácter negativo se exige que los edificios, monumentos, hospitales o lugares en que se agrupe a enfermos y heridos no sean objetivos militares, es decir, según el artículo 52.2 del Protocolo I, “*aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, 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*”, circunstancia que, de apreciarse, determinará la existencia de una causa de justificación y, por ende, la impunidad de la conducta por ausencia de antijuridicidad de la misma; conviene significar a este respecto que el artículo 52.3 del Protocolo I contiene una presunción a cuyo tenor “*en caso de duda acerca de si un bien que normalmente se dedica a fines civiles, tal como un lugar de culto, una casa u otra vivienda o una escuela, se utiliza para contribuir eficazmente a la acción militar, se presumirá que no se utiliza con tal fin*”.

⁴⁵⁵ *Ibidem*, págs. 291 y 292.

⁴⁵⁶ *Vid.* ZIMMERMANN, A., “(iv) Attacks against cultural objects, places of worship and similar institutions” en “Article 8. War crimes”, ob. cit., pág. 278; PIGNATELLI Y MECA, F., “El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra”, ob. cit., págs. 367 y 368; Doc. PCNICC/2000/1/Add. 2, de 2 de noviembre de 2000 -artículo 8.2 e) iv. “Crimen de guerra de dirigir ataques contra objetos protegidos”-.

⁴⁵⁷ *Vid.* ZIMMERMANN, A., “(iv) Attacks against cultural objects, places of worship and similar institutions”, ob. cit., pág. 278; JUNOD, S-St., “Article 16. Le protection des biens culturels et des lieux de culte”, en “Commentaire du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II)”, ob. cit., págs. 1.487 a 1.492; Doc. PCNICC/2000/1/Add. 2, de 2 de noviembre de 2000, artículo 8.2 e) iv, elementos 1, 2 y 3. La Nota a pie de página 60 tiene una redacción similar a la de las Notas a pie de página 38 y 45, disponiendo que “*la presencia en la localidad de personas especialmente protegidas en virtud de los Convenios de Ginebra de 1949 o de fuerzas de policía con el único fin de mantener el orden público no la convierte en un objetivo militar*”. Al igual que en relación con el artículo 8.2 b) ix, la acción típica se ha adaptado estrictamente, en los Elementos de los Crímenes contenidos en el Doc. PCNICC/2000/1/Add. 2, de 2 de noviembre de 2000, al texto del precepto, lo que no ocurría en el Doc. PCNICC/2000/INF/3/Add. 2, de 6 de julio de 2000, en que se sustituía “*a la religión*” por “*al culto religioso*” y “*la educación*” por “*la instrucción*”, se omitía la referencia a “*las ciencias*” y se hablaba, tan solo, de “*los monumentos*”, prescindiendo del calificativo “*históricos*”. Igualmente, en la Nota a pie de página 60, y antes de la frase “*con el único fin*”, debería introducirse la locución “*retenidas*”, con referencia a las fuerzas de policía, ello de acuerdo con el tenor del artículo 59.3 del Protocolo I.

⁴⁵⁸ *Vid.* PIGNATELLI Y MECA, F., “El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra”, ob. cit., pág. 307.

Se trata de un delito *de simple actividad*, que no exige la producción de resultado alguno para su consumación, pues basta para que se integre la conducta típica con que se lance el ataque dirigido contra los edificios, los monumentos o los hospitales o lugares que se especifican, aun cuando no se haya ocasionado daño alguno a los mismos.

El *dolo específico* viene constituido por la intención o propósito y voluntad del autor de dirigir el ataque contra los edificios, monumentos, hospitales o lugares de que se trata⁴⁵⁹.

*e. Crimen de guerra de saquear*⁴⁶⁰

Se trata de un precepto idéntico, salvada la circunstancia del contexto en que ha de llevarse a cabo la conducta, al configurado en el artículo 8.2 b) xvi, y trae su origen mediato de lo dispuesto en los artículos 28 del Reglamento Anejo a las Convenciones de La Haya II de 1899 y IV de 1907 y próximo de lo preceptuado en los artículos 4.2 g) del Protocolo II Adicional de 1977 y 4.3 de la Convención de La Haya de 14 de mayo de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado.

Consiste la *conducta típica* en que el autor se apropie de un bien sin el consentimiento del propietario y con la intención de privar del bien a este y de apropiarse de él para su uso privado y personal.

Se sanciona, pues, el hecho de apoderarse o tomar para sí una cosa ajena sin consentimiento del dueño, es decir, sin otra razón que la voluntad del agente, que lleva a cabo la acción con la intención o propósito de hacer suya la cosa o bien de que se trate, de adquirir su efectiva posesión penal. La acepción de la expresión “*uso privado o personal*” indica que la apropiación necesaria por necesidades militares no constituye saqueo, pues se trata de un supuesto en el que, *ope legis*, concurre una causa de justificación que determina la falta de antijuridicidad de la conducta y su consiguiente impunidad.

Cuando el saqueo se lleva a cabo sistemáticamente, se convierte en *pillaje*.

Se trata de un delito *de resultado material*, ya que para que el mismo se consuma es preciso que se haya producido la efectiva apropiación del bien ajeno por parte del agente, que ha de haberlo integrado en su patrimonio, aún cuando fuese por cortísimo tiempo.

El *dolo específico* se constituye por la intención y voluntad del autor de privar del bien a su propietario y de apropiarse de él para su uso privado y personal⁴⁶¹.

*f. Crímenes de guerra de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, 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*⁴⁶²

En este subapartado vi del artículo 8.2 e) del Estatuto se contiene un conjunto de hasta seis crímenes de guerra, por lo que se trata de un precepto complejo o múltiple, en los términos previstos en el párrafo 9 de la

⁴⁵⁹ *Ibidem*, pág. 308.

⁴⁶⁰ *Vid.* ZIMMERMANN, A., “(v) Pillage”, en “Article 8. War crimes”, ob. cit. págs. 278 y 279; PIGNATELLI Y MECA, F., “El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra”, ob. cit., págs. 368 y 369; Doc. PCNICC/2000/1/Add. 2, de 2 de noviembre de 2000 -artículo 8.2 e) v. “Crimen de guerra de saquear”-; Doc. PCNICC/2000/1/Add. 2, de 2 de noviembre de 2000, artículo 8.2 e) v, elementos 1, 2 y 3. La Nota a pie de página 61 es de redacción idéntica a la Nota a pie de página 47 y dispone que “como indica la acepción de la expresión <<uso privado o personal>>, la apropiación justificada por necesidades militares no constituye crimen de saqueo”.

⁴⁶¹ *Vid.* PIGNATELLI Y MECA, F., “El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra”, ob. cit., págs. 318 y 319.

⁴⁶² *Vid.* ZIMMERMANN, A., “(vi) Rape and other forms of sexual violence” en “Article 8. War crimes”, ob. cit., págs. 279 y 280; PIGNATELLI Y MECA, F., “El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra”, ob. cit., págs. 369 a 372; Doc. PCNICC/2000/1/Add. 2, de 2 de noviembre de 2000 -artículo 8.2 e) vi-1, artículo 8.2 e) vi-2, artículo 8.2 e) vi-3, artículo 8.2 e) vi-4, artículo 8.2 e) vi-5 y artículo 8.2 e) vi-6. Crimen de guerra de violación”, “Crimen de guerra de esclavitud sexual”, “Crimen de guerra de prostitución forzada”, “Crimen de guerra de embarazo forzado”, “Crimen de guerra de esterilización forzada” y “Crimen de guerra de violencia sexual”-.

“Introducción general” a los *Elementos de los Crímenes*⁴⁶³. Su redacción es idéntica a la del artículo 8.2 b) xxii, con la única salvedad de que, como no podía ser de otra forma dada la naturaleza no internacional de los conflictos en cuyo contexto han de cometerse las conductas que incrimina, el último de los crímenes en él castigados, consistente en cometer cualquier otra forma de violencia sexual, ha de constituir, también, una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949⁴⁶⁴.

Desde un punto de vista positivo, los antecedentes de este precepto se encuentran en el artículo 4.2 c) del Protocolo II Adicional, que prohíbe, en todo tiempo y lugar, “la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor”; a su vez, el artículo 4 e) del Estatuto del TPIR incrimina, como violación del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y del Protocolo II, “la violación, la prostitución forzada y cualquier otra forma de agresión indecente”.

De manera harto reduccionista, el DIH venía considerando el honor y la honestidad -que residenciaba en el pudor- de la mujer como el valor o bien jurídico a tutelar con estas prohibiciones en la esfera sexual. Por tanto, aunque el precepto que se comenta ha sido calificado como una gran victoria para la causa de la protección de los derechos de la mujer, creemos que, más bien, constituye o integra un feliz abandono de la tutela de sentimientos o prejuicios estándar imperantes y la laicización del instrumento internacional punitivo en esta materia en orden al logro de la tutela de la *libertad sexual* como parcela básica de la libertad del individuo, sin distinción de género o sexo. Parece, pues, que puede concluirse la irrelevancia tanto del sexo o género de la víctima de las actuaciones que en el mismo se incriminan -salvo en el supuesto del embarazo forzado, en que sólo una o más mujeres pueden ser sujetos pasivos-, como de la naturaleza de los actos, heterosexuales u homosexuales, que el sujeto activo practique u obligue a practicar a la víctima; el objeto jurídico de la protección que brindan los llamados crímenes de guerra de género se inserta ahora, y esta es, a nuestro entender, la grande, y positiva, novedad del precepto, en la esfera de la libertad personal, cuyo contenido esencial son las facultades de autodeterminación en el ámbito sexual, actual o *in fieri* -cuando se refiere a menores-.

En el texto del precepto de que se trata, en el que se inserta la proscripción de la delincuencia o criminalidad de género en el contexto de los conflictos armados no internacionales, viene a reproducirse, aun cuando no en su literalidad por mor de haber de adaptarse a la naturaleza de crimen de guerra que adoptan en el artículo 8 del Estatuto las acciones típicas que en el mismo se integran, el del artículo 7.1 g) del Estatuto, salvo en la exigencia de que las otras formas de violencia sexual tengan “una gravedad comparable a la de una infracción grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra”.

Se trata de un tipo *múltiple o complejo*, en los términos previstos en el párrafo 9 de la “Introducción general” a los *Elementos de los Crímenes*, ya que se integran en él diversas acciones, susceptible, cada una, de constituir un crimen de guerra. La cláusula o referencia final -“cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra”- debe circunscribirse, por mor de no violentar los límites que impone el principio de legalidad, en su aspecto de garantía criminal y de taxatividad, a los supuestos de realización por el agente de actos sexuales que no puedan subsumirse en ninguna de las cinco concretas conductas que se incriminan con anterioridad en el precepto o de haber obligado a la víctima, por la fuerza o por la amenaza de la fuerza, o mediante coacción, a realizar un acto de naturaleza sexual, siempre que tales actuaciones puedan equipararse, por su

⁴⁶³ Vid. PIGNATELLI Y MECA, F., “El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra”, ob. cit., pág. 369.

⁴⁶⁴ *Ibidem*, pág. 369.

execrabilidad o gravedad, a los atentados a la integridad corporal, especialmente los tratos crueles, torturas y suplicios y a los atentados a la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes.

La referencia al *libre consentimiento* que se lleva a cabo en los crímenes de guerra de violación, prostitución forzada, esterilización forzada y violencia sexual, implica conferir a éste relevancia como causa de justificación, lo que determina que, de concurrir el libre, es decir, el voluntario consentimiento de la víctima en tales casos, la actuación del agente resultará impune por no ser antijurídica. Cuando se exige que el hecho se perpetre por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción se está haciendo referencia a la fuerza física o a la intimidación, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra la víctima u otra persona o aprovechando el entorno coercitivo -al que no es ajeno el contexto de conflicto armado en el que el hecho ha de tener lugar-, o que aquel se realice en condiciones en que la persona sea incapaz de dar su libre consentimiento.

Con relación a los adultos, la orientación teleológica de las conductas que se incriminan en este precepto se dirige a castigar actuaciones que obstaculizan la libre opción sexual. Con respecto a los menores que todavía carecen de capacidad de análisis para decidir responsablemente en el ámbito sexual, se trata de preservar las condiciones básicas para que puedan alcanzar su libre desarrollo de la personalidad en la esfera sexual, por lo que el bien jurídico protegido es la libertad sexual potencial o *in fieri*; creemos que la edad determinante de la minoridad debe aquí ser la de quince años, por asimilación a lo prevenido en el artículo 8.2 b) xxvi y 8.2 e) vii, y no la de dieciocho años, que solo produce efectos excluyentes de la competencia *ratione personae* de la Corte según el artículo 26 del Estatuto.

La libertad sexual, tal y como se concibe en este precepto, se nutre de los dos aspectos tradicionalmente señalados por la doctrina, a saber, el dinámico-positivo, que se concreta en el libre ejercicio de la sexualidad sin más limitaciones que las que se derivan, entre otras, del respeto a la libertad ajena, y el estático-pasivo, concretado en el derecho a no verse involucrado, activa o pasivamente, en conductas -relaciones *lato sensu*- de contenido sexual y, con mayor motivo, a repeler las agresiones sexuales de terceros.

En los seis supuestos o conductas que engloba el precepto, estamos ante crímenes *de resultado material*, pues, en todas ellas, la conducta del sujeto activo debe producir u ocasionar en la víctima, o en relación con ella, de manera efectiva, una penetración, el ejercicio de uno de los atributos del derecho de propiedad, la realización de actos de naturaleza sexual, el embarazo y posterior confinamiento o la privación de la capacidad de reproducción biológica, resultados, todos ellos, afectantes a libre autodeterminación sexual individual, además de atentatorios a otros bienes o valores merecedores de tutela -como la libertad de deambulación, la integridad física, etc.-⁴⁶⁵.

i. Crimen de guerra de violación⁴⁶⁶

Salvadas las circunstancias relativas al contexto de conflicto armado de índole no internacional en que ha de tener lugar la conducta, el precepto de mérito resulta idéntico al cobijado en el artículo 8.2 b) xxii-1⁴⁶⁷.

La *acción típica* consiste en que el autor invada 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, siempre que la

⁴⁶⁵ *Ibidem*, págs. 329 a 332.

⁴⁶⁶ *Ibidem*, págs 369 y 370.

⁴⁶⁷ *Ibidem*, págs 333 y 334.

invasión se cometa por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción⁴⁶⁸.

En suma, el elemento caracterizador de este subtipo criminal es la utilización de la *violencia* -fuerza- o *intimidación* instrumentales al atentado sexual, unida a la *penetración*, como elementos que deslindan esta conducta de cualquier otra de las incriminadas en el precepto, verificadas sin el consentimiento, sin más, de la víctima; pueden, pues, como medios comisivos alternativos, utilizarse la *vis física* proyectada sobre el cuerpo de la víctima o la *vis compulsiva* o amenaza, de palabra u obra, de causar un daño injusto de entidad suficiente para ocasionar un constreñimiento psicológico en el sujeto pasivo de tal seriedad, verosimilitud, inmediatez y gravedad que genere en la víctima el convencimiento de autenticidad e inminente materialización que lleve a ésta a soportar o no impedir el contacto sexual.

El vocablo *invasión* significa aquí el *acceso carnal*, en sentido lato o amplio, y ello no tanto en razón de la irrelevancia del carácter heterosexual u homosexual del acto que se lleve a cabo, sino porque no ha de limitarse en este precepto el acceso carnal al coito vaginal heterosexual -que es su significado estricto-, sino que debe, por el contrario, abarcar, equiparándolos a efectos de integrar la conducta típica, la penetración vaginal, bucal o anal llevadas a cabo con un órgano sexual del autor o de la víctima y la introducción de objetos -si bien, en este último caso, las vías por las que debe producirse se restringen, plausiblemente, a la vaginal y anal-, bastando, en estos supuestos, con el acoplamiento directo entre el órgano genital del autor o el objeto que el mismo emplee y el órgano genital o anal o la boca de la víctima, en una interpretación que permita cohonestar, *mutatis mutandis*, la tesis de la *coniunctio membrorum* con la expresión “*que haya ocasionado la penetración, por insignificante que fuera*”.

ii. Crimen de guerra de esclavitud sexual⁴⁶⁹

*Este precepto es esencialmente idéntico al que contiene el artículo 8.2 b) xxii-2, salvedad hecha de la circunstancia de contexto*⁴⁷⁰.

Consiste la *actuación típica* en que el autor ejerza 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 libertad⁴⁷¹, siempre que haga que esa o esas personas realicen uno o más actos de naturaleza sexual⁴⁷².

Se trata, pues, del ejercicio de alguno de los atributos -o, mejor, manifestaciones- del derecho de propiedad, con vistas o preordenado a que la víctima o víctimas lleven a cabo uno o más actos de naturaleza sexual.

⁴⁶⁸ Vid. Doc. PCNICC/2000/1/Add. 2, de 2 de noviembre de 2000, artículo 8.2 e) vi-1, elementos 1 y 2.

La Nota a pie de página 62, de igual redacción que la Nota a pie de página 50, señala que “*el concepto de <<invasión>> se utiliza en sentido amplio, para que resulte neutro en cuanto al género*”; y, a su vez, la Nota a pie de página 63, de contenido idéntico a la Nota a pie de página 51, y aplicable a los elementos correspondientes del artículo 8.2 e) vi-3, 5 y 6, dispone que “*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*”.

⁴⁶⁹ *Ibidem*, artículo 8.2 e) vi-2. “*Crimen de guerra de esclavitud sexual*”. Según la Nota a pie de página 64, similar a la Nota a pie de página 52, “*habida cuenta de la complejidad de la naturaleza de este crimen, se reconoce que en su comisión podría participar más de un autor, como parte de un propósito criminal común*”; PIGNATELLI Y MECA, F., “*El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra*”, ob. cit., pág. 370.

⁴⁷⁰ *Ibidem*, págs. 334 y 335.

⁴⁷¹ Vid. Doc. PCNICC/2000/1/Add. 2, de 2 de noviembre de 2000, artículo 8.2 e) vi-2, elemento 1. Según la Nota a pie de página 65, idéntica a la Nota a pie de página 53, “*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*”.

⁴⁷² *Ibidem*, artículo 8.2 e) vi-2, elemento 2.

Las manifestaciones del dominio que se enumeran -compra, venta, préstamo, trueque, etc.- lo son a título meramente ejemplificativo, como se desprende de la frase “o imponerles algún tipo similar de privación de la libertad”, y constituyen, realmente, modalidades de detención ilegal, puesto que se priva al sujeto pasivo, con finalidad onerosa o gratuitamente, de su posibilidad de trasladarse de un lugar según su voluntad, coartando su libre albedrío en la proyección exterior y física de su persona.

Por *acto de naturaleza sexual* debe entenderse no solo la conducta de imposición violenta o intimidatoria de relaciones o contactos sexuales, sino el impedimento al ejercicio de la libertad sexual de la víctima por el prevalimiento de un entorno coercitivo o de una situación de superioridad manifiesta del agente, con aprovechamiento de tales circunstancias fácticas para obtener un consentimiento viciado de la víctima para llevar a cabo aquellas relaciones o contactos.

El objeto o finalidad última de la privación de la libertad ambulatoria, entendida como la facultad del sujeto pasivo de fijar libremente su situación espacial, es obligar a la víctima a la realización de uno o varios actos de naturaleza sexual, entendiendo por tales la prestación de servicios de naturaleza sexual, ya sea a título lucrativo o gratuito, si bien del tenor del precepto parece que toda la conducta vendrá, habitualmente, inspirada por un móvil económico o de enriquecimiento del autor o autores.

iii. Crimen de guerra de prostitución forzada⁴⁷³

*Este precepto es igual que el contenido en el artículo 8.2 b) xxii-3, con excepción de la circunstancia de contexto*⁴⁷⁴.

El *comportamiento típico* consiste en que el autor haga que una o más personas realicen 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 consentimiento⁴⁷⁵, siempre que el autor u otra persona obtengan o esperen obtener ventajas pecuniarias o de otro tipo a cambio de los actos de naturaleza sexual o en relación con ellos⁴⁷⁶.

Se trata, pues, de una incriminación que se endereza exclusivamente a la salvaguardia de la libertad sexual en detrimento de prejuicios ético-morales que pudieran inspirar las regulaciones del Convenio IV de 1949 y del Protocolo I Adicional de 1977.

