

**Formación Especializada
en Investigación, Juzgamiento
y Sanción de Violaciones
a los Derechos Humanos e Infracciones
al Derecho Internacional Humanitario**

II



Libertad y Orden

Vicepresidencia
República de Colombia



Programa Presidencial de
Derechos Humanos y DIH

Formación Especializada en Investigación, Juzgamiento y Sanción de Violaciones a los Derechos Humanos e Infracciones al Derecho Internacional Humanitario II

Bogotá, D. C., enero 2010



Libertad y Orden

Vicepresidencia
República de Colombia



Programa Presidencial de
Derechos Humanos y DIH



Vicepresidencia de la República
Programa Presidencial de Derechos Humanos y DIH
Proyecto Lucha Contra la Impunidad – Fase – II
Política de Lucha Contra la Impunidad

Álvaro Uribe Vélez
Presidente de la República

Francisco Santos Calderón
Vicepresidente de la República

Bernardo Moreno Villegas
Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República

Carlos Franco Echavarría
Director del Programa Presidencial de Derechos Humanos y DIH
Vicepresidencia de la República

Sandra Isabel Miranda Bolaños
Coordinadora Proyecto Lucha Contra la Impunidad

Programa Presidencial de Derechos Humanos y DIH

Proyecto Lucha Contra la Impunidad – PLCI

Consultoría especializada dirigida a la elaboración, implementación y evaluación de seis (6) módulos¹ para capacitación en materia de investigación, juzgamiento y sanción de casos de violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario y, a la capacitación en tres (3) módulos² sobre investigación, juzgamiento y sanción de casos de violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario.

Consultores: Unión Temporal UROSARIO&IDEAMERICA

“Las distintas posturas académicas esgrimidas en los módulos de formación son responsabilidad de sus autores y no reflejan, necesariamente, la posición de las instituciones del Estado colombiano participantes en la realización del proyecto”

© Derechos de autor

Impresión
EDIPRIME LTDA.
PBX: 482 9393
ediprime@gmail.com
Bogotá, D. C., Colombia

La impresión de esta publicación fue posible gracias al apoyo del Reino de los Países Bajos, mediante su auspicio al Programa “Apoyo a la implementación de la Política Pública de Lucha Contra la Impunidad”

Distribución gratuita

Esta permitida la reproducción del texto, citando la fuente.

ISBN 978-958-9438-24-4

www.derechoshumanos.gov.co
Calle 7 No. 6-54
Teléfono: 5951850, ext.: 204 – 205
Fax: 5601038

© 2010

¹ Los módulos objeto de elaboración y evaluación son: 1. Aspectos jurídicos esenciales de carácter internacional relacionados con los DDHH y el DIH. 2. Derecho de las víctimas en caso de violaciones a los DDHH e infracciones al DIH. 3. Concepto y normatividad internacional en DIH y su aplicación al caso colombiano 4. Descripción general de las infracciones al DIH. 5. Aplicación de los Principios del DIH a los tipos penales consagrados en el Título II del Código Penal y al artículo 48 del Código Único Disciplinario 6. Derecho Penal Internacional.

² Los módulos objeto de capacitación son: 1. Tipología comparativa de las principales violaciones a los DDHH. 2. Identificación de los presuntos autores y partícipes por violaciones a los DDHH e infracciones al DIH. 3. Metodología del manejo investigativo de las violaciones a los DDHH e infracciones al DIH.

Reconocimientos

El proyecto que culminó con la elaboración de los módulos que aquí se presentan ha contado con la colaboración de las siguientes personas:

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

GUILLERMO MENDOZA DIAGO
Fiscal General de la Nación (E)

SIMÓN JOAQUÍN RODRÍGUEZ WILCHES
Director Escuela de Estudios
e Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses

VÍCTOR HUGO ABRIL ÁLVAREZ
Asesor

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO
Procurador

MARTHA ISABEL CASTAÑEDA CURVELO
Viceprocuradora

CHRISTIAN JOSÉ MORA PADILLA
Director Instituto de Estudios del Ministerio Público