Entendida aquí la *prostitución*, concepto nuclear de este tipo criminal, como una actividad, ejercida con cierta nota de cotidianidad o habitualidad, consistente en la prestación de servicios de naturaleza sexual verificada a cambio de una remuneración, contraprestación o ventaja de contenido ya pecuniario o económico, ya de cualquier otra índole distinta pero que implique la obtención de una ventaja por el agente, o, incluso, a cambio de la simple esperanza de este de obtener una prestación o ventaja de cualquiera de aquellos tipos que fuere, la nota característica de concurrencia precisa para integrar la figura típica consiste en la determinación al ejercicio de la prostitución o al mantenimiento en la misma mediante el empleo de la violencia o intimidación o por el prevalimiento de un entorno coercitivo o situación de superioridad manifiesta del agente, con aprovechamiento de tales circunstancias fácticas para obtener el consentimiento viciado de la víctima, debiendo entenderse que una persona es incapaz de dar su libre y voluntario consentimiento si sufre una incapacidad natural, inducida o debida a la edad; se trata, por consiguiente, de medios típicos alternativos que determinan que el sujeto pasivo ejerza la prostitución o permanezca en ella por

⁴⁷³ *Ibidem*, artículo 8.2 e) vi-3. “Crimen de guerra de prostitución forzada”; PIGNATELLI Y MECA, F., “El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra”, ob. cit., pág. 371.

⁴⁷⁴ *Ibidem*, págs. 335 a 337.

⁴⁷⁵ *Vid.* Doc. PCNICC/2000/1/Add. 2, de 2 de noviembre de 2000, artículo 8.2 e) vi-3, elemento 1. La Nota a pie de página 63 es aplicable a este elemento.

⁴⁷⁶ *Ibidem*, artículo 8.2 e) vi-3, elemento 2.

consecuencia bien de la compulsión existencial que padece por una situación de temor consecuente al empleo por el agente de medios coactivos o por una situación de vulnerabilidad consecuente a su inserción en un entorno coercitivo -al que no puede ser ajena la situación de pobreza-, bien de un consentimiento *prima facie* viciado por la incapacidad del sujeto pasivo para emitirlo libre y voluntariamente, ya por hallarse, al momento de hacerlo, privado de sentido o en situación de trastorno mental, ya porque su edad no permita inferir un consentimiento libre y voluntario.

iv. Crimen de guerra de embarazo forzado⁴⁷⁷

Este precepto es absolutamente igual, salvado el elemento o circunstancia de contexto, que el configurado en el artículo 8.2 b) xxii-4⁴⁷⁸.

Integra la *acción típica* el hecho de que el autor confine a una o más mujeres que hayan quedado embarazadas por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otra infracción grave del Derecho internacional⁴⁷⁹.

Es ésta una de las más execrables modalidades que puede revestir la atroz práctica de la *depuración étnica*, cuyo sujeto pasivo solo puede serlo la *mujer*, por obvias razones; el precepto remite, para conceptualizar el embarazo forzado, al apartado f) del párrafo 2 del artículo 7 del Estatuto, a cuyo tenor “*por <<embarazo forzado>> se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo*”.

La definición que se ofrece de la conducta típica en los Elementos de los Crímenes reproduce, como no podía ser de otro modo, el texto del artículo 7.2 f) del Estatuto, si bien con bastante poca fortuna, ya que se ha omitido la referencia a que el confinamiento sea ilícito, circunstancia que debe concurrir obligadamente, pues, de lo contrario, nos hallaríamos ante la violación del artículo 8.2 e) vi-1.

Se trata de un delito *pluriofensivo*, ya que en el mismo se atenta tanto contra la libertad ambulatoria de la mujer a la que se confina, es decir, a la que ilegalmente se encierra o detiene, privándole de su facultad de trasladarse libremente de un lugar a otro, como contra la libertad sexual de dicha mujer, a la que se viola -no otra cosa significa la frase “*a la que se ha dejado embarazada por la fuerza*”- hasta dejarla encinta.

A nadie escapa lo polémico del precepto, si bien el último párrafo de la definición que del embarazo forzado ofrece el artículo 7.2 f) del Estatuto vino a tratar de reconducir las encontradas posiciones que se pusieron de manifiesto en la Conferencia Diplomática.

El *sujeto pasivo* aparece cualificado por la circunstancia de que solo puede ser *una o varias mujeres*. Es predicable del *sujeto activo* la nota de *pluralidad y propósito común*; habitualmente será distinto el autor de la violación y el autor o alguno de los autores -o mejor partícipes- del confinamiento, ya que éste se prolongará en el tiempo al menos durante todo el plazo de gestación hasta el alumbramiento.

El *dolo específico* que ha de inspirar la actuación de todos los partícipes en este crimen de guerra viene recogido en la definición de embarazo forzado y consiste en la intención de modificar la composición étnica de una población o cometer otra infracción grave del Derecho internacional.

v. Crimen de guerra de esterilización forzada⁴⁸⁰

⁴⁷⁷ *Ibidem*, artículo 8.2 e) vi-4. “*Crimen de guerra de embarazo forzado*”; PIGNATELLI Y MECA, F., “*El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra*”, ob. cit., pág. 371.

⁴⁷⁸ *Ibidem*, págs. 337 y 338.

⁴⁷⁹ *Vid.* Doc. PCNICC/2000/1/Add. 2, de 2 de noviembre de 2000, artículo 8.2 e) vi-4, elemento 1.

⁴⁸⁰ *Ibidem*, artículo 8.2 e) vi-5. “*Crimen de guerra de esterilización forzada*”; PIGNATELLI Y MECA, F., “*El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra*”, ob. cit., págs. 371 y 372.

Salvada la circunstancia o elemento de contexto, estamos ante un precepto igual al contenido en el artículo 8.2 b) xxii-5⁴⁸¹.

El *comportamiento típico* consiste en que el autor prive a una o más personas de la capacidad de reproducción biológica⁴⁸², siempre y cuando la conducta no haya tenido justificación en un tratamiento médico u hospitalario de la víctima o víctimas ni se haya llevado a cabo con su libre consentimiento⁴⁸³.

Se trata de una medida de control de la natalidad que se constituye como crimen de guerra autónomo en razón de la execrabilidad que esta conducta supone.

La privación de la capacidad de reproducción biológica de la víctima, con independencia de su género, debe tener carácter *permanente* para que se integre el tipo delictivo, de manera que no puede subsumirse en la conducta típica la práctica de cualquier otra medida de control de la natalidad que no tenga efectos o consecuencias efectivas permanentes, en el sentido de irreversibles.

Como causas de justificación previstas en los Elementos de los Crímenes aparecen las de que la conducta no venga exigida o justificada por un tratamiento médico u hospitalario del sujeto pasivo o por su libre consentimiento; la concurrencia de cualquiera de ellas determina, *ope legis*, la falta de antijuridicidad de la conducta y su consecuente impunidad.

vi. Crimen de guerra de violencia sexual⁴⁸⁴

Este precepto es, salvado el elemento o circunstancia de contexto, absolutamente idéntico al contenido en el artículo 8.2 b) xxii-6⁴⁸⁵.

La *acción típica* consiste en que el autor realice un acto de naturaleza sexual contra una o más personas o haga que esa o esas personas realicen un acto de naturaleza sexual por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el miedo a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas o contra otra o aprovechando un entorno de coacción o la incapacidad de esa o esas personas de dar su libre consentimiento⁴⁸⁶, siempre que la conducta tenga una gravedad comparable a la de una infracción grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra⁴⁸⁷ y que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que determinaban la gravedad de su conducta⁴⁸⁸.

Es, en suma, una conducta que, salvo en la exigencia de la penetración, que no puede concurrir aquí, resulta prácticamente idéntica a la que integra el crimen de guerra de violación del artículo 8.2 e) vi-1. El acto de naturaleza sexual que aquí se castiga es la imposición violenta o intimidatoria de relaciones o contactos sexuales que no incluyan la penetración, ya sea vaginal, anal o bucal, con un órgano sexual del autor o de la víctima, así como el impedimento al ejercicio de la libertad sexual de la víctima por el prevalimiento o aprovechamiento por el agente de un entorno de

⁴⁸¹ *Ibidem*, págs. 338 y 339.

⁴⁸² *Vid.* Doc. PCNICC/2000/1/Add. 2, de 2 de noviembre de 2000, artículo 8.2 e) vi-5, elemento 1. La Nota a pie de página 66 es de redacción idéntica a la Nota a pie de página 54, y dispone que “*este acto no incluye las medidas de control de la natalidad que no tengan un efecto permanente en la práctica*”. La Nota a pie de página 63 es aplicable a este elemento.

⁴⁸³ *Ibidem*, artículo 8.2 e) vi-5, elemento 2. El texto de la Nota a pie de página 67, igual al de la Nota a pie de página 55, afirma que “*se entiende que la expresión <<libre consentimiento>> no comprende el consentimiento obtenido mediante engaño*”. La Nota a pie de página 63 es aplicable a este elemento.

⁴⁸⁴ *Ibidem*, artículo 8.2 e) vi-6. “*Crimen de guerra de violencia sexual*”; PIGNATELLI Y MECA, F., “*El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra*”, ob. cit., pág. 372.

⁴⁸⁵ *Ibidem*, págs. 339 a 341.

⁴⁸⁶ *Ibidem*, pág. 372; Doc. PCNICC/2000/1/Add. 2, de 2 de noviembre de 2000, artículo 8.2 e) vi-6, elemento 1. La Nota a pie de página 63 es aplicable a este elemento.

⁴⁸⁷ *Ibidem*, artículo 8.2 e) vi-6, elemento 2 -“*que la conducta haya tenido una gravedad comparable a la de una infracción grave de los Convenios de Ginebra*”-. Más concretamente, según resulta del texto del artículo 8.2 e) vi del Estatuto, la conducta ha de constituir “*también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra*”.

⁴⁸⁸ *Ibidem*, artículo 8.2 e) vi-6, elemento 3.

coacción o de una situación de incapacidad del sujeto pasivo de dar su libre consentimiento, sirviéndose de tales circunstancias para obtener un consentimiento viciado del sujeto pasivo para llevar a cabo aquellas relaciones o contactos.

g. Crimen de guerra de utilizar, reclutar o alistar niños⁴⁸⁹

Se trata de un crimen de guerra esencialmente idéntico al castigado en el artículo 8.2 b) xxvi del Estatuto, con la salvedad, y la adaptación de la conducta típica, del contexto de conflicto armado de índole no internacional en que ésta ha de tener lugar⁴⁹⁰.

El artículo 4.3 c) del Protocolo II Adicional de 8 de junio de 1977 previene que “los niños menores de quince años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades”. Ni el artículo 38.2 y 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ni los artículos 1, 2, 3.1 y 4.1, todos ellos del Protocolo Facultativo de dicha Convención de 25 de mayo de 2000, relativo a la participación de niños en los conflictos armados, han mejorado, en cuanto a la edad, la previsión de 1977⁴⁹¹.

Consiste la conducta típica en que el actor reclute o aliste a una o más personas menores de 15 años en las fuerzas armadas o grupos o las utilice para participar activamente en las hostilidades, siempre que el haya sabido o debiera haber sabido que se trataba de menores de quince años⁴⁹².

Aparece cualificado el sujeto pasivo, necesariamente, por haber de tener, siempre, una edad inferior a quince años, con independencia de su sexo; se trata, pues, de un elemento objetivo del tipo de carácter positivo cuya apreciación resulta inexcusable para entender consumada la conducta típica, determinando su no concurrencia la falta de antijuridicidad de esta y su consiguiente impunidad⁴⁹³.

La acción típica puede configurarse, con carácter mixto alternativo, por el hecho de reclutar o alistar o por el de utilizar para participar activamente en las hostilidades a menores de quince años. Los términos reclutar o alistar se emplean, a su vez, alternativamente, de manera que deben entenderse no como sinónimos sino como significativos, el primero, de la conscripción o la leva forzosas, mientras que el alistamiento supone una actuación voluntaria, es decir, el enrolamiento o enganche que, facultativamente, puede toda persona que lo desee llevar a cabo; cualquiera de las acciones que cada uno de tales términos comprende integrará el tipo delictivo.

En segundo lugar, se conjuga la acción típica por el hecho de utilizar a menores de quince años para participar activamente en las hostilidades. La exigencia de participación activa en las hostilidades no debe restringirse o limitarse al combate en sí, sino que puede abarcar todo tipo de actuaciones previas, simultáneas y posteriores a éste, en actividades ligadas al mismo como, a título de mero ejemplo, el espionaje, el sabotaje o las comunicaciones. En todo caso, la exigencia de que se haya utilizado a los menores implica que la participación activa, así entendida, de estos en las hostilidades ha de haberse producido efectivamente.

⁴⁸⁹ Vid. ZIMMERMANN, A., “(vii) Recruitment of children” en “Article 8. War crimes”, ob. cit., pág. 280; PIGNATELLI Y MECA, F., “El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra”, ob. cit., págs. 372 y 373; Doc. PCNICC/2000/1/Add. 2, de 2 de noviembre de 2000 -artículo 8.2 e) vii. “Crimen de guerra de utilizar, reclutar o alistar niños”-.

⁴⁹⁰ Vid. PIGNATELLI Y MECA, F., “El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra”, ob. cit., págs. 348 a 350.

⁴⁹¹ *Ibidem*, pág. 373.

⁴⁹² Vid. Doc. PCNICC/2000/1/Add. 2, de 2 de noviembre de 2000, artículo 8.2 b) xxvi, elementos, 1, 2 y 3.

⁴⁹³ *Ibidem*, artículo 8.2 b) xxvi, elemento 2 -“que esa o esas personas hayan sido menores de 15 años”-.

La diferencia con la actuación prevista en el artículo 8.2 b) xxvi es, como no podía ser de otra forma dada la naturaleza del conflicto en que ha de llevarse a cabo la conducta de mérito, que la recluta o el alistamiento han de tener lugar no en las “*fuerzas armadas nacionales*”, sino en “*fuerzas armadas o grupos*”, es decir, ya se trate de las fuerzas armadas gubernamentales o de las disidentes o de los grupos armados organizados a que se hace referencia en el artículo 8.2 f) del Estatuto, en relación con el artículo 1.1 del Protocolo II Adicional de 1977, que hace mención de las fuerzas armadas de una Alta Parte contratante y las fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados⁴⁹⁴.

En cualquiera de las modalidades en que se lleve a cabo la acción típica, se trata de un crimen de resultado material, pues se exige para la consumación del tipo, que efectivamente se haya llevado a cabo la recluta, el alistamiento o la participación activa en las hostilidades de un menor de quince años.

La exigencia de que el autor “*haya sabido o debiera haber sabido que se trataba de menores de 15 años*” significa que se reconoce el eventual efecto del error de hecho, es decir, de tipo, que recae sobre un hecho o elemento constitutivo de la infracción penal que cualifica esta, si bien el eventual error vencible sobre este elemento objetivo del tipo habría de ser tenido en cuenta a la hora de individualizar la pena.

*h. Crimen de guerra de desplazar a personas civiles*⁴⁹⁵

Se trata de un tipo delictivo que guarda cierta identidad, aunque no esencial, con el configurado artículo 8.2 b) viii del Estatuto y que viene a incriminar la conculcación de las prescripciones del artículo 17 del Protocolo II Adicional, que, bajo la rúbrica “*prohibición de los desplazamientos forzados*”, dispone, en su párrafo 1, que “*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*”, añadiendo, en su párrafo 2, que “*no se podrá forzar a las personas civiles a abandonar su propio territorio por razones relacionadas con el conflicto*”. Obviamente, este precepto trae su origen del artículo 49 del Convenio IV de Ginebra de 1949.

La finalidad del precepto es la de evitar las prácticas de *depuración étnica*, habiendo puesto de manifiesto la lamentable realidad de recientes conflictos armados internos la virtualidad del mismo.

Consiste el *comportamiento típico* en que el autor ordene el desplazamiento de una población civil, siempre que la orden no esté justificada por la seguridad de las personas civiles de que se trate o por razones militares⁴⁹⁶, razones que han de ser imperativas.

Dado el contexto de conflicto armado de índole no internacional en que ha de llevarse a cabo la conducta típica, y aunque la prohibición contenida en este precepto es similar a la del artículo 8.2 b) viii, resulta irrelevante, a efectos de integración del ilícito de que se trata, que el territorio desde el que se desplace a la población civil esté o no ocupado, o, mejor, controlado, por la parte contendiente a que pertenezca el autor o por la adversa a aquella.

Se trata de un crimen de *simple actividad*, ya que basta con que el sujeto activo emita la orden de que se desplace a la población civil para que se consume el tipo penal

⁴⁹⁴ Vid. PIGNATELLI Y MECA, F., “*El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra*”, ob. cit., pág. 373.

⁴⁹⁵ Vid. ZIMMERMANN, A., “(viii) Prohibition of forced movement of civilians” en “*Article 8. War crimes*”, ob. cit., págs. 280 a 282; PIGNATELLI Y MECA, F., “*El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra*”, ob. cit., págs. 373 a 375; Doc. PCNICC/2000/1/Add. 2, de 2 de noviembre de 2000 -artículo 8.2 e) viii. “*Crimen de guerra de desplazar a personas civiles*”-.

⁴⁹⁶ *Ibidem*, artículo 8.2 e) viii, elementos 1 y 2.

de que se trata, sin que resulte preciso para ello que el desplazamiento llegue a producirse efectivamente.

Como elementos objetivos del tipo de carácter negativo se insertan en el texto del precepto, con carácter mixto alternativo, las circunstancias de que la orden no haya estado justificada por la seguridad de las personas civiles de que se trate, o bien que no haya estado justificada por razones militares imperativas⁴⁹⁷, determinando, de manera indefectible, la concurrencia de una cualquiera de ambas causas de justificación la falta de antijuridicidad de la conducta y su consecuente impunidad; la orden habrá de estar, pues, relacionada con razones ajenas, en general, al desarrollo de las hostilidades.

Mientras que en el *sujeto activo* ha de concurrir la circunstancia cualificante de estar en situación de causar el desplazamiento mediante la orden⁴⁹⁸, es decir, ocupar una situación de mando o control efectivos, o lo que pudiéramos llamar una *posición de garante*, en el *sujeto pasivo*, ha de concurrir la circunstancia cualificante de ser *plural*, pues tanto del texto del precepto como de los Elementos de los Crímenes resulta que se exige que la acción típica recaiga sobre una población civil, haciéndose también referencia a la seguridad de las personas civiles de que se trate⁴⁹⁹.

*i. Crimen de guerra de matar o herir a traición*⁵⁰⁰

Es este crimen sustancialmente idéntico, a salvo la circunstancia de contexto, al que se cobija en el artículo 8.2 b) xi del Estatuto⁵⁰¹.

*Consiste el comportamiento típico en que el autor se gane, con la intención de traicionarla, la confianza de una o más personas pertenecientes a una parte enemiga y les haga creer que tienen derecho a protección o que él está obligado a protegerlas en virtud de las normas del Derecho internacional aplicable a los conflictos armados, y que, aprovechando la confianza que se haya ganado, dé muerte o hiera a esa persona o personas*⁵⁰².

La prohibición general de la perfidia se contiene en el artículo 37.1 del Protocolo I, a cuyo tenor *“queda prohibido matar, herir o capturar a un adversario valiéndose de medios pérfidos. 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”*.

Se trata de un crimen *de resultado material*, ya que para que el tipo penal se consume es preciso que el agente haya dado muerte o herido a la víctima, describiéndose, en su estructura típica y en los Elementos de los Crímenes, la forma o medio comisivo de aquél -a traición, es decir, ganándose la confianza de la víctima, con intención de traicionarla, para, una vez ganada, prevalerse de ella a fin de matarla o hierla-.

El *dolo específico* consiste en la intención y voluntad del autor de matar o herir a la víctima, tratando, para lograr tal propósito, de ganarse la confianza de ésta, haciéndole

⁴⁹⁷ Vid. Doc. PCNICC/2000/1/Add. 2, de 2 de noviembre de 2000, artículo 8.2 e) viii, elemento 2. En este Elemento de los Crímenes se omite, inexplicablemente, la exigencia, indeclinable, que figura en el texto del precepto, de que las razones militares sean *“imperativas”*, omisión que ya se observaba en el texto del Doc. PCNICC/2000/INF/3/Add. 2, de 6 de julio de 2000.

⁴⁹⁸ *Ibidem*, artículo 8.2 e) viii, elemento 3.

⁴⁹⁹ Vid. PIGNATELLI Y MECA, F., *“El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra”*, ob. cit., pág. 375.

⁵⁰⁰ Vid. ZIMMERMANN, A., *“(ix) Prohibition of perfidy”* en *“Article 8. War crimes”*, ob. cit., págs. 282 y 283; PIGNATELLI Y MECA, F., *“El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra”*, ob. cit., págs. 375 y 376; Doc. PCNICC/2000/1/Add. 2, de 2 de noviembre de 2000 -artículo 8.2 e) ix. *“Crimen de guerra de matar o herir a traición”*-.

⁵⁰¹ *Ibidem*, artículo 8.2 e) ix, elementos 1, 2, 3, 4 y 5. La redacción dada al elemento 1 en el Doc. PCNICC/2000/1/Add. 2, de 2 de noviembre de 2000, con el empleo de la frase *“uno o más combatientes adversarios”*, resulta defectuosa y redundante, ya que el elemento 5 exige que la víctima *“haya pertenecido a una parte adversa”*, siendo mucho más adecuada la redacción que obraba en el Doc. PCNICC/2000/INF/3/Add. 2, de 6 de julio de 2000.

⁵⁰² *Ibidem*, artículo 8.2 b) xi, elementos 1, 2, 3, 4 y 5.

creer que tiene derecho a protección o que el autor viene obligado a protegerla para, una vez ganada dicha confianza, y aprovechándose o prevaliéndose de ella, herir o dar muerte al sujeto pasivo; no obstante, basta con que el autor sea consciente de que, en el curso normal de los acontecimientos, la muerte o la herida se producirían, por lo que para la consumación de este crimen basta con que el resultado lesivo o letal se produzca a título de dolo eventual.

j. *Crimen de guerra de no dar cuartel*⁵⁰³

Salvada la circunstancia de contexto, es este precepto idéntico al contenido en el artículo 8.2 b) xii del Estatuto.

La *actuación típica* consiste en que el autor dé una orden o haga una declaración en el sentido de que no haya supervivientes, para amenazar a un adversario o para proceder a las hostilidades de manera de que no queden sobrevivientes. La conducta típica puede, pues, revestir dos modalidades o formas, a saber, la de una orden emitida por el autor o la de una declaración hecha por éste.

Ha de concurrir en el *sujeto activo* la circunstancia cualificante de hallarse, al momento de dar o emitir la orden o hacer o formular la declaración, en una *posición de garante*, es decir, en una situación de mando y control efectivos respecto a los subordinados a los que dirija la orden o declaración⁵⁰⁴.

Se trata de un crimen *de simple actividad*, pues basta para que se consume con que el actor, hallándose en la posición de garante que implica la situación de mando o control efectivos antedicha, dirija a sus subordinados una orden o formule una declaración de que no queden supervivientes.

Las formas o medios comisivos de esta figura delictiva vienen descritos en los Elementos de los Crímenes (dar una orden, hacer una declaración).

El *dolo específico* que, al dar la orden o hacer la declaración, ha de concurrir puede ser, alternativamente, el propósito del autor de amenazar simplemente al adversario o el de conducir efectivamente las hostilidades o proceder a ellas no dando cuartel⁵⁰⁵.

k. *Crimen de guerra de sometimiento a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos no justificados*⁵⁰⁶

Se trata de un crimen de guerra *complejo*, en los términos previstos en el párrafo 9 de la “*Introducción general*” a los Elementos de los Crímenes, e idéntico, excepción hecha de la circunstancia concerniente al contexto en que el mismo ha de llevarse a cabo, al configurado en el artículo 8.2 b) x del Estatuto, en el que se incriminan las dos figuras delictivas que, a continuación, se analizan⁵⁰⁷.

En ambos crímenes, el *sujeto pasivo* ha de hallarse cualificado por la circunstancia de hallarse en poder de otra parte en el conflicto⁵⁰⁸.

Se trata de sendos delitos *de resultado material*, ya que la conducta típica ha de haber causado la muerte a la víctima o víctimas, o, en su defecto, ha de haber puesto en grave peligro su salud -o su integridad, en el segundo subtipo- física o mental⁵⁰⁹.

⁵⁰³Vid. ZIMMERMANN, A., “(x) Quarter”, en “Article 8. War crimes”, ob. cit., pág. 283; PIGNATELLI Y MECA, Fernando: “El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra”, ob. cit., pág. 376; Doc. PCNICC/2000/1/Add. 2, de 2 de noviembre de 2000 -artículo 8.2 e) x. “Crimen de guerra de no dar cuartel”-.

⁵⁰⁴ Vid. PIGNATELLI Y MECA, F., “El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra”, ob. cit., págs. 376; Doc. PCNICC/2000/1/Add. 2, de 2 de noviembre de 2000, artículo 8.2 e) x, elemento 3.

⁵⁰⁵ *Ibidem*, artículo 8.2 b) xii, elemento 2.

⁵⁰⁶ Vid. ZIMMERMANN, A., “(xi) Prohibition of physical mutilations”, en “Article 8. War crimes”, ob. cit., pág. 283; PIGNATELLI Y MECA, F., “El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra”, ob. cit., págs. 376 a 378; Doc. PCNICC/2000/1/Add. 2, de 2 de noviembre de 2000 -artículo 8.2 e) xi. “Crimen de guerra de sometimiento a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos no justificados”-.

⁵⁰⁷ Vid. PIGNATELLI Y MECA, F., “El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra”, ob. cit., pág. 376.

⁵⁰⁸ *Ibidem*, pag. 377; PCNICC/2000/1/Add. 2, de 2 de noviembre de 2000, artículo 8.2 e) xi-1, elemento 4 y artículo 8.2 e) xi-2, elemento 4.

La concurrencia, en cualquiera de ambos supuestos, del elemento negativo del tipo o causa de justificación consistente en que la conducta no haya estado justificada en razón del tratamiento médico, dental u hospitalario del sujeto pasivo ni se haya llevado a cabo en su interés, determinará, fatalmente, la falta de antijuridicidad de la conducta y su consecuente impunidad⁵¹⁰.

i. Crimen de guerra de mutilaciones⁵¹¹

Salvada la circunstancia de contexto, el delito de que se trata es idéntico al contenido en el artículo 8.2 b) x-1, y semejante al que se configura en el artículo 8.2 c) i-2, ambos del Estatuto de Roma, si bien en el que se comenta no se exige que el resultado sea, tan solo, el de la muerte de la víctima o víctimas, pudiendo el mismo consistir, alternativamente, en la puesta en grave peligro de la salud física o mental del sujeto o sujetos pasivos, lo que viene a homologar al ilícito criminal de que se trata con el que se conmina en el artículo 8.2 b) x-1 -para integrar el tipo configurado en el artículo 8.2 c) i-2 no ha de darse, como resultado de la mutilación, ni la muerte de la víctima ni la colocación o puesta de la salud física o mental de esta en grave peligro-.

La acción típica consiste en que el autor mutila a una o más personas que estén en poder de otra parte en el conflicto, en particular desfigurándolas o incapacitándolas permanentemente o les extirpe un órgano o ampute un miembro, siempre que tal conducta cause la muerte a esa persona o personas o ponga en grave peligro su salud física o mental y no esté justificada en razón del tratamiento médico, dental u hospitalario de esa persona o personas ni se lleve a cabo en su interés⁵¹².

ii. Crimen de guerra de someter a experimentos médicos o científicos⁵¹³

Es un crimen de guerra idéntico, excepción hecha de la circunstancia de contexto, al que se configura en el artículo 8.2 b) x-2 del Estatuto.

Se integra el comportamiento típico por el hecho de que el autor someta a una o más personas que estén en poder de otra parte en el conflicto a un experimento médico o científico, siempre que éste cause la muerte de esa persona o personas o ponga en grave peligro su salud o integridad física o mental y que tal conducta no esté justificada en razón del tratamiento médico, dental u hospitalario de esa persona o personas ni se lleve a cabo en su interés⁵¹⁴.

l. Crimen de guerra de destruir o apoderarse de bienes del enemigo⁵¹⁵

⁵⁰⁹ Vid. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: “El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra”, ob. cit., pág. 377; Doc. PCNICC/2000/1/Add. 2, de 2 de noviembre de 2000, artículo 8.2 e) xi-1, elemento 2 y artículo 8.2 e) xi-2, elemento 2.

⁵¹⁰ Vid. PIGNATELLI Y MECA, Fernando “El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra”, ob. cit., pág. 377; Doc. PCNICC/2000/1/Add. 2, de 2 de noviembre de 2000, artículo 8.2 e) xi-1, elemento 3 y artículo 8.2 e) xi-2, elemento 3. La Nota a pie de página 68, aplicable a ambos elementos y sustancialmente idéntica a la Nota a pie de página 46, dispone que “el consentimiento no es una exigencia de este crimen. La disposición sobre este crimen prohíbe todo procedimiento médico que no sea indicado por el estado de salud de la persona afectada y que no esté de acuerdo con las normas médicas generalmente aceptadas que se aplicarían en circunstancias médicas análogas a personas que sean nacionales de la parte que realiza el procedimiento y que no estén en modo alguno privadas de su libertad”.

⁵¹¹ Vid. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: “El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra”, ob. cit., pág. 377; Doc. PCNICC/2000/1/Add. 2, de 2 de noviembre de 2000 -artículo 8.2 e) xi-1. “Crimen de guerra de mutilaciones”-.

⁵¹² *Ibidem*, artículo 8.2 e) xi-1, elementos 1, 2, 3 y 4.

⁵¹³ Vid. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: “El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra”, ob. cit., pág. 378; Doc. PCNICC/2000/1/Add. 2, de 2 de noviembre de 2000 -artículo 8.2 e) xi-2. “Crimen de guerra de someter a experimentos médicos o científicos”-.

⁵¹⁴ *Ibidem*, artículo 8.2 e) xi-2, elementos 1, 2, 3 y 4.

⁵¹⁵ Vid. ZIMMERMANN, Andreas: “(xii) Prohibited destruction”, en “Article 8. War crimes”, ob. cit., págs. 283 y 284; PIGNATELLI Y MECA, Fernando: “El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra”, ob. cit., págs. 378 a 380; Doc. PCNICC/2000/1/Add. 2, de 2 de noviembre de 2000 -artículo 8.2 e) xii. “Crimen de guerra de destruir bienes del enemigo o apoderarse de bienes del enemigo”-.

Viene este a ser un crimen esencialmente idéntico, salvada la circunstancia de contexto, al que se cobija en el artículo 8.2 b) xiii del Estatuto.

La referencia que en los Elementos de los Crímenes se hace al “*enemigo*” y a la “*parte enemiga*” no es coherente, desde el punto de vista meramente gramatical, que no sustantivo, con el texto del artículo 8.2 e) xiii del Estatuto, y deberían ser sustituidas por “*adversario*” y “*parte adversa*”, respectivamente⁵¹⁶.

Consiste la *acción típica* en que el autor destruya o se apodere de un bien que sea de propiedad del adversario, siempre que aquel esté protegido de la destrucción o apropiación en virtud del Derecho internacional de los conflictos armados, que el autor sea consciente de las circunstancias que establezcan la condición de dicho bien y que la destrucción o el apoderamiento o apropiación no estén justificadas por necesidades militares imperativas⁵¹⁷.

Respecto a los conflictos armados no internacionales tan solo en el artículo 14 del Protocolo II Adicional de 1977 se veda, como método de guerra, hacer padecer hambre a las personas civiles, proscribiéndose, en consecuencia, entre otros actos, destruir o sustraer con ese fin los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, prohibiéndose, a su vez, en el artículo 16 de dicho Instrumento cometer actos de hostilidad contra los bienes culturales y los lugares de culto, añadiéndose en el artículo 4 de la Convención de La Haya de 14 de mayo de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado que las Partes en ella se comprometen a prohibir, impedir y hacer cesar cualquier acto de robo, pillaje, ocultación o apropiación de bienes culturales, bajo cualquier forma que se practique, así como todos los actos de vandalismo respecto de tales bienes.

Es de reseñar que el Segundo Protocolo de la Convención de 1954, de 26 de marzo de 1999 -que fue, muy probablemente, fruto del innegable *fracaso* que, en materia de protección penal de los bienes culturales, supuso el Estatuto de la CPI de 1998, que, a la vista de la tenaz oposición de ciertas Potencias, ni siquiera pudo referirse a la denominación de *bienes culturales y lugares de culto* que ofrece la Convención de La Haya de 14 de mayo de 1954-, proclama, en su artículo 22.1, único que integra el Capítulo 5 de dicho Instrumento -bajo la rúbrica “*conflictos armados de carácter no internacional*”-, que “*el presente Protocolo se aplicará en caso de conflicto armado que no tenga carácter internacional y que se haya producido en el territorio de una de las Partes*”⁵¹⁸, estipulando, a efectos de la protección penal de tales bienes, el artículo 15 de dicho tratado, bajo la rúbrica “*violaciones graves del presente Protocolo*”, que “*1. Cometerá una infracción en el sentido de este Protocolo toda persona que, deliberadamente y en violación de la Convención o del presente Protocolo, realice uno de los siguientes actos: a) hacer objeto de un ataque a un bien cultural bajo protección reforzada; b) utilizar los bienes culturales bajo protección reforzada o sus alrededores inmediatos en apoyo de acciones militares; c) causar destrucciones importantes en los bienes culturales protegidos por la Convención y el presente Protocolo o apropiárselos a gran escala; d) hacer objeto de un ataque a un bien cultural protegido por la Convención y el presente Protocolo; e) robar, saquear o hacer un uso indebido de los bienes culturales protegidos por la Convención, y perpetrar actos de vandalismo contra ellos. 2. Cada Parte adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar*

⁵¹⁶ Vid. ZIMMERMANN, A., “(XII) Prohibited destrucción”, ob. cit., pág. 284; Doc. PCNICC/2000/1/Add. 2, de 2 de noviembre de 2000, artículo 8.2 e) xii, rúbrica y elemento 2.

⁵¹⁷ *Ibidem*, artículo 8.2 e) xii, elementos 1, 2, 3, 4 y 5.

⁵¹⁸ Sobre esta cuestión, *vid.*, en extenso, PIGNATELLI Y MECA, F., “*El Segundo Protocolo de la Convención de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, hecho en La Haya el 26 de marzo de 1999*”. Revista Española de Derecho Militar, número 77, enero-junio de 2001; PIGNATELLI Y MECA, F., “*La protección de los bienes culturales en los conflictos armados*”, en “*La lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales*”. Subdirección General de Publicaciones, Información y Documentación de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Cultura, Madrid, 2007; PIGNATELLI Y MECA, F., “*La protección penal de los bienes culturales y lugares de culto en caso de conflicto armado*”, ob. cit., págs. 927 a 930.

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”.

*m. Crimen de guerra de emplear veneno o armas envenenadas*⁵¹⁹

El crimen de guerra de emplear veneno o armas envenenadas en los conflictos armados de carácter no internacional ha sido añadido al Estatuto de Roma, como hemos adelantado, en la Conferencia de Revisión del Estatuto de la CPI celebrada en Kampala del 31 de mayo al 11 de junio de 2010⁵²⁰ y es, salvada la circunstancia de contexto, un crimen idéntico al que se configura en el artículo 8.2 b) xvii del Estatuto⁵²¹.

Se integra la *acción típica* por el hecho de que el autor emplee una sustancia, o un arma que descargue una sustancia como resultado de su uso, que haya sido o sea tal que, en el curso normal de los acontecimientos, cause la muerte o un daño grave para la salud por sus propiedades tóxicas; el veneno puede, pues, utilizarse directamente -esparciéndolo en el agua potable, introduciéndolo en los alimentos, etc.- o bien a través de un arma, de cualquier tipo, que lo inocule o descargue⁵²².

Se trata de un delito *de peligro concreto*, ya que la sustancia que se emplee o descargue ha de tener tales propiedades tóxicas o ser de tal índole que debería, normal o habitualmente -es decir, “en el curso normal de los acontecimientos”-, ocasionar la muerte o un daño grave para la salud. En la estructura típica se describen las formas o medios comisivos de este crimen -una sustancia de propiedades tóxicas o un arma que la descargue-.

El *dolo específico* consiste en el propósito y voluntad del autor de causar la muerte o un daño grave a la salud del sujeto pasivo con el empleo de la sustancia o el arma que la descargue o inocule.

*n. Crimen de guerra de emplear gases, líquidos, materiales o dispositivos prohibidos*⁵²³

El crimen de guerra de emplear gases, líquidos, materiales o dispositivos prohibidos en los conflictos armados de carácter no internacional ha sido añadido al Estatuto de la CPI en la Conferencia de Revisión del mismo celebrada en Kampala del 31 de mayo al 11 de junio de 2010⁵²⁴, siendo, salvada la circunstancia de contexto, idéntico al crimen de guerra que se cobija en el artículo 8.2 b) xviii del Estatuto⁵²⁵.

Se sanciona en este tipo delictivo la conducta contraria a las prescripciones del Protocolo de Ginebra de 17 de junio de 1925 sobre la

⁵¹⁹ Vid. Resolución RC/Res. 5, de 10 de junio de 2010, Anexos I y II -artículo 8.2 e) xiii. “Crimen de guerra de emplear veneno o armas envenenadas”-.

⁵²⁰ *Ibidem*. En la Resolución se afirma que “los crímenes a que se hace referencia en el inciso xiii) del apartado e) del párrafo 2 del artículo 8 (emplear veneno o armas envenenadas) y en el inciso xiv) del apartado e) del párrafo 2 del artículo 8 (emplear gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivo análogos) constituyen violaciones graves de las leyes y costumbres aplicables a los conflictos armados que no sean de índole internacional, de conformidad con el derecho internacional consuetudinario”.

⁵²¹ Vid. COTTIER, M., “(xvii) Poison or poisoned weapons”, en “Article 8. War crimes”, ob. cit., pág. 241; PIGNATELLI Y MECA, F., “El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra”, ob. cit., pág. 320.

⁵²² Vid. Resolución RC/Res. 5, de 10 de junio de 2010, artículo 8.2 e) xiii, elementos 1 y 2.

⁵²³ *Ibidem*, Anexos I y II -artículo 8.2 e) xiv. “Crimen de guerra de emplear gases, líquidos, materiales o dispositivos prohibidos”-.

⁵²⁴ *Ibidem*. En la Resolución se afirma que “los crímenes a que se hace referencia en el inciso xiii) del apartado e) del párrafo 2 del artículo 8 (emplear veneno o armas envenenadas) y en el inciso xiv) del apartado e) del párrafo 2 del artículo 8 (emplear gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivo análogos) constituyen violaciones graves de las leyes y costumbres aplicables a los conflictos armados que no sean de índole internacional, de conformidad con el derecho internacional consuetudinario”.

⁵²⁵ Vid. COTTIER, M., “(xviii) Asphyxiating, poisonous or other gases, and all analogous liquids, materials or devices”, en “Article 8. War crimes”, ob. cit., págs. 241 y 242; PIGNATELLI Y MECA, F., “El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra”, ob. cit., págs. 320 y 321.

prohibición del empleo en la guerra de gases asfixiantes, tóxicos o similares, así como de todos los líquidos, materias o procedimientos análogos -Gaceta de Madrid, de 3 de septiembre de 1929-.

El *comportamiento típico* consiste en que el autor emplee un gas u otra sustancia - término que engloba al líquido y al material- o dispositivo análogo que sea tal que, en el curso normal de los acontecimientos, cause la muerte o un daño grave para la salud por sus propiedades asfixiantes o tóxicas⁵²⁶.

Se trata de un crimen de guerra *de riesgo o peligro concreto*, puesto que el gas, sustancia o dispositivo empleados han de ser, por sus propiedades asfixiantes o tóxicas, de tal índole o naturaleza que, en el curso normal de los acontecimientos, es decir, normal o habitualmente, causen la muerte o un daño grave para la salud⁵²⁷. En la estructura típica se describen las formas o medios comisivos de este crimen -gas, líquido, material o dispositivo análogo, todos ellos de propiedades asfixiantes o tóxicas-.

El *dolo específico* consiste en el propósito y voluntad del autor de causar la muerte o un daño grave a la salud del sujeto pasivo con el empleo del gas, la sustancia o el dispositivo análogo, en razón de las propiedades o características, asfixiantes o tóxicas, que, de manera mixta alternativa, han de ser propias o consustanciales al gas, la sustancia o el dispositivo de mérito.

*p. Crimen de guerra de emplear balas prohibidas*⁵²⁸

El crimen de guerra de emplear balas prohibidas en los conflictos armados de carácter no internacional, que ha sido añadido al Estatuto de la CPI en la tan nombrada Conferencia de Revisión de Kampala, resulta ser, con excepción de la circunstancia de contexto⁵²⁹, un crimen de guerra idéntico a aquel cuya comisión se amenaza en el artículo 8.2 b) xix del Estatuto⁵³⁰.

Viene a sancionarse con este crimen la infracción de la prohibición contenida en la Declaración referente al empleo de proyectiles explosivos, hecha en La Haya el 29 de julio de 1899, a tenor de la cual *“las Potencias contratantes se prohíben 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 cubriese enteramente el núcleo o estuviera provista de incisiones”*.

Consiste la *acción típica* en que el autor emplee ciertas balas cuyo uso infringe el Derecho internacional de los conflictos armados porque se ensanchan o aplastan fácilmente en el cuerpo humano, habiendo sido consciente de que la naturaleza de las balas era tal que su uso agravaría inútilmente el sufrimiento o el efecto de la herida⁵³¹; ha de tratarse, en consecuencia, de las balas a que se contrae la anteañuda Declaración

⁵²⁶ Vid. Resolución RC/Res. 5, de 10 de junio de 2010, artículo 8.2 e) xiv, elementos 1 y 2.