DUMAR OTÁLORA HERNÁNDEZ
Coordinador Grupo Asesores en DDHH

ARTURO RONDEROS
ALBERTO UJUETA
Asesores

JUSTICIA PENAL MILITAR

AURORA RAMÍREZ DE ARAOZ
Directora Ejecutiva Justicia Penal Militar

MAYOR WILSON CARLOS LARA REVELO
Coordinador Escuela Justicia Penal Militar

Cabo Tercero
YEIMI ACENETH SALDAÑA GUZMÁN
Asesora

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

JORGE ANTONIO CASTILLO RÚGELES
Presidente Sala Administrativa
Consejo Superior de la Judicatura
Delegado Política Lucha Contra la Impunidad

GLADYS VIRGINIA GUEVARA PUENTES
Directora Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla

ALEJANDRO BELTRÁN MARTÍNEZ
DIEGO FORERO
Profesionales División Académica

DIRECTOR DEL PROYECTO UT U ROSARIO / IDEAMERICA

RAUL EDUARDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

GRUPO DE APOYO UT U ROSARIO / IDEAMERICA

PAOLA IREGUI PARRA
HANS JIMÉNEZ MARTÍNEZ
JULIÁN GUALTEROS PINZÓN

PROGRAMA PRESIDENCIAL DE DDHH Y DIH

VIVIANA BOLÍVAR BAUTISTA
Coordinación Editorial

PROYECTO LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD

SANDRA ISABEL MIRANDA BOLAÑOS
Coordinadora Proyecto Lucha Contra la Impunidad

HUGO RIVERO RAMOS
Consultor Temático

PÁGS.

ASPECTOS JURÍDICOS ESENCIALES DE CARÁCTER INTERNACIONAL RELACIONADOS CON LOS DDHH Y EL DIH 9

Autores:
Víctor Quinche
Antonio Mejía Varón

CONCEPTO Y NORMATIVIDAD EN DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y SU APLICACIÓN AL CASO COLOMBIANO 121

Autores:
Jean Carlo Mejía Azuero
Juan Valcarcel Torres
Adriana Cárdenas Miserque

APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DEL DIH A LOS TIPOS PENALES CONSAGRADOS EN EL TÍTULO II DEL CÓDIGO PENAL Y AL ARTÍCULO 48 DEL CÓDIGO ÚNICO DISCIPLINARIO 185

Autores:
Jean Carlo Mejía Azuero
Jaime Mejía Ossman
Adriana Cárdenas Miserque
Gustavo Cote

Aspectos jurídicos esenciales de carácter internacional relacionados con los DDHH y el DIH.



Libertad y Orden

Vicepresidencia
República de Colombia



**Koninkrijk
der Nederlanden**



UNIVERSIDAD DEL ROSARIO
Acreditación institucional de alta calidad
Ministerio de Educación Nacional



ideamérica

Instituto para la Democracia,
el Desarrollo
y los Derechos Humanos en América Latina.

Contenido

	PÁG.	
1.	PRESENTACIÓN	19
2.	SINOPSIS LABORAL Y PROFESIONAL DE LOS AUTORES	19
3.	JUSTIFICACIÓN	19
4.	OBJETIVOS GENERALES DEL MÓDULO	19
5.	OBJETIVOS ESPECÍFICOS DEL MÓDULO	20
6.	UNIDAD 1: CORPUS DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DDHH (EN ADELANTE DIDH)	21
6.1.	Objetivo general de la unidad	21
6.2.	Objetivos específicos de la unidad	21
6.3.	INTRODUCCIÓN	21
6.4	DEFINICIÓN DE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO	22
6.4.1	Concepto de responsabilidad internacional	22
6.4.2	Todo IHL acarrea el nacimiento de relaciones jurídicas nuevas	23
6.4.3	Responsabilidad internacional del Estado en el sistema interamericano	23
6.4.3.1	El deber de “respetar los derechos y libertades” (artículo 1.1. de la Convención)	24
6.4.3.2	El deber de garantizar el “libre y pleno ejercicio” de los derechos y libertades (artículo 1.1. de la Convención)	24
6.4.3.3	Los deberes de adoptar las disposiciones de derecho interno acordes con la Convención (artículo 2 de la Convención)	24
6.4.4	Calificación del hecho como internacionalmente ilícito	25
6.4.5	Criterios de atribución del hecho internacionalmente ilícito	26
6.4.6	El Estado será responsable por las conductas de sus órganos	26
6.4.6.1	Comportamiento de una persona o entidad que ejerce atribuciones del poder público	27
6.4.6.2	Conducta de órganos puestos a disposición de un Estado por parte de otro Estado	27
6.4.6.3	Extralimitación en la competencia o contravención de instrucciones	28
6.4.6.4	Conducta dirigida o controlada por el Estado	28
6.4.6.5	Conducta en caso de ausencia o defecto de las autoridades oficiales	29
6.4.6.6	Comportamiento de un movimiento insurreccional	29
6.4.6.7	Comportamiento que el Estado reconoce y adopta como propio	30
	EJERCICIO No. 1	31
6.4.7	Consecuencias de la responsabilidad	31
6.4.7.1	Reparación	31
6.4.7.2	Formas de reparación	32
6.4.7.2.1	Restitución	32
6.4.7.2.2	Indemnización	33
6.4.7.2.3	Satisfacción	33