⁵²⁷ *Ibidem*, artículo 8.2 e) xiv, elemento 2. En cualquier caso, y en lo que atañe a la referencia que este elemento lleva a cabo las *“propiedades asfixiantes o tóxicas”*, la Nota a pie de página 72 -idéntica a la Nota a pie de página 48- afirma que *“nada de lo dispuesto en este elemento se interpretará como limitación o en perjuicio de las normas del derecho internacional vigentes o en desarrollo acerca de la elaboración, la producción, el almacenamiento y la utilización de armas químicas”*.

⁵²⁸ *Ibidem*, Anexos I y II -artículo 8.2 e) xv. *“Crimen de guerra de emplear balas prohibidas”*-. En la Resolución se afirma que *“el crimen al que se hace referencia en el inciso xv) del apartado e) del párrafo 2 del artículo 8 (emplear balas que se ensanchan o aplastan fácilmente en el cuerpo humano) constituye asimismo una violación grave de las leyes y costumbres aplicables a los conflictos armados que no sean de índole internacional, ... entendiéndose que el crimen se comete únicamente si el autor emplea dichas balas para agravar inútilmente el sufrimiento o el efecto dañino sobre el objetivo de ese tipo de balas, de conformidad con el derecho internacional consuetudinario”*.

⁵²⁹ La posible utilización por las Fuerzas especiales de Seguridad del Estado de determinados Estados Partes de munición expansiva en situaciones muy concretas de delincuencia, queda salvada por la exigencia de que *“la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no sea de índole internacional y haya estado relacionada con él”* -artículo 8.2 e) xiv, elemento 4-.

⁵³⁰ Vid. COTTIER, M., *“(xix) Bullets wich expand or flatten easily in the human body”*, en *“Article 8. War crimes”*, ob. cit., pág. 242; PIGNATELLI Y MECA, F., *“El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra”*, ob. cit., págs. 321 y 322.

⁵³¹ Vid. Resolución RC/Res. 5, de 10 de junio de 2010, artículo 8.2 e) xv, elementos 1 y 2.

referente al empleo de proyectiles explosivos, de 29 de julio de 1899, o similares, siempre que sean de las que se ensanchan o aplastan fácilmente en el cuerpo humano, por lo que en la estructura típica de este crimen se describen las formas o medios comisivos del mismo.

Se trata de un delito *de riesgo o peligro concreto*, puesto que únicamente se incrimina el empleo o utilización de ciertas balas cuyo uso infringe el Derecho internacional de los conflictos armados, concretado en aquella Declaración, que resultan ser de tal naturaleza o características que su eventual utilización produciría una agravación inútil -o innecesaria- del sufrimiento o del efecto de la herida que ocasionen; abstracción hecha del sufrimiento, el efecto de la herida que debe producir el uso de la bala ha de ser de tipo somático o fisiológico, consistente en fracturas, desgarramientos, hemorragias, etc., innecesarias o inútiles.

El *dolo específico* consiste en el propósito o intención y voluntad del autor de utilizar balas de las características o naturaleza antedicha, teniendo conocimiento de que la naturaleza de las balas que utiliza es tal que su uso agravaría inútilmente el sufrimiento o el efecto o consecuencias de la herida, es decir, causaría un mal superfluo o un sufrimiento innecesario⁵³².

⁵³² *Ibidem*, artículo 8.2 e) xv, elemento 3.

XII. COLOMBIA: LA INVESTIGACIÓN PENDIENTE DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL⁵³³

Antoni Pigrau
Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad Rovira i Virgili

El conflicto armado que vive Colombia desde hace décadas ha generado cientos de miles de víctimas, entre personas torturadas, asesinadas, desaparecidas⁵³⁴, exiliadas o desplazadas internas⁵³⁵. El problema de los desplazados internos – cerca de dos millones según datos oficiales y alrededor de 3 millones o hasta 5 millones⁵³⁶, según otras fuentes – no es sino la cara visible del proceso masivo de apropiación ilícita de millones de hectáreas de tierras productivas, detrás del cual se localizan poderosos intereses económicos, como los que de manera específica en Colombia han vinculado al narcotráfico, el paramilitarismo, la política y la economía⁵³⁷.

⁵³³ Este trabajo se basa en otros publicados previamente: PIGRAU SOLÉ, A., “La situación en Colombia y la jurisdicción de la Corte Penal Internacional”, en *Estudios de derecho internacional y de derecho europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González / J. CARDONA LLORENS, J.A. PUEYO LOSA, J.L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, J.M. SOBRINO HEREDIA* (eds.), M. J. AZNAR GÓMEZ (Coord.); 2012 (Tomo I), Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, págs. 939-96; PIGRAU, A., TEXIER, Philippe, IPPOLITO, Franco “Colombia: Una situación a la medida de la Corte Penal Internacional”, en A. PIGRAU SOLÉ y S. FRAUDATARIO (eds.), *Colombia entre guerra y derecho. Implicaciones de una sentencia del Tribunal Permanente de los Pueblos*, Ediciones DesdeAbajo, Bogotá 2012.

⁵³⁴ “52. [...] A noviembre [de 2010], el total de personas desaparecidas registradas sumaba 51.310, de las cuales 12.632 han sido consideradas como presuntas desapariciones forzadas. Entre estas últimas, se encuentran 3.073 mujeres y 3.042 menores de 20 años.”; CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia; Naciones Unidas, Doc. A/HRC/16/22, 3 de febrero de 2011, pars. 52-53.

⁵³⁵ Organización de los Estados Americanos, 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; 13 diciembre 2004. Resumen ejecutivo, par.2.

⁵³⁶ COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS, “Casi cinco millones de personas desplazadas en Colombia requieren la protección de sus derechos”; se encuentra disponible [en línea] en: http://www.coljuristas.org/documentos/comunicados_de_prensa/com_2010-10-04.pdf [consultado el 18 de febrero de 2013]. Sobre el tema véase ABRISKETA, J., “La población internamente desplazada en Colombia: claves para interpretar la regulación internacional”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n°18, diciembre 2009; disponible [en línea] en <http://www.reei.org/index.php/revista/num18/articulos/poblacion-internamente-desplazada-colombia-claves-para-interpretar-regulacion-internacional> [consultado el 20 de febrero de 2013].

⁵³⁷ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, Informe presentado por el Representante del Secretario General sobre los derechos humanos de los desplazados internos, Sr. Walter Kälin. Adición. Misión a Colombia; Naciones Unidas, Doc. A/HRC/4/38/Add.3, 24 de enero de 2007. par.53. Al respecto, véase COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS, *Despojo de tierras campesinas y vulneración de los territorios ancestrales*, Bogotá DC, junio de 2011. Un buen ejemplo de ello es el caso de las Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó, comunidades campesinas afrodescendientes que han sido víctimas de la apropiación de sus tierras y de amenazas y agresiones reiteradas, incluidos los asesinatos, las detenciones arbitrarias y las desapariciones forzadas de algunos de sus miembros, por parte de grupos paramilitares en connivencia con empresas productoras de aceite de palma.” *Asunto Comunidades del*

Uno de los elementos clave para entender el conflicto colombiano es el poder económico y la influencia política que ha llegado a acumular el paramilitarismo.⁵³⁸ La plasmación que llegó a tener en el Congreso de Colombia se refleja en el dato abrumador de la cantidad de representantes y senadores investigados en su momento álgido: hasta finales de 2009, 44 representantes en el Congreso y 47 senadores de los elegidos en 2006, de un total de 165 representantes y 102 senadores eran sospechosos o habían sido procesados o declarados judicialmente responsables de conexiones con el paramilitarismo, lo que representa un 34% de los entonces congresistas. Desde septiembre de 2006 hasta mitad de 2009 un total de 133 congresistas y ex congresistas habían sido investigados por sus nexos con el paramilitarismo⁵³⁹. Estas conexiones entre funcionarios públicos y el paramilitarismo no estaban, naturalmente, limitadas al ámbito del poder legislativo sino que se manifestaban en el conjunto de la estructura del Estado a nivel local, departamental y nacional.⁵⁴⁰

En 2002 se constituyó la Corte Penal Internacional (en adelante CPI) creada a partir de la entrada en vigor del Estatuto adoptado en la Conferencia de Roma de 1998⁵⁴¹, para castigar los crímenes más graves de trascendencia

Jiguamiandó y del Curbaradó. Medidas Provisionales respecto de Colombia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 6 de marzo de 2003. La falta de resultados ha llevado a la Corte a prorrogar tales medidas hasta seis veces más, la última en 2010, a pesar de su supuesto carácter provisional; *Asunto Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó. Medidas Provisionales respecto de Colombia.* Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de agosto de 2010. Véase también: Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 de junio de 2011, Medidas Provisionales respecto de la República de Colombia, *Asunto Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó.* Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia ha emitido asimismo medidas cautelares de protección para las mismas comunidades el 18 de mayo de 2010, después de haber declarado “la existencia de un estado de cosas inconstitucional respecto de la situación de la población internamente desplazada”, en la sentencia T-025 de 2004. Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión. Sentencia T-025/04. Véase al respecto el Auto N° 008 de 2009, Sentencia T-025 de 2004, *Persistencia del estado de cosas inconstitucional declarado mediante sentencia T-025 de 2004.* Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión. 26 de enero de 2009.

⁵³⁷ *Asunto Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó. Medidas Provisionales respecto de Colombia.* Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de agosto de 2010. Véase también: Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 de junio de 2011, Medidas Provisionales respecto de la República de Colombia, *Asunto Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó.*

⁵³⁸ TRIBUNAL PERMANENTE DE LOS PUEBLOS. *Empresas transnacionales y derechos de los pueblos en Colombia, 2006 – 2008*, cit.

⁵³⁹ Véase MOVIMIENTO NACIONAL DE VICTIMAS DE CRÍMENES DE ESTADO - FUNDACIÓN COMITÉ DE SOLIDARIDAD CON LOS PRESOS POLÍTICOS - CORPORACIÓN COLECTIVO DE ABOGADOS JOSÉ ALVEAR RESTREPO, *Sin Justicia y Sin Paz. Verdad Fragmentada, Reparación Ausente*; Bogotá D.C., octubre de 2009, pp. 10-11; pp. 155-202.

⁵⁴⁰ Organización de los Estados Americanos, 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; 13 diciembre 2004. Uno de los hechos más relevantes que ha podido conocerse en el la celebración del denominado Pacto de Ralito, que plasmó los acuerdos de la reunión celebrada el 23 de julio de 2001, por los jefes paramilitares Salvatore Mancuso Gómez, Diego Fernando Murillo Bejarano, Rodrigo Tovar Pupo y Edward Cobo Téllez con una treintena de políticos colombianos, entre ellos los gobernadores de Córdoba y Sucre y fue dado a la luz, en enero de 2007, a raíz de las declaraciones del entonces senador Miguel de la Espriella Burgos. El texto se inicia con el siguiente párrafo: “Conciudadanos, como enuncia nuestro preámbulo; el pueblo de Colombia, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes, la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz hoy nos confiere la irrenunciable tarea de refundar nuestra patria, de firmar un nuevo contrato social.”. Texto disponible [en línea] en http://www.semana.com/wf_documentos.aspx?IdDoc=1367 [consultado el 15 de febrero de 2013].

⁵⁴¹ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional; El texto del Estatuto se distribuyó como documento A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998, enmendado por los *procès-verbaux* de 10 de noviembre de 1998, 12 de julio de 1999, 30 de noviembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 17

internacional. El artículo 5 de su Estatuto identifica como tales a cuatro categorías de crímenes, de las que tres están operativas⁵⁴²: el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra. Aunque, sin ninguna duda se han cometido numerosos crímenes de competencia de la CPI en Colombia, la Fiscalía ha mantenido el caso de Colombia durante años en una situación de examen preliminar.

A primeros de marzo de 2013, en la página web oficial de la Fiscalía de la CPI se dice que:

“The Office continues to examine the situation and national proceedings in Colombia. In this context, in accordance with its positive approach to complementarity, the Office has welcomed the efforts of President Santos in seeking further international support for the Colombian national proceedings and in promoting cooperation, as explained during the ninth session of the Assembly of States Parties in December 2010.”⁵⁴³

El objeto de este trabajo es el de exponer las razones por las que la Corte no debe demorar más la decisión de abrir una investigación al respecto.

1. LA CORTE PENAL INTERNACIONAL TIENE JURISDICCIÓN EN RELACIÓN CON LA SITUACIÓN EN COLOMBIA

El Gobierno del Presidente Andrés Pastrana Arango firmó el Estatuto de Roma el 10 de diciembre de 1998. El Congreso Nacional aprobó el acto legislativo 02 de 2002 y el propio Estatuto de Roma mediante la Ley 742 de 5 de junio de 2002⁵⁴⁴. Posteriormente, el 30 de julio de 2002, la Corte Constitucional avaló la viabilidad legal en Colombia tanto del Estatuto como su ley aprobatoria mediante la sentencia C-578/02⁵⁴⁵. Colombia ratificó el Estatuto de Roma el 5 de agosto de 2002. En ese momento, el Gobierno de Colombia formuló, entre otras, una declaración, de acuerdo con el artículo 124 del Estatuto⁵⁴⁶, de no aceptación de la competencia de la Corte en relación con los crímenes de guerra, por un período de siete años. Tan sólo dos días después de la ratificación del Estatuto de Roma, el 7 de agosto de 2002, asumió su cargo el nuevo Presidente de Colombia, Álvaro Uribe Vélez, que lo ocuparía durante ocho años, hasta la

de enero de 2001 y 16 de enero de 2002. El Estatuto entró en vigor el 1 de julio de 2002. A 1 de marzo de 2013, el Estatuto cuenta con 121 Estados Parte.

⁵⁴² Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma, Resolución RC/Res. 6, “El crimen de agresión”; aprobada por consenso en la 13ª sesión plenaria el 11 de junio de 2010.

⁵⁴³ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/structure%20of%20the%20court/office%20of%20the%20prosecutor/comm%20and%20ref/colombia/Pages/colombia.aspx; [consultada el 10 de marzo de 2013].

⁵⁴⁴ Diario Oficial N° 44.826, de 7 de junio de 2002.

⁵⁴⁵ Sentencia C-578 de 2002. Revisión de la Ley 742 del 5 de junio de 2002 por medio de la cual se aprueba el Estatuto de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998)”. Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. 30 de julio de 2002.

⁵⁴⁶ “Artículo 124. Disposición de transición. No obstante lo dispuesto en los párrafos 1 y 2 del artículo 12, un Estado, al hacerse parte en el presente Estatuto, podrá declarar que, durante un período de siete años contados a partir de la fecha en que el Estatuto entre en vigor a su respecto, no aceptará la competencia de la Corte sobre la categoría de crímenes a que se hace referencia en el artículo 8 cuando se denuncie la comisión de uno de esos crímenes por sus nacionales o en su territorio. La declaración formulada de conformidad con el presente artículo podrá ser retirada en cualquier momento. Lo dispuesto en el presente artículo será reconsiderado en la Conferencia de Revisión que se convoque de conformidad con el párrafo 1 del artículo 123.”

toma de posesión de su sucesor, el actual presidente Juan Manuel Santos Calderón, desde el 7 de agosto de 2010.

En consecuencia, la Corte puede ocuparse de crímenes conexos con Colombia solamente a partir del 1 de noviembre de 2002⁵⁴⁷, fecha de la entrada en vigor del Estatuto para Colombia. En virtud del artículo 29 del mismo, que determina la imprescriptibilidad de los crímenes de competencia de la Corte, no existe un límite temporal final para la persecución de los mismos.

Desde el punto de vista material, son perseguibles los crímenes de genocidio y de lesa humanidad, de los artículos 6 y 7 del Estatuto de Roma, cometidos a partir del 1 de noviembre de 2002. En lo que se refiere a los crímenes de guerra tipificados en el artículo 8 del Estatuto, y de acuerdo con el artículo 124 del mismo antes mencionado, la persecución de los mismos solamente será posible respecto de los cometidos a partir del 1 de noviembre de 2009.

La Corte Penal Internacional puede perseguir a las personas físicas que sean autores de dichos crímenes y a todas aquellas que hayan participado en su comisión, de acuerdo con las modalidades de participación previstas en su artículo 25, siempre que en el momento de la comisión del delito fueran mayores de 18 años. Y ello con independencia de que pertenezca a cualquiera de los órganos del Estado, a un grupo armado irregular o a la dirección de una empresa nacional o extranjera⁵⁴⁸ sin que quepa la alegación de ningún estatuto personal de inmunidad o privilegio. El consentimiento habilita a la Corte tanto para ocuparse de crímenes cometidos en Colombia por ciudadanos colombianos, como para los cometidos por extranjeros en Colombia⁵⁴⁹ o por ciudadanos colombianos en el extranjero, de acuerdo con los límites temporales indicados.

La existencia de crímenes de competencia de la CPI en Colombia viene de mucho tiempo atrás, lo que llevado a la tramitación de numerosas denuncias en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁵⁵⁰, algunas de las cuales han acabado en condenas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵⁵¹.

⁵⁴⁷ De acuerdo con los artículos 11.2 y 126.2 del Estatuto.

⁵⁴⁸ Véase MARTIN-ORTEGA, O., "Deadly Ventures? Multinational Corporations and Paramilitaries in Colombia", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n. 16, 2008, www.reei.org.

⁵⁴⁹ No obstante, el 17 de septiembre de 2003, Colombia y Estados Unidos concluyeron un "Acuerdo respecto a la entrega de personas de los Estados Unidos de América a la Corte Penal Internacional", que tiene por objeto asegurar que Colombia requerirá el consentimiento del Estados Unidos para entregar a la Corte Penal Internacional a una persona de los Estados Unidos de América sujeta, de cualquier manera, a la jurisdicción de ese Estado o protegido por inmunidad. El texto está disponible en <http://www.colectivodeabogados.org/Texto-del-acuerdo-entre-Colombia-y>. Véase al respecto la Resolución del Parlamento Europeo sobre la Corte Penal Internacional (CPI) de 26 de septiembre de 2002.

⁵⁵⁰ 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; 13 diciembre 2004.

⁵⁵¹ *Caso Caballero Delgado y Santana* (1995), Fondo, Sentencia de 8 de diciembre de 1995. Serie C No. 22; *Caso Las Palmeras Vs. Colombia* (2001), Fondo, Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90; *Caso 19 comerciantes vs. Colombia* (2004). Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109; *Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia* (2005), Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132; *Caso de la "Masacre de Mapiripán" vs. Colombia* (2005), Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134; *Caso de la masacre de Pueblo Bello vs. Colombia* (2006), Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140; *Caso de las masacres de Ituango vs. Colombia* (2006), Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148; *Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia* (2007), Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163; *Caso Escué Zapata vs. Colombia* (2007), Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 165; *Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia*. (2008), Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de

Aunque la responsabilidad por los crímenes no es exclusiva de las fuerzas armadas y otros órganos del Estado la implicación mayoritaria de los mismos en ellas de manera directa o indirecta a través de su conexión con el paramilitarismo está ampliamente acreditada a través de dichas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, numerosos informes no gubernamentales e incluso de las propias declaraciones de los jefes paramilitares⁵⁵².

A efectos de este trabajo interesa especialmente el período posterior a octubre de 2002, que coincide, en su mayor parte, con los mandatos del anterior presidente Álvaro Uribe Vélez.

Las fuentes que corroboran la existencia de crímenes de competencia de la Corte, especialmente, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra por parte de distintos actores armados, estatales y no estatales son muy diversas y numerosas y no se va a dar cuenta de ellas en este trabajo⁵⁵³. Bastará a estos

2008. Serie C No. 192; y Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. (2010), Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213; Corte IDH. *Caso Vélez Restrepo y Familiares Vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de septiembre de 2012 Serie C No. 248; Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012 Serie C No. 259. Y también en otras muchas decisiones sobre medidas provisionales; Véase la página web de la Corte: http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id_Pais=9.

⁵⁵² “En la medida que avancemos en la reconstrucción histórica de la verdad y los hechos, va a ser cada vez más difícil disimular la vinculación de las FF.MM, de policía y de inteligencia con los diferentes actores del conflicto que nos ha tocado vivir. Cada vez más la evidencia, la contundencia, y la dimensión descomunal de los hechos, mostrará lo inocultable. En un principio esa vinculación se podrá mostrar como casos aislados que no comprometen la responsabilidad de estas instituciones militares, pero al final se evidenciará que todo esto no fue objeto de decisiones individuales, sino de una política de Estado, que surgió después del asesinato de Gaitán, cuando el Estado se vinculó al crimen. En los años siguientes a 1948, en pleno desarrollo de la guerra fría la doctrina de seguridad nacional convirtió la lucha internacional anticomunista, en la promoción y conformación desde las fuerzas del Estado del paramilitarismo, lo cual dio origen a perversas deformaciones de una política para enfrentar a la insurgencia armada y convirtió a la población civil no solo en víctima, sino que también la reclutó, convirtiéndolos de víctimas a victimarios, para hacerle frente al comunismo, como en mi caso particular.” De la carta abierta de Salvatore Mancuso al presidente Álvaro Uribe Vélez, de 22 de marzo de 2009; disponible [en línea] en <http://lapazencolombia.blogspot.com.es/2009/06/texto-completo-de-la-carta-de-salvatore.html> [consultado el 25 de febrero de 2013].

⁵⁵³ Entre otras: “Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el proceso de desmovilización en Colombia”, OEA/Ser.L/V/II.120, Doc. 60; cit.; ESCUELA NACIONAL SINDICAL, *Una política de exclusión sistemática. Panorama de la situación de los trabajadores y trabajadoras y de las organizaciones sindicales en Colombia*. Mayo de 2009, p.12; los informes anuales del Sistema de Información sobre Agresiones a Defensores y Defensoras de Derechos Humanos en Colombia; <http://www.somosdefensores.org/>; CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, Doc. A/HRC/13/22/Add.3, 1 March 2010; Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights defenders, Margaret Sekaggya; Addendum: Mission to Colombia (7–18 September 2009); COALICIÓN COLOMBIANA CONTRA LA TORTURA, “Informe alternativo al 4º Informe periódico del Estado colombiano al Comité contra la tortura”, Resumen ejecutivo; octubre de 2009; CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, Doc. A/HRC/16/22, 3 de febrero de 2011, cit.; CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Philip Alston. Adición. Misión a Colombia, Naciones Unidas, Doc. A/HRC/14/24/Add.2, 31 de marzo de 2010; *Campaign Rape and Other Violence: Leave my Body Out of War*, OXFAM International, “First Survey of Prevalence, Sexual Violence Against Women in the Context of the Colombian Conflict, 2001-2009,” enero de 2011, disponible en http://www.peacewomen.org/portal_resources_resource.php?id=1425 [consultado el 25 de febrero de 2013; COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS, “Colombia: La metáfora del desmantelamiento de los grupos paramilitares. Segundo informe de balance sobre la aplicación de la Ley 975 de 2005,” 15 de abril de 2010, disponible en http://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/la_metafora.html [consultado el 25 de febrero de 2013; INTERNAL DISPLACEMENT MONITORING CENTRE (IDMC),

efectos con resumir los datos que aporta el Informe de la propia Fiscalía de la CPI, de noviembre de 2012⁵⁵⁴.

Así, de la información acumulada, la Fiscalía ha determinado en determinado, en primer lugar, que desde el 1 de noviembre de 2002 hasta la fecha, parecen haberse cometido los siguientes actos, que constituyen crímenes de lesa humanidad, por parte de actores no estatales (las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (“FARC”), el Ejército de Liberación Nacional (“ELN”) y grupos paramilitares): asesinato; traslado forzoso de población; encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales del derecho internacional; tortura; y violación y otras formas de violencia sexual. En segundo lugar, el Informe afirma que desde el 1 de noviembre de 2009 hasta la fecha, se han cometido los siguientes actos, que constituyen crímenes de guerra, por las FARC y el ELN: homicidio; ataques dirigidos contra la población civil; tortura y tratos crueles; ultrajes contra la dignidad personal; toma de rehenes; violación y otras formas de violencia sexual; y reclutamiento, alistamiento y utilización de niños para participar activamente en hostilidades. En tercer lugar se da cuenta de que actores estatales, en particular miembros de las fuerzas armadas, especialmente entre 2004 y 2008, han dado muerte intencionalmente a miles de civiles con el fin de potenciar su tasa de éxito en el contexto del conflicto armado interno y obtener incentivos monetarios procedentes de fondos del Estado, en los conocidos como “falsos positivos”, y que tales actos “se cometieron conforme a una política adoptada al menos a nivel de ciertas brigadas de las fuerzas armadas que constituye una política del Estado o de una organización para cometer esos crímenes”. Por ello, la Fiscalía ha determinado que desde el 1 de noviembre de 2002 por parte de órganos del Estado pueden haberse cometido los crímenes de lesa humanidad de asesinato y desaparición forzada. Finalmente la Fiscalía considera que existe fundamento suficiente para creer que desde el 1 de noviembre de 2009 hasta la fecha miembros de las fuerzas armadas han cometido, como mínimo, los siguientes crímenes de guerra: homicidio; ataques dirigidos contra civiles; tortura y tratos crueles; ultrajes contra la dignidad personal; y violación y otras formas de violencia sexual.

"Colombia: Agents of Displacement," 5 de septiembre de 2011, disponible [http://www.internaldisplacement.org/idmc/website/countries.nsf/\(httpEnvelopes\)/BD93CC5FDE65C22BC12578FF004965E9?OpenDocument](http://www.internaldisplacement.org/idmc/website/countries.nsf/(httpEnvelopes)/BD93CC5FDE65C22BC12578FF004965E9?OpenDocument) [consultado el 25 de febrero de 2013]; TRIBUNAL PERMANENTE DE LOS PUEBLOS. *Empresas transnacionales y derechos de los pueblos en Colombia*, 2006 – 2008. Sesión final. Bogotá, Auditorio Leon de Greiff, Universidad Nacional de Colombia, 21 – 23 de julio de 2008. Sentencia. Disponible en http://www.internazionaleleliobasso.it/wp-content/uploads/2006/04/Colombia_VII_TPP_Es.pdf [consultado el 25 de febrero de 2013]; CENTRO DE INVESTIGACIÓN Y EDUCACIÓN POPULAR (CINEP). Programa Por la Paz, Noche y Niebla, “Caso Tipo: Colombia, Deuda con la Humanidad 2: 23 Años de Falsos Positivos (1988-2011)”, 31 de octubre de 2011 disponible en http://issuu.com/cinepppp/docs/deuda_con_la_humanidad_web; FIDH, FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, “Colombia. La desmovilización paramilitar, en los caminos de la Corte Penal Internacional”, Octubre 2007 - N°481/3; EUROPEAN CENTER FOR CONSTITUTIONAL AND HUMAN RIGHTS, “Communication to the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court: Violence Against Trade Unionists in Colombia as a Crime against Humanity”, 9 October 2012.

⁵⁵⁴ THE OFFICE OF THE PROSECUTOR, *Situación en Colombia*, Reporte Intermedio, pp. 2-4; con mayor detalle en pp. 10-50. - [F310A4F3AEC2/284116/OTPreportonPreliminaryExaminations13December2011.pdf](http://www.asfcanada.ca/documents/file/asf_rapport-espagnol-v5_lq.pdf) [consultado el 10 de enero de 2013] — que, en buena medida, sigue siendo válida para éste, en: AVOCATS SANS FRONTIÈRES, Canadá, “El principio de complementariedad en el Estatuto de Roma y la situación colombiana: más allá de lo ‘positivo’”, p.42. Disponible [en línea] en: http://www.asfcanada.ca/documents/file/asf_rapport-espagnol-v5_lq.pdf [consultado el 18 de febrero de 2013].

Aunque la Fiscalía no menciona el genocidio, también se encuentran indicios de este crimen previsto en el Artículo 6 del Estatuto de Roma. El tipo penal se refiere a un exterminio puramente físico y los supuestos de matanzas entre los pueblos indígenas se han venido sucediendo durante los mandatos del presidente Uribe Vélez, a cargo de distintos actores armados. Según el Observatorio del Programa Presidencial de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Presidencia de la República ha reconocido, desde 1998 hasta julio de 2008 se presentaron 1.075 asesinatos de indígenas en el país. Sin embargo, según otras fuentes, las cifras son más altas.⁵⁵⁵ Pero el proceso de exterminio también se está produciendo en algunos casos, con el pleno conocimiento del Estado colombiano, *debido a un sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que han de acarrear su destrucción física, total o parcial*, según dice la letra del artículo 6, inciso c del Estatuto de Roma. En 2008, el Tribunal Permanente de los Pueblos denunció “el peligro inminente de extinción física y cultural de 28 pueblos indígenas, que en la mayoría de los casos están formados por menos de un centenar de personas por pueblo, debatiéndose entre la vida y la muerte.”⁵⁵⁶ Este riesgo fue confirmado por el Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, James Anaya⁵⁵⁷. Obviamente, los actos dirigidos contra los pueblos indígenas pueden también encajar en distintas categorías de crímenes contra la humanidad, definidos en el Artículo 7 del Estatuto de Roma, en sus modalidades de asesinato, exterminio, deportación o traslado forzoso de población, o persecución.

Un segundo ejemplo, en uno de los casos más paradigmáticos de genocidio político es el caso de la Unión Patriótica, grupo que nació en 1985, en el marco del proceso de paz desarrollado en durante el gobierno del presidente Belisario Betancur, como alianza de distintos grupos. Durante los últimos veintisiete años, se han producido en el seno del mismo cerca de 5.000 víctimas, entre personas asesinadas, desaparecidas y torturadas, entre quienes se cuentan dos candidatos a la presidencia, ocho congresistas, cientos de alcaldes y concejales, y miles de activistas locales. Esta práctica ha continuado después de 2002.⁵⁵⁸ Precisamente la sentencia de 26 de mayo de 2010 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Cepeda Vargas vs Colombia*, se refiere al asesinato del senador Manuel Cepeda Vargas, en el contexto del exterminio de los dirigentes y militantes de Unión Patriótica. No obstante, puesto que el concepto de genocidio incluido en el Estatuto de Roma excluye a los grupos

⁵⁵⁵ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas; “La situación de los pueblos indígenas en Colombia: Seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior”; Doc. A/HRC/15/34/; 8 de enero de 2010, par. 18; ORGANIZACIÓN NACIONAL INDÍGENA DE COLOMBIA – ONIC, Consejería de Derechos Humanos, Rosember Ariza Santamaría, Asesor Derechos humanos; Bogotá, Diciembre de 2010.

⁵⁵⁶ TRIBUNAL PERMANENTE DE LOS PUEBLOS. *Empresas transnacionales y derechos de los pueblos en Colombia*, 2006 – 2008; cit.

⁵⁵⁷ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, Doc. A/HRC/15/34; 8 de enero de 2010, cit. pars. 29-33, Véase también: COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS Derechos humanos y cuestiones indígenas, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, Adición, *Misión a Colombia*; Doc. E/CN.4/2005/88/Add.2, 10 Noviembre 2004.

⁵⁵⁸ Véanse los datos aportados por CEPEDA CASTRO, G.I., “Genocidio Político: El caso de la Unión Patriótica en Colombia”, *Revista Cetil*, No. 2, septiembre de 2006, pp. 101-112; disponible [en línea] en <http://www.desaparecidos.org/colombia/fmcepeda/genocidio-up/cepeda.html> [consultado el 20 de febrero de 2013].

políticos como grupos protegidos⁵⁵⁹, este comportamiento debe ser encajado en otros delitos tipificados en dicho Estatuto, como pueden ser los de exterminio o persecución, ambos en la categoría de crímenes contra la humanidad.

2. LOS PARÁMETROS DE ACTUACIÓN DE LA FISCALÍA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: MARCO JURÍDICO, MARGEN DE DISCRECIONALIDAD Y COMPLEMENTARIEDAD POSITIVA

La Fiscalía de la CPI puede iniciar una investigación a instancias de un Estado Parte, como han sido los casos de la República del Congo, Uganda, la República Centroafricana y Malí; por iniciativa del Consejo de Seguridad mediante una resolución adoptada en el marco del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, como ha sido el caso de Darfur (Sudán)⁵⁶⁰ o el de Libia⁵⁶¹, o de oficio, por su propia decisión a la vista de las informaciones que haya podido obtener o se le hayan suministrado por personas, grupos de víctimas, organizaciones no gubernamentales u otras fuentes (arts. 13 y 15 del Estatuto), como han sido los casos de Kenya y Costa de Marfil.⁵⁶²

De acuerdo con el Artículo 12.2 del Estatuto, en el caso de que la investigación se inicie a instancia de un Estado Parte o de oficio, a instancias del Fiscal, la Corte podrá ejercer su competencia si el Estado en cuyo territorio se han cometido los crímenes o el Estado del que sea nacional el acusado del crimen son Partes en el mismo.

En el caso que nos ocupa, Colombia es un Estado Parte, por lo que, como ya se ha indicado, habilita a la Corte para ejercer su competencia por cualquier crimen cometido en su territorio por nacionales o extranjeros y también para los cometidos por nacionales colombianos en el extranjero. Dicho consentimiento no es necesario cuando es el Consejo de Seguridad el que, actuando en el marco del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas decide, a través de una resolución, remitir una situación a la Corte.

En el caso de Colombia, de las tres posibilidades abiertas solamente la de la iniciativa del Fiscal parece ofrecer alguna posibilidad a corto o medio plazo. Colombia no parece que vaya a llevar, por su propia iniciativa, la situación en su país ante la Corte, posición influida, sin duda, por el grado de implicación de órganos del Estado en una parte de los crímenes cometidos y por la resistencia a ello de sectores poderosos de la sociedad colombiana⁵⁶³. No parece posible tampoco que la situación en Colombia sea sometida a la Corte por el Consejo de Seguridad, si se tiene en cuenta la larga trayectoria de cooperación estrecha

⁵⁵⁹ No así en leyes recientes de distintos países, entre ellos Colombia: Código Penal, Ley 599 de 24 de julio de 2000, Artículo 101, que incluye a los grupos políticos como grupos protegidos por el tipo penal.

⁵⁶⁰ Resolución 1593 (2005) del Consejo de Seguridad, de 31 de marzo de 2005.

⁵⁶¹ Resolución 1970 (2011) del Consejo de Seguridad, de 26 de febrero de 2011.

⁵⁶² Cuando la investigación se abre por iniciativa del Fiscal, se requiere la autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte, según el párrafo 2 del Artículo 15 del Estatuto. La investigación relativa a Kenya fue autorizada por decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares el 31 de marzo de 2010 y la de Costa de Marfil, el 3 de octubre de 2011.

⁵⁶³ A título ilustrativo puede verse el Artículo firmado por el Brigadier General PUENTES TORRES, L.I., "La Guerra Invisible: los derechos humanos como arma de guerra y lucrativo negocio", 218 *Revista Fuerzas Armadas*, Junio 2011, pp. 50-61; disponible en la página web de la Escuela Superior de Guerra de Colombia; disponible [en línea] en: http://www.esdegue.mil.co/sites/default/files/218_o.pdf. [consultado el 25 de febrero de 2013]

entre los Estados Unidos de América y Colombia, que no ha sufrido cambios apreciables con la nueva administración del presidente Obama⁵⁶⁴.

La actuación de la Fiscalía es posible si considera que hay motivos suficientes para abrir una investigación, de oficio, en torno a la presunta comisión de crímenes de competencia de la Corte. De acuerdo con el artículo 53.2 del Estatuto, el Fiscal puede llegar a la conclusión de que no hay fundamento suficiente para el enjuiciamiento, por tres motivos:

a) No existe una base suficiente de hecho o de derecho para pedir una orden de detención o de comparecencia de conformidad con el artículo 58;

b) La causa es inadmisibles de conformidad con el artículo 17; o

c) El enjuiciamiento no redundaría en interés de la justicia, teniendo en cuenta todas las circunstancias, entre ellas la gravedad del crimen, los intereses de las víctimas y la edad o enfermedad del presunto autor y su participación en el presunto crimen⁵⁶⁵.”

En cuanto a la causa del inciso a), se refiere fundamentalmente a la competencia material de la Corte, que incluye las categorías de genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Como se ha señalado con anterioridad son abrumadores los datos que prueban la existencia de indicios suficientes de la comisión de tales crímenes y así lo ha reconocido la propia Fiscalía, en el período posterior a la fecha de entrada en vigor del Estatuto de Roma para Colombia, el 1 de noviembre de 2002.

En cuanto a la causa del inciso c), la posición de la Fiscalía es de considerarlo un argumento excepcional, puesto que se parte de la presunción de la obligación de los Estados de perseguir los crímenes de competencia de la Corte, por lo que de darse un cierto umbral de gravedad se deduce una presunción de que se debe iniciar la investigación, aunque normalmente se concentrará en quienes tengan el mayor grado de responsabilidad en los crímenes cometidos⁵⁶⁶.

Finalmente, en cuanto a la causa del inciso b), el Fiscal deberá atender al hecho de la existencia de una investigación, juicio o decisión judicial, en las jurisdicciones nacionales, por los mismos hechos, en virtud del principio de complementariedad que rige las relaciones entre la Corte y las jurisdicciones nacionales valorando si existe inacción, falta de voluntad de actuar o falta de capacidad para hacerlo. Este es el motivo que hasta ahora ha aducido la Fiscalía para no abrir una investigación respecto de Colombia al abrigo de la doctrina que ha elaborado sobre la “complementariedad positiva”.

El artículo 17.1 del Estatuto establece la complementariedad como uno de los principios básicos de funcionamiento de la Corte⁵⁶⁷. De esta manera la CPI debe resolver la inadmisibilidad de un asunto cuando:

⁵⁶⁴ El 12 de octubre de 2011 el Congreso de los Estados Unidos aprobó el "Acuerdo de promoción comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América", negociado en 2006, hecho que fue seguido por la ley firmada por el presidente Obama el 21 de octubre de 2011. El canje de notas entre los dos gobiernos se realizó el 15 de abril de 2012 y el acuerdo entró en vigor el 15 de mayo de 2012.

⁵⁶⁵ La Sala de Cuestiones Preliminares podrá, de oficio, revisar una decisión del Fiscal de no proceder a la investigación si dicha decisión se basa en el párrafo 2 c).

⁵⁶⁶ OFFICE OF THE PROSECUTOR, Policy Paper on the Interests of Justice, September 2007; disponible [en línea] en: <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/772C95C9-F54D-4321-BF09-73422BB23528/143640/ICCOTPInterestsOfJustice.pdf>, [consultado el 25 de febrero de 2013].

⁵⁶⁷ Sobre el principio de complementariedad, véanse: ALCALDE FERNÁNDEZ, J. “La complementariedad de la Corte Penal Internacional y de los tribunales nacionales: ¿Tiempos de ingeniería jurisdiccional?”, en *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, p. 385; AMBOS, K. &

“a) El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;

b) El asunto haya sido objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;

c) La persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia, y la Corte no pueda adelantar el juicio con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 20;

d) El asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte.”

Para determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, la Corte examinará, si se da una o varias de las siguientes circunstancias:

“a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, según lo dispuesto en el artículo 5;

b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia;

c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.”

Y, finalmente, para determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado:

“la Corte examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio.”

Este Artículo se introdujo para habilitar la actuación de la CPI en caso de inacción o acción incorrecta por parte de los Estados frente a los crímenes que entran dentro de su competencia material y esto es lo que se ha denominado

STEGMILLER, I., “Prosecuting international crimes at the International Criminal Court: is there a coherent and comprehensive prosecution strategy?”, *Crime, Law and Social Change*, November 2012, Volume 58, Issue 4, pp 391-413; ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., “Concurrencia de jurisdicciones y principio de complementariedad”, en M. GARCÍA ARÁN y D. LÓPEZ GARRIDO, (coord.), *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 257; HOLMES, J.T. “The Principle of Complementarity”, in *The International Criminal Court: The Making Of The Rome Statute: Issues, Negotiations, Results* (Roy S. Lee ed., 1999); LIROLA DELGADO, L. - MARTÍN MARTÍNEZ, M.M., *La Corte Penal Internacional. Justicia versus Impunidad*, Barcelona, Ariel, 2001, pp. 158-164; OLÁSULO, H., *Corte Penal Internacional ¿Dónde investigar?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 212-227 y 259-264; QUESADA ALCALÁ, C., *La Corte Penal Internacional y la Soberanía Estatal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 313-395; STAHN, C. (2008). “Complementarity: A Tale of Two Notions”. *Criminal Law Forum*, 19(1), 87–113; STAHN, C. & EL ZEIDY, M.M. (Eds.), *The International Criminal Court and Complementarity: From Theory to Practice*, Cambridge University Press 2011.

complementariedad negativa, para contraponerlo a otra *complementariedad positiva*.

En 2003 la Oficina del Fiscal introdujo la idea de complementariedad positiva: a partir de la idea de que “two “guiding principles” may inform the approach to complementarity: partnership and vigilance”: “Partnership highlights the fact that the relationship with States that are genuinely investigating and prosecuting can and should be a positive, constructive one”.⁵⁶⁸ En la estrategia preparada por la Oficina de la Fiscalía para los años 2009-2012, se formula el principio de *complementariedad positiva*:

“*Positive Complementarity*

16. According to the Statute, States have the primary responsibility for preventing and punishing atrocities in their own territories. In this design, intervention by the Office is exceptional –it will only step in when States fail to conduct genuine investigations and prosecutions. This principle of complementarity has two dimensions: (i) the admissibility test, i.e. how to assess the existence of national proceedings and their genuineness, which is a judicial issue; and (ii) the positive complementarity concept, i.e a proactive policy of cooperation aimed at promoting national proceedings.”⁵⁶⁹

Aunque el concepto no está previsto en el Estatuto de Roma se ha considerado que puede fundarse en él⁵⁷⁰. Pero éste ha sido un tema polémico tanto entre los Estados parte como entre la doctrina⁵⁷¹. Evidentemente, fortalecer las capacidades nacionales a través de distintas medidas de asistencia y capacitación es una línea no solamente necesaria sino que ya se está llevando a cabo a través de diversos mecanismos de cooperación internacional. Las objeciones se centran en que se trata de una actividad que deben realizar los Estados Parte más que la Corte, cuya función principal es investigar y perseguir

⁵⁶⁸ OFFICE THE PROSECUTOR, *Informal Expert paper: The principle of complementarity in practice*, 14 September 2006, pars 2-4. Disponible [en línea] en: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc654724.PDF>; [consultado el 26 de febrero de 2013].

⁵⁶⁹ Entre las acciones previstas por la Fiscalía están las siguientes: “17. The positive approach to complementarity means that the Office will encourage genuine national proceedings where possible, including in situation countries [Countries where the Office is conducting preliminary examinations or investigations], relying on its various networks of cooperation, but without involving the Office directly in capacity building or financial or technical assistance. The Office’s approach includes: a) providing information collected by the Office to national judiciaries upon their request pursuant Article 93 (10), subject to the existence of a credible local system of protection for judges or witnesses and other security-related caveats; sharing databases of non-confidential materials or crime patterns; b) calling upon officials, experts and lawyers from situation countries to participate in OTP investigative and prosecutorial activities, taking into account the need for their protection; inviting them to participate in the Office’s network of law enforcement agencies (len); sharing with them expertise and trainings on investigative techniques or questioning of vulnerable witnesses; c) providing information about the judicial work of the Office to those involved in political mediation such as un and other special envoys, thus allowing them to support national/regional activities which complement the Office’s work; and d) acting as a catalyst with development organizations and donors’ conferences to promote support for relevant accountability efforts.”; The Office of the Prosecutor, *Prosecutorial Strategy 2009 - 2012*, 1 February 2010, The Hague.

⁵⁷⁰ BURKE-WHITE, W., «Implementing a Policy of Positive Complementarity in the Rome System of Justice», 19 *Criminal Law Forum*, 2008, pp. 63-70.

⁵⁷¹ El tema fue objeto de debate en la Conferencia de Kampala, en 2010; véase la Resolución RC/Res.1, “Complementariedad”, adoptada en la Conferencia de Revisión de Kampala el 8 de junio de 2010. Como muestra del debate doctrinal, véase: *El futuro de la Corte Penal Internacional. Hacia el X aniversario de la entrada en vigor del Estatuto de Roma*. Relatoría del seminario (realizada por Rosa Ana ALIJA). Instituto Catalán Internacional para la Paz y la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Barcelona, 9 a 10 de enero de 2012; disponible [en línea] en: <http://www20.gencat.cat/docs/icip/Continguts/Publicacions/Publicacions%20i%20informes/Arxius/Definitivo%20CPI.pdf>, [consultado el 26 de febrero de 2013], pp. 67-70.

los crímenes⁵⁷². También se señala que la complementariedad positiva sería mucho más útil una vez abierta la investigación, en el momento de elegir los casos, de tal manera que se podrían llevar a cabo investigaciones conjuntas entre autoridades estatales y Fiscalía de la CPI y en el momento de formalizar los cargos e identificar los casos, se podría evaluar con plena conciencia si hay voluntad y capacidad para juzgarlos en el lugar de los hechos.⁵⁷³ Finalmente se advierte del riesgo de afectación de la objetividad e imparcialidad que se puede generar a la hora de evaluar con independencia la capacidad y la voluntad de investigar y juzgar de un Estado con el que se haya mantenido una actividad de asistencia muy intensa.⁵⁷⁴

Algunas de estas cuestiones se suscitan en el caso de Colombia, el caso donde tal vez se ha empleado de manera más amplia esta complementariedad positiva.⁵⁷⁵ Hasta diciembre de 2011 la Fiscalía no había hecho público el número de comunicaciones recibidas relativas a Colombia⁵⁷⁶. En el mencionado informe sobre Colombia de noviembre de 2012 se cifraban en 114, de las que 20 quedaban fuera de la competencia de la Corte.

3. LA IMPUNIDAD SIGUE SIENDO PREDOMINANTE EN COLOMBIA

En su valoración de la actividad judicial de Colombia, la Fiscalía de la CPI constata, en su informe de noviembre de 2012, que numerosos miembros de las FARC y del ELN han sido sometidos a juicio y condenados, incluidos muchos de sus principales líderes, lo que, en principio, no debería llamar la atención por tratarse de grupos calificados como terroristas por el régimen colombiano.

En cuanto a los grupos paramilitares el informe destaca:

“Muchos miembros desmovilizados de grupos paramilitares también han sido objeto de acciones judiciales, entre ellos un número significativo de líderes superiores. Hasta la fecha en que se redactó el presente informe, 14 personas han sido juzgadas y condenadas en el marco del proceso de justicia y paz, entre ellas siete líderes o comandantes de unidades paramilitares. Además de estas acciones judiciales, 23 líderes paramilitares han sido condenados en el marco del

⁵⁷² Véase la Resolución de la Asamblea de Estados Parte: Resolution ICC-ASP/11/Res.6, Adopted at the 8th plenary meeting, on 21 November 2012, by consensus, ICC-ASP/11/Res.6 “Complementarity”. En ella la Asamblea: “Resolves to continue and strengthen effective domestic implementation of the Rome

Statute, to enhance the capacity of national jurisdictions to prosecute the perpetrators of the most serious crimes of international concern in accordance with internationally recognized fair trial standards, pursuant to the principle of complementarity;” Y: “Welcomes the report of the Court on complementarity and, while recalling the Court’s limited role in strengthening national jurisdictions, its contribution to the efforts of the international community in this regard ...”

⁵⁷³ Véase el resumen de la intervención de Carlos CASTRESANA en el debate; *ibid.* p. 69. Véase también, desde una perspectiva favorable al concepto, STAHN, Carsten, “Complementarity: A Tale of Two Notions”, *Criminal Law Forum* (2008) 19, pp. 107-108.

⁵⁷⁴ BURKE-WHITE, W., «Implementing a Policy of Positive Complementarity in the Rome System of Justice», cit., p.77.

⁵⁷⁵ Véase al respecto: OLASOLO ALONSO, H., “El Principio de Complementariedad y las Estrategias de Actuación de la Corte Penal Internacional en la Fase de Examen preliminar: ¿Por qué la Corte Penal Internacional mantiene su Examen preliminar, pero no abre una Investigación, sobre la Situación en Colombia?”, disponible [en línea] en: <http://www.upeace.org/OKN/collection/cortepenal/Olasoloformatted.pdf>, [consultado el 26 de febrero de 2013].

⁵⁷⁶ THE OFFICE OF THE PROSECUTOR, *Report on Preliminary Examination Activities*, 13 December 2011.

sistema de justicia ordinario. La información disponible indica que de los 57 líderes o comandantes de grupos paramilitares, 46 siguen vivos, de los cuales 30 han sido condenados por conductas que constituyen crímenes de competencia de la CPI, incluidos homicidios, desplazamientos forzados, desapariciones forzadas, secuestros y reclutamiento de niños. Al menos 15 de las 30 condenas son por crímenes correspondientes a la competencia temporal de la CPI, es decir, a partir del 1 de noviembre de 2002. De los 30 líderes paramilitares condenados, 26 fueron condenados por homicidio, 11 por desplazamiento forzado, seis por secuestro, tres por reclutamiento de niños y dos por violación. Otros 13 son objeto de acciones judiciales (ocho dentro del proceso de justicia y paz y cinco dentro del sistema ordinario).⁵⁷⁷

El informe señala que aunque los progresos realizados “han tardado más de lo que se podría esperar en un proceso basado en confesiones, la Fiscalía no considera, por ahora, que las demoras para concluir las actuaciones penales indiquen necesariamente falta de voluntad o de capacidad.” Y valora:

“los esfuerzos de la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá y de la Corte Suprema de Justicia en descubrir e investigar acuerdos concluidos entre paramilitares y ciertos miembros del Senado de la República y otros funcionarios públicos, fenómeno conocido con el nombre de parapolítica.”⁵⁷⁸

En cuanto a la persecución de crímenes cometidos por miembros de las fuerzas armadas el Informe reseña algunas cifras, muy pequeñas en proporción a los crímenes denunciados, pero no entra en ningún análisis cualitativo, por ejemplo, del cumplimiento efectivo de las condenas. Primeramente, 207 miembros de las fuerzas armadas condenados por asesinatos de civiles bajo la competencia de la CPI, con penas que van de 9 a 51 años de prisión y 28 condenas por complicidad y encubrimiento del asesinato de civiles, con penas que van de 2 a 6 años de prisión; y la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación está investigando otros 1.669 casos. En segundo lugar 52 condenas contra oficiales pronunciadas por presuntos incidentes de falsos positivos con sentencias que van de 24 meses a 51 años de prisión. En tercer lugar “un número limitado de acciones judiciales en torno a violaciones y otras formas de violencia sexual cometidas en el contexto del conflicto armado, a pesar de la escala del fenómeno”, que incluirían cuatro condenas.⁵⁷⁹

Pero, a pesar de la existencia de un marco legal e institucional de protección de los derechos humanos y de que se han abierto investigaciones y se han llevado a cabo juicios, la inmensa mayoría de los crímenes cometidos por distintos actores armados (miembros de las fuerzas armadas y otros cuerpos de seguridad del Estado, grupos paramilitares y miembros de las guerrillas de las FARC y el ELN) continúan impunes, tanto los cometidos antes de la entrada en vigor para Colombia del Estatuto de Roma, como los posteriores a dicha fecha.⁵⁸⁰

⁵⁷⁷ THE OFFICE OF THE PROSECUTOR, *Situación en Colombia*, Reporte Intermedio, cit., p.5.

⁵⁷⁸ *Ibid.*, p.6.

⁵⁷⁹ *Ibid.*, pp.6-7. Véanse más detalles en pp. 52-64.

⁵⁸⁰ De acuerdo con EASTERDAY: “Colombia’s criminal justice system has neared collapse in the past due to the internal conflict. The result is a criminal justice system that lacks power, loyalty, and the manpower to adequately find, investigate, and prosecute the worst human rights abusers.”, EASTERDAY J.S., “Deciding the Fate of Complementarity: A Colombian Case Study”, *Arizona Journal of International & Comparative Law*, Vol. 26, No. 1, 2009, pp. 87-88.

Entre los problemas que causan esta impunidad están la sobrecarga y la lentitud de la justicia, la falta de recursos materiales y humanos, la falta de cooperación por parte de las autoridades y las fuerzas de seguridad, la aparición de nuevos grupos armados a la vez que se aplican medidas de desmovilización y perdón, la corrupción y las amenazas y los atentados contra jueces, fiscales y testigos y la persecución de los defensores y abogados de derechos humanos⁵⁸¹.

Como se ha indicado, Colombia ha sido condenada en distintas ocasiones por la Corte Interamericana de Derechos Humanos por incumplimiento de su obligación de perseguir a los responsables de tales crímenes.⁵⁸² La Corte Interamericana ha afirmado en repetidas ocasiones la obligación del Estado de combatir la impunidad por todos los medios legales disponibles, por dos motivos principales: porque propicia la repetición crónica de violaciones de derechos humanos y porque promueve la total indefensión de las víctimas y de sus familiares.⁵⁸³ En particular, los Estados tienen el deber de eliminar todos los obstáculos, de facto o de derecho, que tiendan a mantener la impunidad ⁵⁸⁴ En esta línea se ha pronunciado igualmente la propia Corte Constitucional de Colombia, en la citada sentencia de 2002⁵⁸⁵.

Las políticas gubernamentales, desde la asunción del cargo por el Presidente Uribe, se caracterizaron por un debilitamiento de los mecanismos estatales de defensa de los derechos humanos, y por el señalamiento y persecución de los defensores de derechos humanos⁵⁸⁶, así como por el fomento de la impunidad⁵⁸⁷ que ofrece datos abrumadores en lo que se refiere, por ejemplo, a las víctimas sindicalistas⁵⁸⁸, a las víctimas indígenas⁵⁸⁹ o a los delitos de desplazamiento forzado.⁵⁹⁰

⁵⁸¹ *Ibid*, cit. p.89.

⁵⁸² En su doctrina, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha distinguido una impunidad normativa o legal de una impunidad estructural. La primera se deriva de una norma jurídica que conlleva “una renuncia expresa o extinción por parte del Estado del ejercicio de su potestad punitiva”. En cambio, la impunidad estructural “proviene de un conjunto de factores de carácter endógeno o exógeno que afectan el deber de justicia penal”, de tal manera que, a pesar de existir “un sistema jurídico que podría ser capaz de lograr la reacción penal” la presencia de estos factores hace “que el Estado adopte conductas omisivas, evasivas o negligentes respecto de la investigación y sanción de los responsables de graves violaciones de derechos humanos”; SAAVEDRA ALESSANDRI, Pablo, “La Respuesta de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana a las Diversas Formas de Impunidad en Casos de Graves Violaciones de Derechos Humanos y sus Consecuencias”, en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*, Corte Interamericana de Derechos Humanos. - San José, Costa Rica, 2005, pp. 385-413, en especial pp. 392 y ss.

⁵⁸³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala*, Sentencia del 8 de marzo de 1998 (Fondo), par. 173.

⁵⁸⁴ *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*, Sentencia de 31 de enero de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), par. 268; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia*, Sentencia de 11 de Mayo de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas), par. 78.

⁵⁸⁵ Sentencia C-578 de 2002. Revisión de la Ley 742 del 5 de junio de 2002 por medio de la cual se aprueba el Estatuto de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998). 30 de julio de 2002.

⁵⁸⁶ Véanse los informes anuales del *Sistema de Información sobre Agresiones a Defensores y Defensoras de Derechos Humanos en Colombia*; disponibles [en línea] en: <http://www.somosdefensores.org/> [consultado el 26 de febrero de 2013].

⁵⁸⁷ Informe, Misión internacional de investigación, ASF FRANCE, FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, ORGANIZACIÓN MUNDIAL CONTRA LA TORTURA, “Colombia: ¿Administración de la justicia ... o de la impunidad?”, marzo 2003.

⁵⁸⁸ “En total, las violaciones al derecho a la vida, la libertad y la integridad de los miembros del movimiento sindical dejan un desolador panorama del 98,3% de impunidad.” ESCUELA NACIONAL SINDICAL, *Una política de exclusión sistemática. Panorama de la situación de los trabajadores y trabajadoras y de las organizaciones sindicales en Colombia*. Mayo de 2009, pp. 13-14.

⁵⁸⁹ “Según datos de la Fiscalía, se han asignado 182 procesos con víctimas indígenas a su Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, 163 de los cuales corresponden a homicidios, de los más de 1.075 asesinatos reportados por el Estado durante los

En segundo lugar, es particularmente relevante a los efectos de esta valoración la evaluación de todo el proceso de desmovilización realizado al amparo de la Ley 975, de 2005, conocida como “de Justicia y Paz”.

La ley fue, en buena medida, una respuesta a las observaciones muy críticas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el proceso de desmovilización informal auspiciado por el Gobierno desde 2004, con posterioridad al Acuerdo de Santa Fe de Ralito, de 15 de julio de 2003, entre el Gobierno y las Autodefensas Unidas de Colombia.⁵⁹¹ La respuesta del Gobierno fue la adopción de la Ley 975 de 2005⁵⁹². A pesar de que su objeto es “facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación”, de hecho ha facilitado la reinserción – en algunos casos transitoria - de todos los miembros de los grupos armados contra los que no se hubiera abierto ninguna investigación, ha limitado la responsabilidad de los restantes a un máximo de ocho años de privación de libertad, que pueden cumplirse fuera de los recintos penitenciarios, con sujeción teórica a ciertas condiciones⁵⁹³ y ha tenido un efecto apenas perceptible sobre el proceso de paz y sobre los derechos de las víctimas⁵⁹⁴.

La posición del Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos al respecto fue muy crítica, en el sentido de que la norma no reunía los elementos esenciales aconsejables para establecer una justicia de transición que lograra la desmovilización de los grupos armados ilegales y el cese de sus hostilidades y la adecuada garantía de los derechos de las víctimas⁵⁹⁵. La Oficina consideró que la Ley era incompatible con un conjunto de principios y normas internacionales, relativos a la protección de los

últimos 10 años); aunque según la información proporcionada por el Gobierno no todos las investigaciones por homicidio contra indígenas son manejados de esta unidad.” CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas; “La situación de los pueblos indígenas en Colombia: Seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior”; Doc. A/HRC/15/34/; cit., par. 22.

⁵⁹⁰ “De acuerdo con la Fiscalía General de la Nación, a septiembre de 2009 existían 2.649 casos activos por el delito de desplazamiento forzado en el marco de la ley 600 de 2000, de los cuales el 96,68% de estos (2.561 casos) no contaba siquiera con la identificación del presunto (os) autor(es), pues se encuentran en etapa de indagación preliminar, y el 3,32% (88 casos) se encontraba en etapa de instrucción. En el marco de la ley 906 de 2004, existían 5.536 casos activos, de los cuales el 99,87% (5.529 casos) aún no contaban siquiera con individualización del autor, ya que se encontraban en la etapa de indagación; el 0,02% (1 caso) está en etapa de investigación, el 0,09% (5 casos) está en etapa de juicio y el 0,02% (1 caso) terminó anticipadamente.” COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS, “Casi cinco millones de personas desplazadas en Colombia requieren la protección de sus derechos”; disponible [en línea] en http://www.coljuristas.org/documentos/comunicados_de_prensa/com_2010-10-04.pdf.

⁵⁹¹ Figura como Anexo V al documento *Proceso de paz con las Autodefensas*, Informe Ejecutivo, Presidencia de la República. Oficina Alto Comisionado para la Paz. Disponible en: <http://www.cooperacioninternacional.com/descargas/informefinaldesmovilizaciones.pdf>.

⁵⁹² Ley 975, de 25 de julio de 2005; *Diario Oficial* 45.980.

⁵⁹³ Entre ellas, y además de la aceptación de los cargos, las siguientes: “En presencia de su defensor, manifestarán las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que hayan participado en los hechos delictivos cometidos con ocasión de su pertenencia a estos grupos, que sean anteriores a su desmovilización y por los cuales se acogen a la presente ley. En la misma diligencia indicarán los bienes que se entregan para la reparación a las víctimas, si los tuvieren, y la fecha de su ingreso al grupo.”; Artículo 17 de la Ley.

⁵⁹⁴ En opinión de EASTERDAY: “the JPL in effect does little to promote justice, truth, reparations, or reconciliation for victims in Colombia; instead, it serves as a quasi-amnesty for the worst perpetrators of crimes against humanity and human rights abuses.”, “Deciding the Fate of Complementarity: A Colombian Case Study”, cit., p.81.

⁵⁹⁵ Intervención del señor Amerigo INCALCATERRA, Director Encargado de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en el Foro “Paramilitarismo, desmovilización y política” Bogotá, 21 de septiembre de 2005; publicado por el EQUIPO NIZKOR; disponible en <http://www.derechos.org/nizkor/colombia/doc/amerigo.html>.

derechos humanos y los derechos de las víctimas⁵⁹⁶ y que podía reforzar la impunidad y con ello favorecer la reiteración de los crímenes, generar más violencia y obstaculizar el logro de una paz auténtica.

La aplicación de la Ley ha permitido revelar decenas de miles de delitos, descubrir numerosas fosas comunes y recuperar más de dos mil cadáveres que han podido ir siendo identificados y devueltos a sus familias. No obstante, según un exhaustivo informe de 2009, la Ley de Justicia y Paz se ha convertido en una norma residual que se aplica a una mínima parte de los desmovilizados⁵⁹⁷; y a pesar de que fue objeto de anulación parcial por la sentencia C-370 de la Corte Constitucional de 2006⁵⁹⁸, tras las demandas planteadas por las organizaciones de derechos humanos, sus resultados son muy limitados:

“De los aproximadamente 35.353 paramilitares “desmovilizados” (31.671 en la modalidad colectiva, y 3.682, en la del tipo individual), 31.718, es decir el equivalente a un 89,72%, fueron beneficiados con una amnistía *de facto* mediante la aplicación del Decreto 128 de 2002, bajo el argumento de que no tenían investigaciones o condenas en su contra por delitos ‘graves’. Quienes no se encontraban en esa condición, fueron sometidos al tratamiento de la Ley 975 de 2005, y hoy ostentan la calidad de “postulados” a los procedimientos de ‘Justicia y Paz’. Al número de desmovilizados que no fueron sometidos a la Ley 975 de 2005, sino que obtuvieron los beneficios de la Ley 782 y del Decreto 128 de 2002⁵⁹⁹, no se les exigió revelar la verdad sobre las violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario en las que participaron o de las que tuvieran conocimiento, durante su pertenencia al grupo armado ilegal, y, por lo tanto, respecto de esos hechos no ha sido posible determinar responsables, mandos, financiadores, promotores y cómplices en la sociedad y en el Estado, generándose con esas disposiciones la mayor impunidad frente a los delitos del paramilitarismo”⁶⁰⁰.

⁵⁹⁶ Naciones Unidas, OFICINA EN COLOMBIA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, Comunicado de prensa. “Consideraciones sobre la ley de “justicia y paz”, Bogotá, 27 de junio de 2005.

⁵⁹⁷ MOVIMIENTO NACIONAL DE VICTIMAS DE CRÍMENES DE ESTADO, LA FUNDACIÓN COMITÉ DE SOLIDARIDAD CON LOS PRESOS POLÍTICOS, CORPORACIÓN COLECTIVO DE ABOGADOS JOSE ALVEAR RESTREPO; *Sin Justicia y Sin Paz. Verdad Fragmentada, Reparación Ausente*; cit., pp. 10-11. En la misma línea, FIDH, FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, “Colombia. La desmovilización paramilitar, en los caminos de la Corte Penal Internacional”, Octubre 2007 - N°481/3, p.72.

⁵⁹⁸ República de Colombia. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia No. C-370/2006. Referencia: Expediente D-6032. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 2, 3, 5, 9, 10, 11.5, 13, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 31, 34, 37 numerales 5 y 7, 46, 47, 48, 54, 55, 58, 62, 69, 70 y 71 de la Ley 975 de 2005 “Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios”, y contra la ley en su integridad. Bogotá, D.C., 18 de mayo de 2006. La Corte Constitucional confirmó la Ley pero derogó algunas de sus disposiciones y enmendó otras. Los cambios iban en la línea de garantizar la participación de las víctimas en todas las etapas de las actuaciones judiciales; de facilitar la tarea de los fiscales respecto de los plazos establecidos para sus investigaciones; de denegar el acceso a los beneficios de la Ley a quienes no confesaran sus delitos y cooperasen plenamente en todas las etapas del proceso; de asegurar la entrega, de los bienes obtenidos ilícitamente para la reparación de las víctimas, así como de los obtenidos lícitamente, si fueran necesarios para dicha reparación; *ibid.*

⁵⁹⁹ La Ley 782 de 23 de diciembre de 2002 y el Decreto 128 de 2003, contienen, en la práctica, una amnistía para los paramilitares de bajo y medio rango que cometieron crímenes de lesa humanidad, sin obligación de confesarlo, ni de revelar las circunstancias de los mismos.

⁶⁰⁰ MOVIMIENTO NACIONAL DE VICTIMAS DE CRÍMENES DE ESTADO, LA FUNDACIÓN COMITÉ DE SOLIDARIDAD CON LOS PRESOS POLÍTICOS, CORPORACIÓN

Los datos oficiales aportados por el Gobierno mostraban en 2009 el siguiente balance:

“En lo relativo al balance de aplicación de la Ley 975 de 2005, la Unidad Nacional para la Justicia y la Paz informó, en Oficio No. 004794 del 7 de mayo de 2009, que a mayo de 2009 se registraban los siguientes datos: (i) postulados a los procedimientos de ‘Justicia y Paz’: 3.751, de los cuales 3.635 correspondían a integrantes de las ‘Autodefensas’ y 116 a miembros de los ‘Grupos de Subversión’; (ii) total de emplazamientos publicados: 3.265; (iii) total de diligencias de versión libre iniciadas: 1.794 (al 14 de abril de 2009); (iv) total de versiones libres terminadas: 1206 (al 14 de abril de 2009); (v) total de diligencias de versión libre en curso: 588 (al 14 de abril de 2009); (vi) total de audiencias de imputación de cargos: 82; (vii) respecto a las audiencias de formulación de cargos realizadas en ‘Justicia y Paz’, la Unidad manifestó que esa información se encontraba en proceso de consolidación; (viii) total de audiencias de legalización de cargos: 2; (ix) total de sentencias proferidas: 1 (al mes de mayo de 2009, antes de que fuese declarada nula por la Corte Suprema de Justicia); (x) total de incidentes de reparación: 702 víctimas han solicitado la apertura del incidente, pero sólo 1 ha sido resuelto; (xi) total de extraditados postulados a la Ley 975 de 2005:21.”⁶⁰¹

Los informes de los mecanismos internacionales de control de derechos humanos coinciden en una valoración negativa del despliegue de la Ley de Justicia y Paz; es el caso del Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos, sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias⁶⁰² o de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.”⁶⁰³

El tercer elemento pertinente a los efectos de valorar la situación de impunidad es la estrategia del gobierno colombiano de extraditar, en sucesivas decisiones, a los principales jefes paramilitares⁶⁰⁴ a los Estados Unidos⁶⁰⁵,

COLECTIVO DE ABOGADOS JOSE ALVEAR RESTREPO; *Sin Justicia y Sin Paz. Verdad Fragmentada, Reparación Ausente*; cit. pp. 26-28.

⁶⁰¹ *Ibid.*, cit., p. 34. Efectivamente, hasta julio de 2009, la única sentencia dictada fue anulada por la Corte Suprema de Justicia, el 31 de julio de 2009. Se trata de la sentencia en la causa penal contra Wilson Salazar Carrascal, conocido con el alias de “El Loro”. *Ibid.*, p.35.

⁶⁰² “Pese a que los paramilitares han confesado más de 30.000 delitos, incluidos 20.675 homicidios, sólo 136 de esos casos se han puesto en conocimiento de los tribunales y no se ha dictado ni una sola sentencia. No hay antecedentes sobre cómo llegó a cometerse un número tan enorme de delitos, quiénes fueron sus autores y quiénes los ordenaron. Incluso son pocos los paramilitares que han concluido el proceso previsto en la LJP. En junio de 2009 había 3.751 postulantes al proceso, de los cuales 1.210 se retiraron antes de hacer sus declaraciones respecto de los delitos cometidos.”; Doc. A/HRC/14/24/Add.2; 31 de marzo de 2010, cit. pars. 54 y 59-60.

⁶⁰³ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia; Naciones Unidas, Doc. A/HRC/16/22, 3 de febrero de 2011; cit., pars. 38-40,

⁶⁰⁴ Véase: GÓMEZ ISA, F. “Justicia, Verdad y Reparación en el proceso de desmovilización paramilitar en Colombia”, en GÓMEZ ISA, F. (dir.), *Colombia en su laberinto. Una mirada al conflicto*, La Catarata, Bilbao, 2008, pp. 87-166; EASTERDAY J.S., “Deciding the Fate of Complementarity: A Colombian Case Study”, cit., pp 71-83.

⁶⁰⁵ Primero lo fue, el 3 de abril de 2008, Carlos Mario Jiménez, alias “Macaco” y después, el 12 de mayo de 2008, otros catorce dirigentes: Salvatore Mancuso Gómez, alias “Mono Mancuso, Santander Lozada o Triple Zero”; Ramiro Vanoy Murillo, alias “Cuco Vanoy”, “Marcos” o el “Patron”; Francisco Javier Zuluaga, alias “Gordo lindo” o “Gabriel Galindo”; Diego Fernando Murillo Bejarano, alias “don Berna”, “pataepalo”, “el ñato” o “Adolfo Paz”; Rodrigo Tovar Pupo, alias “Jorge 40”; Manuel Enrique Torregrosa, alias “Chan”; Guillermo Pérez Alzate, alias “Pablo Sevillano”, “William Naranjo”, “Pablo” o “el patrón”; Hernán Giraldo, alias “el Viejo” o “el Patrón”; Martín Peñaranda Osorio, alias “El Burro”; Nodier Giraldo Giraldo, alias “el cabezón”; Eduardo Enrique Vengoechea, alias “Flaco”; Edwin Mauricio Gómez, alias

donde habían sido reclamados por distintos delitos, fundamentalmente vinculados al narcotráfico.

Para justificar la extradición, el Presidente Uribe alegó, primeramente que algunos de los paramilitares extraditados habían reincidido en la comisión de delitos con posterioridad a su desmovilización, esto es, a su sometimiento voluntario a la ley de justicia y paz; en segundo lugar, que algunos jefes paramilitares no cooperaban debidamente con la justicia para el esclarecimiento de la verdad y, por último, que otros incumplían con la reparación de las víctimas al ocultar bienes o retrasar su entrega. La decisión fue criticada abiertamente, tanto por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos⁶⁰⁶ como por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁶⁰⁷ que puso de relieve que la estrategia de extradiciones impide la investigación y el juzgamiento de graves crímenes en Colombia y dificulta las posibilidades de participación directa de las víctimas en la búsqueda de la verdad y limita el acceso a la reparación del daño causado, además de obstaculizar los esfuerzos para esclarecer los vínculos entre agentes del Estado y los líderes paramilitares. Y en la misma línea se pronunció la Corte Interamericana de Derechos Humanos en julio de 2009⁶⁰⁸, y la Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre la independencia de los magistrados y abogados, tras su visita a Colombia, llevada a cabo en diciembre de 2010.⁶⁰⁹ En distintas decisiones la Corte Suprema de Justicia de Colombia afirmó que la extradición es incompatible con la Ley 975 de 2005, cuya aplicación debe ser prevalente cuando se trate de crímenes contra la humanidad⁶¹⁰, aunque más recientemente se ha pronunciado en sentido contrario.⁶¹¹

En cuarto lugar está el problema de las amenazas y los atentados contra jueces y fiscales cuando tratan de cumplir con sus funciones y arrojar luz sobre las redes criminales y los delitos cometidos. Así lo ha expresado la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados:

“El Repetido” o “El Pobre Mellizo”; Diego Alberto Arroyave, alias “Diego Arroyave” o el “Primo”; y Juan Carlos Sierra Ramírez, alias “El Tuso”. Después, la política de extradiciones han continuado hasta mayo de 2009 por lo menos en otros catorce casos.

⁶⁰⁶ OFICINA EN COLOMBIA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Pronunciamiento sobre la extradición de 13 ex jefes paramilitares y su impacto en la lucha contra la impunidad Bogotá D.C., 13 de mayo de 2008.

⁶⁰⁷ COMISIÓN INTER-AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. CIDH expresa preocupación por extradición de paramilitares colombianos. Comunicado de prensa, N° 21/08. 14 de mayo de 2008. Disponible en: <http://cidh.org/Comunicados/Spanish/2008/21.08sp.htm>.

⁶⁰⁸ Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 8 de julio de 2009. *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia; par. 41.

⁶⁰⁹ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Sra. Gabriela Carina Knaul de Albuquerque e Silva, Adición. Misión a Colombia; Naciones Unidas, Doc. A/HRC/14/26/Add.2, 15 de abril de 2010, par.39.

⁶¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente: Dr. José Leonidas Bustos Martínez, Aprobado acta No. 048, Extradición: 32568, 17 de febrero de 2010.

⁶¹¹ “Sin embargo, la Sala estima conveniente replantear el tema, para considerar que aun dada la circunstancia expuesta, ha de otorgarse vía libre a la extradición, como instrumento de cooperación internacional contra la delincuencia, pues observa que en la práctica el propósito que sirvió de fundamento a su postura no se ha cumplido cabalmente, toda vez que después de siete años de instrumentalizarse el proceso de justicia y paz, quienes se han acogido a dicho trámite no han contribuido en forma real, eficaz y transparente al esclarecimiento de la verdad, como tampoco con la finalidad de reparar a las víctimas, contexto dentro del cual entiende la Corte que no puede soslayar la objetiva existencia de aquellos presupuestos que hacen viable el instrumento de colaboración internacional contra la criminalidad como la extradición.” Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente Dr. Luis Guillermo Salazar Otero, Aprobado Acta No. 300, Extradición 35630, 14 de agosto de 2012, pp. 26-27.

“Más de 300 actores judiciales han sido asesinados durante los últimos 15 años. Aunque la situación ha mejorado desde 2004, los asesinatos continúan. [...]. Lo más grave es que la mayoría de estos crímenes no son adecuadamente investigados y menos aún sancionados penalmente, contribuyendo así a mantener el clima de impunidad. La Fiscalía General no investiga eficazmente ni siquiera los asesinatos y atentados de que han sido víctimas sus fiscales y miembros del Cuerpo Técnico de Investigación. La Policía Nacional estableció que, durante el período 2003 a 2009, fueron asesinados un magistrado, seis jueces, 12 fiscales y 334 abogados.”⁶¹²

Aunque en este punto, la Comisión Interamericana en su visita a Colombia en 2012 valoró positivamente “importantes avances en el desarrollo de la institucionalidad estatal dedicada a la protección de los derechos humanos” y “el importante impulso que el Gobierno de Colombia ha dado a las políticas públicas en materia de derechos humanos y al fortalecimiento de la atención de las víctimas de violaciones y la protección de personas en riesgo, así como la significativa inversión en recursos tanto humanos como financieros que el Estado está realizando en estas áreas”.⁶¹³

Por último, los más recientes desarrollos legislativos en Colombia no contribuyen precisamente a reforzar la impresión de que se ha asumido de manera concluyente el compromiso contra la impunidad. Baste con destacar dos de ellos.

En junio de 2012 la Cámara de Representantes y el Senado aprobaron el denominado “Marco Legal para la Paz”, un breve texto, que modifica la Constitución, y que, según el Gobierno, está destinado a dotarlo de instrumentos de justicia transicional. El artículo primero, el más importante, introduce un nuevo artículo transitorio (el 66) en la Constitución Política que dispone, entre otras cosas, que:

“[...] Una Ley estatutaria podrá autorizar un tratamiento diferenciado para los distintos grupos armados al margen de la ley que hayan sido parte en el conflicto armado interno y también para los agentes del Estado, en relación con su participación en el mismo. [...] El Fiscal General de la Nación determinará criterios de priorización para el ejercicio de la acción penal. [...] el Congreso de la República, por iniciativa del Gobierno Nacional, podrá mediante ley estatutaria determinar criterios de selección que permitan centrar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables de todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, o genocidio; establecer los casos en los que procedería la suspensión de la ejecución de la pena; establecer los casos en los que proceda la aplicación de sanciones extra-judiciales, de penas alternativas, o de modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena; y autorizar la renuncia condicionada a la persecución judicial penal de todos los casos no seleccionados. Los criterios de priorización y selección deberán tener en cuenta la gravedad y representatividad de los casos.”

La ley condiciona el tratamiento especial a la dejación de las armas, el reconocimiento de responsabilidad, la contribución al esclarecimiento de la

⁶¹² CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, Doc. A/HRC/14/26/Add.2, cit., par.53.

⁶¹³ Anexo al Comunicado de Prensa 144/12 emitido al culminar la visita *in loco* a Colombia. Observaciones preliminares de la CIDH sobre la visita *in loco* a Colombia, 7 de diciembre de 2012; disponible [en línea] en <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2012/144A.asp> [consultado el 27 de febrero de 2013].

verdad y a la reparación integral de las víctimas, y la liberación previa de los secuestrados en poder del grupo armado al margen de la ley. Y se aplicará exclusivamente a quienes se desmovilicen colectivamente en el marco de un acuerdo de paz o a quienes se desmovilicen de manera individual de conformidad con los procedimientos establecidos y no se aplicará a otros grupos armados ilegales que no hayan sido parte en el conflicto armado interno, ni a miembros de un grupo armado que una vez desmovilizado sigan delinquirando.

En su informe de 2012, la Fiscalía de la Corte toma nota de esta reforma constitucional, así como de la Directiva 0001 de 2012 de la Fiscalía General de la Nación, referente a la priorización de casos⁶¹⁴. Se señala que, dada la posible relación entre el Marco Legal para la Paz y las actuaciones nacionales relativas a crímenes de competencia de la CPI y la evaluación de la admisibilidad de casos ante la misma, su aplicación guarda una relación directa con el examen preliminar de la situación en Colombia. Y afirma que:

“vería con preocupación toda medida que pareciera diseñada para proteger u obstaculizar el establecimiento de la responsabilidad penal de personas por crímenes de competencia de la Corte. Incluso cuando se tratara de infractores de rango aparentemente menor, las actuaciones en torno a la presunta comisión de crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad deben garantizar el máximo nivel de conocimientos posible sobre los crímenes específicos cometidos por cada acusado, ya que esa información podría resultar muy útil para reconstruir la conducta operacional de cada grupo, así como las líneas de mando interno. No examinar esa información podría afectar negativamente los esfuerzos de un Estado de llevar a cabo actuaciones auténticas respecto de los máximos responsables de los crímenes más graves. [...] La Fiscalía examinará la cuestión de las sentencias, incluidas las sentencias reducidas y las suspendidas, a la luz de los hechos y las circunstancias de cada caso. En concreto, la Fiscalía determinará si en la aplicación de esas disposiciones, se han realizado esfuerzos razonables por establecer la verdad acerca de los crímenes graves cometidos por cada acusado, si se ha establecido la responsabilidad penal adecuada de esos crímenes y si, en las circunstancias, cabe decir que la sentencia es consistente con la intención de llevar ante la justicia a la persona en cuestión.”⁶¹⁵

En sus comentarios tras la última visita *in loco* a Colombia, en diciembre de 2012, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha expresado también su preocupación por “el concepto de selectividad y la posibilidad contemplada de renunciar a la investigación y procesamiento de graves violaciones a los derechos humanos, en cuanto a que serían incompatibles con las obligaciones del Estado”.⁶¹⁶

La segunda medida legislativa se refiere a la reforma constitucional relativa a la jurisdicción militar. En marzo de 2012 el Gobierno presentó un

⁶¹⁴ Directiva No. 0001, “Por medio de la cual se adoptan unos criterios de priorización de situaciones y casos, y se crea un nuevo sistema de investigación penal y de gestión de aquellos en la Fiscalía General de la Nación”, 4 de octubre de 2012, disponible [en línea] en <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2012/10/Directiva001.pdf> (consultado el 27 de febrero de 2013).

⁶¹⁵ THE OFFICE OF THE PROSECUTOR, Situación en Colombia, Reporte Intermedio, cit., pars. 201-206.

⁶¹⁶ Anexo al Comunicado de Prensa 144/12 emitido al culminar la visita *in loco* a Colombia. Observaciones preliminares de la CIDH sobre la visita *in loco* a Colombia, 7 de diciembre de 2012; disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2012/144A.asp>.

proyecto de ley⁶¹⁷ que proponía la reforma de los artículos 116, 152 y 221 de la Constitución Política de Colombia con relación al fuero penal militar. Entre las voces críticas respecto del mismo resulta especialmente llamativa la iniciativa conjunta, el 22 de octubre de 2012, de once titulares de mandatos de procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, pidiendo, en una carta abierta al Gobierno de Colombia y al Congreso de la República que reconsideraran la reforma constitucional⁶¹⁸. Generó igualmente duras críticas por parte de las organizaciones de derechos humanos, como *Human Rights Watch* o de la Oficina de Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia, y también por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.⁶¹⁹

A pesar de ello la reforma fue aprobada en diciembre de 2012 con el apoyo de la cúpula militar⁶²⁰. Según la misma, los tribunales militares serán los responsables de investigar y sancionar "los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio", con exclusión de los "crímenes de lesa humanidad, ni de los delitos de genocidio, desaparición forzada, ejecución extrajudicial, violencia sexual, tortura y desplazamiento forzado". Esta lista deja fuera no solamente las infracciones del derecho internacional humanitario sino muchas otras violaciones de derechos humanos. La reforma establece que casos relacionados con el servicio serán conocidos por el fuero militar y que, en caso de duda, una comisión mixta integrada por representantes de la jurisdicción militar y ordinaria intervendrá para determinar la competencia. Con ello se invierte la regla reconocida en la jurisprudencia reiterada de los órganos del sistema interamericano, de que los casos sean resueltos en la jurisdicción ordinaria, siendo excepcional la transferencia a la justicia penal militar.

La reforma constitucional incluye también la creación de un Tribunal de Garantías Penales que controle las investigaciones y los enjuiciamientos contra miembros de las fuerzas militares y la policía.

En el informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas Derechos Humanos se critica esta medida:

"El sistema de justicia militar debe utilizarse únicamente para juzgar crímenes o delitos que por su propia naturaleza atenten contra los intereses jurídicos relacionados directamente con los militares. Cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe ser examinado por los tribunales civiles, se vulnera el derecho de las víctimas

⁶¹⁷ Proyecto de ley N° 16/2012 (Senado) - 192/2012 (Congreso). Gaceta del Congreso 70, 16 de marzo de 2012.

⁶¹⁸ "De aprobarse esta reforma, se perjudicaría seriamente la administración de la justicia para casos de presuntas violaciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, incluidos los crímenes graves, por parte de las fuerzas militares o de la policía (Fuerza Pública). Consideramos que dicha reforma representaría un retroceso histórico en los avances del Estado Colombiano en la lucha contra la impunidad y el respeto y garantía de los derechos humanos."; "Carta abierta de titulares de mandatos de los Procedimientos Especiales del Consejo de Derechos Humanos al Gobierno y a los representantes del Congreso de la República de Colombia," 22 de octubre de 2012, disponible [en línea] en: <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=12683&LangID=S> [consultado el 26 de febrero de 2013].

⁶¹⁹ Comunicado de prensa, de 4 de enero de 2013, disponible [en línea] en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2013/004.asp>. [consultado el 26 de febrero de 2013]

⁶²⁰ Acto Legislativo N°02. 27 Diciembre de 2012 "Por el cual se reforman los artículos 116, 152 y 221 de la Constitución Política de Colombia". Disponible [en línea] en: <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/actos-legislativos/2012/ACTO%20LEGISLATIVO%20N%C2%B0%2002%20DEL%207%20DE%20DICIEMBRE%20DE%202012.pdf> [consultado el 27 de febrero de 2013].

de acceso a la justicia, así como el derecho a ser juzgado por un juez competente, independiente e imparcial.”⁶²¹

Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia ha admitido, el 11 de marzo de 2013, a trámite una demanda de inconstitucionalidad presentada en febrero por varios congresistas y organizaciones no gubernamentales (ONG). De manera paralela el Gobierno ha presentado el proyecto de Ley Estatutaria que desarrolla la reforma de la Justicia Penal Militar en Colombia.

En sus conclusiones tras la citada *visita in loco* a Colombia, de diciembre de 2012, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos valora elementos positivos en las políticas de Colombia destacando:

“... el progreso en la rendición de versiones libres en los procesos de Justicia y Paz, destinada al develamiento de la verdad; los avances dirigidos a otorgar una reparación a las víctimas del conflicto a través de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, y la labor de la Unidad Nacional de Protección para proteger a las personas que se encuentran en una situación de riesgo. La Comisión reconoce asimismo la labor de la Corte Constitucional de Colombia para garantizar los derechos de las y los colombianos.”⁶²²

Pero también señala que:

“... como consecuencia de la falta de una desarticulación efectiva y completa de las estructuras armadas de grupos paramilitares y grupos armados ilegales como las FARC y el ELN, la violencia continúa impactando severamente los derechos de los habitantes de Colombia, en especial las mujeres, pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes, lideresas y líderes sociales, defensoras y defensores de derechos humanos, personas LGBTI, niñas, niños y adolescentes, y las personas que viven en extrema pobreza. [...]

La Comisión considera que la construcción de la paz se encuentra indisolublemente vinculada a la investigación, juzgamiento y reparación de violaciones de los derechos humanos, particularmente, aquéllas cometidas por los agentes del Estado o con su apoyo o aquiescencia.”⁶²³

Igualmente el Informe de la Fiscalía de la CPI concluye con el establecimiento de ciertas prioridades en el seguimiento de la situación en Colombia:

“En resumen, a partir de la fecha de publicación del presente informe, el examen preliminar de la situación en Colombia se centrará en: i) el seguimiento del Marco Legal para la Paz y otros desarrollos legislativos relevantes, así como también aspectos jurisdiccionales relacionados con la aparición de “nuevos grupos armados ilegales”, ii) las actuaciones judiciales relacionadas con la promoción y la expansión de los grupos paramilitares, iii) las actuaciones judiciales relacionadas con desplazamientos forzosos, iv) las actuaciones judiciales relacionadas con crímenes sexuales, y v) los casos de falsos positivos.

La Fiscalía toma nota de las diversas medidas tomadas por las autoridades colombianas hasta la fecha para conseguir justicia para las víctimas de crímenes internacionales, y espera que las autoridades

⁶²¹ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. *Informe anual de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*. Adición. Informe de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia. Doc. A/HRC/22/17/Add.3, 7 de enero de 2013; pars. 79-83.

⁶²² Observaciones preliminares de la CIDH sobre la visita in loco a Colombia, 7 de diciembre de 2012, cit.

⁶²³ *Ibid.*

nacionales abordarán próximamente las prioridades que se han mencionado antes. La Fiscal continuara evaluando el progreso de los esfuerzos estatales por garantizar que Colombia procese a todos los que puedan considerarse máximos responsables por crímenes de competencia de la Corte.”⁶²⁴

4. CONSIDERACIONES FINALES: ES NECESARIA Y URGENTE LA APERTURA DE UNA INVESTIGACIÓN EN RELACIÓN CON LA SITUACIÓN EN COLOMBIA

Teniendo en cuenta el escaso grado de cumplimiento de la obligación de perseguir y castigar a los culpables de dichos crímenes en las últimas décadas y, específicamente, durante los años del mandato del Presidente Uribe, y dado el grado de infiltración de la criminalidad en todo el aparato del Estado en Colombia, no resulta arriesgado afirmar que, a pesar de la existencia de un aparato institucional aparentemente adecuado, Colombia *no quiere*⁶²⁵ o, por lo menos, *no puede* llevar a cabo de manera efectiva las investigaciones y los juicios pertinentes.

En enero de 2010 se había hecho público el informe elaborado por el profesor de la Universidad de Göttingen, Kai AMBOS, sobre los resultados de una investigación en torno al proceso de despliegue de la Ley 975/2005, en relación con el principio de complementariedad del Estatuto de la CPI. Sus conclusiones, aunque críticas con la situación de Colombia, conservaban un margen de confianza respecto de la gestión de las autoridades colombianas, traducido en un conjunto de recomendaciones de mejora⁶²⁶.

Según ese Informe, en Colombia “se cumplen los elementos de magnitud, naturaleza y modo de comisión para afirmar la existencia de la gravedad jurídica” de la situación⁶²⁷. Sin embargo se concluía que no hay inactividad del Estado ni falta de voluntad o de capacidad para llevar a cabo las necesarias investigaciones. Entre otros, se aportaban los siguientes argumentos::

⁶²⁴ THE OFFICE OF THE PROSECUTOR, Situación en Colombia, Reporte Intermedio, cit., pars. 204-225.

⁶²⁵ EASTERDAY se refiere a los indicios de falta de voluntad, propuestos en un informe de expertos para la CPI; “Informal Expert Paper: The Principle of Complementarity in Practice”, ICC-OTP, 2003; disponible [en línea] en <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc654724.PDF>: “Indicia: An assessment of unwillingness will involve a search for indicia of a purpose of shielding the person from criminal responsibility or a lack of an intent to bring the person to justice. This may be inferred from:

- direct or indirect proof of political interference or deliberate obstruction and delay;
- general institutional deficiencies (political subordination of investigative, prosecutorial or judicial branch);
- procedural irregularities indicating a lack of willingness to genuinely investigate or prosecute; or
- a combination of these factors”, par. 47 (véase también Anexo IV)

Y concluye que: “The foregoing evidence demonstrates that the JPL was enacted for the purpose of shielding the AUC from criminal responsibility for crimes against humanity, in direct opposition to Article 17. Considering the indicia provided by ICC experts, Colombia’s JPL and the government’s subsequent actions demonstrate that Colombia is genuinely unwilling to prosecute those most responsible for mass atrocities.”; .EASTERDAY, J.S., “Deciding the Fate of Complementarity: A Colombian Case Study” cit., pp. 104-105.

⁶²⁶ AMBOS, K. (con la colaboración de Florian HUBER, Rodrigo A. GONZÁLEZ-FUENTE RUBILAR y John E. ZULUAGA TABORDA), “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” Editorial Temis S. A., Bogotá, 2010. En especial, pp. 195 y ss. Las recomendaciones en pp. 213-219.

⁶²⁷ *Ibid.*, par. 408, p.210.

“[...] No existe una inactividad fáctica ni normativa que impida la activación del test de complementariedad del artículo 17 ECPI. En términos generales, se puede comprobar que el procedimiento de la LJP cumple con los requisitos de investigación, enjuiciamiento y juicio del artículo 17 ECPI.

410. El marco normativo de la LJP y su aplicación permiten concluir que el Estado colombiano está dispuesto a llevar a cabo una investigación y el enjuiciamiento de los responsables de crímenes internacionales. En primer lugar, no existe un propósito de sustraer de la responsabilidad penal a los miembros de los GAOML. La LJP no concede una amnistía ni un indulto, sino prevé con la figura de la pena alternativa una reducción sustancial de la pena, es decir una medida que no llega a ser una plena exención. No se trata de falta de voluntad sobre la base de mala fe. En segundo lugar, hasta el momento no se puede hablar de una demora injustificada de los procesos penales.[...] En tercer lugar, el diseño de la LJP permite procedimientos independientes e imparciales. [...] Sin embargo, las medidas tomadas en relación con la extradición de varios comandantes paramilitares y el tratamiento de los llamados soldados rasos no postulados a la LJP deben ser monitoreadas en el futuro para evaluar la voluntad del Estado colombiano de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de crímenes internacionales.

411. En cuanto al criterio de la falta de capacidad, se puede concluir que no existe un colapso total o sustancial del sistema de administración de justicia en Colombia por la existencia de un marco institucional para la activación y aplicación de la LJP y el trabajo realizado por este. La valoración del criterio de la carencia o no disponibilidad de un sistema de justicia nacional es más difícil. Según una interpretación más restrictiva, que es aplicada por la misma CC, debe tratarse de la ausencia evidente de condiciones objetivas necesarias para llevar a cabo el juicio y comparables con los eventos expresamente mencionados en el artículo 17 (3) ECPI. Este no es el caso en Colombia. Solamente la aplicación de un criterio más amplio para la definición de la carencia o no disponibilidad, que parte de un análisis de la efectividad de un recurso judicial en concreto, podría llevar a otra conclusión.”⁶²⁸[referencias internas omitidas]

Apenas un año después, en una actualización de la valoración, el propio Profesor AMBOS era mucho menos optimista:

“The *limited progress* with regard to pending and ongoing investigations under the framework of Law 975 of 2005 due to normative, procedural, institutional and structural problems, the difficulties to investigate and prosecute members of illegal armed groups not taking part in the special procedure of Law 975 of 2005, and of politicians, high rank military commanders and influential business men for their ties with illegal armed groups since 2002 under the ordinary judicial system, the extradition of leading paramilitary commanders, and the permanent pressure of the former government under ex-president Álvaro Uribe to limit independent investigations of the Supreme Court of Justice against representatives or allies of his government, clearly indicate that Colombia, despite some progress in the proceedings against low or mid rank members of illegal armed groups or state officials, struggles with significant difficulties to comply with the prerequisites under Art. 17. Thus, unfortunately, since the termination of our study in

⁶²⁸ *Ibid.*, par. 408, p.210.

January 2010, no significant progress has been made with a view to our recommendations set out above.

[...] If no substantive progress on the various fronts identified in our study is made in the short or medium term, it is becoming increasingly difficult to justify a (selective) non-intervention of the ICC – notwithstanding the Prosecutor's apparent personal preferences.”⁶²⁹

Y, lamentablemente, el cambio de Presidente tras las elecciones de junio de 2010 y la elección de quien fue ministro con los presidentes Gaviria, Pastrana y Uribe, Juan Manuel Santos Calderón, no parece hasta ahora haber modificado sensiblemente ni las pautas de graves violaciones de derechos humanos que aquí se han expuesto ni los patrones de impunidad, a pesar de las expectativas creadas y de algunos indicios esperanzadores.

Entre los aspectos positivos de este proceso se han destacado⁶³⁰ el compromiso de una política integral de derechos humanos y derecho internacional humanitario⁶³¹; las medidas adoptadas frente a las actividades de espionaje ilegal del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS)⁶³², o la presentación del proyecto de ley sobre víctimas y restitución de tierras⁶³³.

⁶²⁹ AMBOS, K.- HUBER, F., “The Colombian Peace Process and the Principle of Complementarity of the International Criminal Court: Is there sufficient willingness and ability on the part of the Colombian authorities or should the Prosecutor open an investigation now?” Extended version of the Statement in the “Thematic session: Colombia”, ICC OTP - NGO Roundtable, 19/20 October 2010, The Hague; Göttingen, Germany, 5 January 2011, pp. 10-11. Disponible [en línea] en la página web de la Fiscalía de la CPI: <http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Structure+of+the+Court/Office+of+the+Prosecutor/Comm+and+Ref/Colombia/> [consultado el 26 de febrero de 2013]. En relación con la referencia a las preferencias de quien fuera Fiscal de la CPI hasta junio de 2012, los autores citan una entrevista en el diario colombiano *El Tiempo*, de 6 de diciembre de 2010: “Colombia puede ofrecer su experiencia: fiscal jefe de la CPI”; disponible [en línea] en; http://www.eltiempo.com/justicia/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-8537230.html. En la entrevista, de 6 de diciembre de 2010 a la pregunta: ¿Estamos, entonces, lejos de que el país pase a ser investigado...?, la respuesta de Luís MORENO OCAMPO es: “En la medida en que Colombia cumpla con las promesas que hizo el presidente Santos, la Corte no debe intervenir.”

⁶³⁰ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, Doc. A/HRC/16/22, cit., 3 de febrero de 2011. También CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, Doc. A/HRC/22/17/Add.3, 7 de enero de 2013, cit.

⁶³¹ Enunciada en la “Declaración conjunta Gobierno, Procuraduría General de la Nación, Defensoría del Pueblo - otras entidades del Estado- sociedad civil-comunidad internacional: Hacia una política integral de derechos humanos y derecho internacional humanitario”; disponible [en línea] en

http://www.vicepresidencia.gov.co/Noticias/2010/Documents/101122_DecConferenciaNalDDHH.pdf [consultado el 20 de febrero de 2013].

⁶³² Se destaca el inicio del juicio contra Jorge Noguera, ex director del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) y las sanciones por graves faltas disciplinarias a siete ex funcionarios del DAS, un funcionario de la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF) y otro de la Presidencia de la República, por interceptaciones y seguimientos ilegales.

⁶³³ Aprobado después como Ley 1448 de 2011 (junio 10); Diario Oficial, n° 48.096, de 10 de junio de 2011. Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones. En relación con esta Ley las posiciones de las organizaciones de derechos humanos son matizadas. Así, se reconoce un avance hacia el reconocimiento por parte del Estado de las víctimas de graves violaciones a derechos humanos – incluidas ahora las víctimas de actos de agentes del propio Estado - y hacia el establecimiento de normas internas dirigidas a dotar de un marco normativo la exigibilidad del derecho a la reparación, aunque presenta observaciones respecto de aspectos puntuales de la Ley, en especial, el problema de los colectivos de víctimas contemplados en la misma y el hecho de que la restitución, se refiera de manera exclusiva a la restitución de tierras, no incluyendo medidas de restitución del patrimonio, reconstrucción de vivienda, ni restitución del empleo perdido. Igualmente consideran discutible que la ley acepta que en casos en que en la tierra despojada se esté desarrollando un proyecto agroindustrial productivo, se restituya solo formalmente la propiedad al despojado y se autorice que el uso de dicha tierra quede en manos o bien del opositor de la víctima en el proceso de restitución de la tierra, cuando este último sea un tercero de buena fe exenta de culpa, o bien del Estado, que lo entregaría a otras personas que recibirían una retribución económica y quienes entregarían una parte del beneficio de las actividades para ser destinado a inversiones en las vecindades del mismo predio, a título de

Pero también se constata la continuación de la violencia en sus múltiples manifestaciones, semana a semana: la continuación de homicidios, amenazas, atentados, robos de información, seguimientos e intimidaciones contra defensores y defensoras de derechos humanos y sus organizaciones en diferentes regiones del país⁶³⁴; la judicialización y detenciones arbitrarias de defensores y defensoras de derechos humanos; la continuidad en la utilización de las facultades de inteligencia del Estado para desarrollar operaciones ilegales y clandestinas, como interceptaciones de correos electrónicos, seguimientos, hostigamientos y amenazas, robos de información, alteración de páginas web y allanamientos ilegales en oficinas y domicilios de distintas organizaciones de la sociedad civil; un aumento de la violencia generada por los nuevos grupos paramilitares, que cometieron múltiples crímenes y provocaron desplazamientos forzados; la generalizada utilización de niños, niñas y adolescentes en todo tipo de actividades militares; la violencia sexual ejercida contra mujeres y niñas y la persistencia del hecho de que los pueblos indígenas y comunidades afrocolombianas continúan sufriendo de forma desproporcionada la violación de sus derechos en el marco del conflicto armado.⁶³⁵

El reto que enfrenta Colombia es enorme. Para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

“La CIDH ha señalado que la perdurabilidad de la paz está ligada a la no repetición de crímenes de derecho internacional, de violaciones a los derechos humanos e infracciones graves al derecho internacional humanitario y, por lo tanto, al esclarecimiento y la reparación de las consecuencias de la violencia a través de mecanismos aptos para establecer la verdad de lo sucedido, administrar justicia y reparar a las víctimas del conflicto. Colombia aun enfrenta desafíos en materia de desarticulación de las estructuras armadas ilegales e implementación del marco legal adoptado con el fin de juzgar los crímenes perpetrados durante el conflicto.”⁶³⁶

La cantidad y la gravedad de los crímenes cometidos en Colombia en las últimas décadas es de tal magnitud que resulta muy difícil entender que la Fiscalía de la CPI no haya solicitado todavía la apertura de una investigación. Los datos expuestos hablan por sí solos y sitúan la dimensión de la situación en Colombia en parámetros perfectamente comparables con otras investigaciones abiertas por la Fiscalía. Así se lo han manifestado repetidamente los representantes de las organizaciones colombianas de derechos humanos al Fiscal de la Corte y, en mayo de 2011, al propio Presidente de la CPI, el magistrado SANG-HYUN SONG, durante su visita a Colombia.

Como se señala en un reciente informe de la organización AVOCATS SANS FRONTIÈRES – CANADA:

reparación colectiva. Además se considera que la clave de esta Ley está en la adopción posterior por el Gobierno del conjunto de programas y reglamentos previstos en la misma y en la articulación de canales de participación de las víctimas en dichos desarrollos.

⁶³⁴ Un total de 357 defensores de los derechos humanos fueron objeto de agresiones individuales en Colombia en 2012, una cifra que supone un aumento del 49 % respecto al año anterior, cuando hubo 239 afectados por la violencia, según el informe del Programa Somos Defensores, de 2012.

⁶³⁵ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, Doc. A/HRC/16/22, cit., 3 de febrero de 2011. También CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, Doc. A/HRC/22/17/Add.3, 7 de enero de 2013, cit. En la misma línea el Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2010; OEA/Ser.L/V/II. Doc. 5 corr. 1; 7 marzo 2011; Cap. IV. Disponible [en línea] en <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2010sp/indice2010.htm>, párs. 278-285 [consultado el 2 de marzo de 2013].

⁶³⁶ *Ibid.*, par. 277.

“No hay duda sobre la cantidad de procesos que están en curso en Colombia y la sofisticación del aparato judicial. La cantidad de causas penales es correspondiente a la incidencia elevada de infracciones gravísimas a la ley penal. La cuestión que debería ocupar a la OF-CPI es la efectividad de los procesos para establecer responsabilidades. El aparato de justicia colombiano puede ser comparativamente más capaz que otros de los que debe considerar o examinar la OF-CPI; no obstante, los estándares utilizados para su valoración tienen que ser aplicados de manera objetiva. Además de la incapacidad que se registra para adelantar procesos de judicialización en contra de los máximos responsables (por falta de recursos adecuados para adelantar los procesos, ausencia de garantías, y ataques a la independencia e imparcialidad de los procedimientos), el problema principal frente al principio de complementariedad en el caso colombiano es falta de voluntad. La OF-CPI debe reorientar su actuación para afrontar la realidad de un Estado que es capaz de investigar y sancionar cuando quiere, pero que no quiere investigar los crímenes internacionales en los cuales se ve comprometida su responsabilidad internacional, al tratarse de crímenes de Estado.”⁶³⁷

Si las autoridades colombianas desean realmente poner fin a la impunidad deben reconocer sus limitaciones y entender, como lo han hecho ya otros Estados, que la CPI es un instrumento diseñado por la Comunidad Internacional, con el acuerdo de Colombia, precisamente para ayudarles en esa tarea en contextos como el que en la actualidad presenta Colombia. Y si, en realidad, desean eludir sus responsabilidades internacionales, corresponde a la Corte adoptar las medidas pertinentes. Para ello fue creada.

⁶³⁷ AVOCATS SANS FRONTIÈRES, CANADA, “El principio de complementariedad en el Estatuto de Roma y la situación colombiana: más allá de lo “positivo”, cit. p.42.