	EJERCICIO No. 2	34
6.5	CARÁCTER JURÍDICO DE LA CARTA DE NACIONES UNIDAS	35
6.6	CARTA DE DDHH DE NACIONES UNIDAS.	36
6.6.1	Declaración Universal de DDHH (DUDH).	36
6.6.2	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)	37
6.6.2.1	Naturaleza jurídica de las disposiciones del pacto en ordenamiento jurídico interno	37
6.6.2.2	Obligación de tomar medidas en relación con la aplicación interna del pacto	38
6.6.2.3	Protección del derecho a la vida establecida en el pacto	38
6.6.2.4	Posibilidad de suspensión o limitación de derechos	39
6.6.2.5	Privación arbitraria de la vida, desaparición de individuos y pena de muerte	39
6.6.2.6	La seguridad nacional y las limitaciones a los DDHH después del 11 de septiembre	40
	EJERCICIO No. 3	40
6.6.3	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)	41
6.6.3.1	Obligaciones de comportamiento y de resultado	41
6.6.3.2	Observaciones del Comité DESC en cuanto a las obligaciones de los Estados	43
	EJERCICIO No. 4	43
6.6.4	Protocolo facultativo del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos	43
6.7	INSTRUMENTOS DE DDHH DEL ORDEN UNIVERSAL	44
6.7.1	Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación racial (CEDR)	44
6.7.1.1	Determinación del concepto de discriminación racial	44
6.7.1.2	Obligaciones convenidas por los Estados	45
6.7.1.3	Diferencia de trato no constitutivo de discriminación	45
6.7.2	Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza	45
6.7.2.1	Situaciones de no discriminación	46
	EJERCICIO No. 5	46
6.7.3	Declaración sobre los principios fundamentales relativos a la contribución de los medios de comunicación de masas al fortalecimiento de la paz y la comprensión internacional, a la promoción de los DDHH y a la lucha contra el racismo, el apartheid y la incitación a la guerra	47
	EJERCICIO No. 6	48
6.7.4	Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer adoptada mediante resolución de la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993	49
6.7.5	Convención sobre los derechos políticos de la mujer abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 640 (VII), de 20 de diciembre de 1952	50
6.7.6	Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDCM) adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979	50
6.7.6.1	Protocolo facultativo de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer	51
6.7.6.2	Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado proclamada por la Asamblea General en su Resolución 3318 (XXIX), 14 de diciembre de 1974	52
6.7.6.3	Declaración de los derechos del niño proclamada por la Asamblea General en su resolución 1386 (XIV), de 20 de noviembre de 1959	52
6.8	CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO	52
6.8.1	Esquema general de los derechos del niño	54

6.8.2	Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados	54
6.8.3	Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía adoptado por Asamblea General - Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000	55
6.9	REGLAS MÍNIMAS DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LAS MEDIDAS NO PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD (REGLAS DE TOKIO), ADOPTADAS POR LA ASAMBLEA GENERAL EN SU RESOLUCIÓN 45/110, DE 14 DE DICIEMBRE DE 1990	56
6.9.1	De las disposiciones previas al juicio	57
6.9.2	Imposición de sanciones	57
6.9.3	Fase posterior a la sentencia	57
6.10	DIRECTRICES DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA PREVENCIÓN DE LA DELINCUENCIA JUVENIL ADOPTADAS POR LA ASAMBLEA GENERAL EN RESOLUCIÓN 45/112 DEL 14 DE DICIEMBRE DEL 1990 (DIRECTRICES DE RIAD)	58
6.10.1	Principios básicos de las directrices	59
6.10.2	Alcance de las directrices	59
6.11	REGLAS MÍNIMAS DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA DE MENORES ADOPTADAS POR LA ASAMBLEA GENERAL EN RESOLUCIÓN 40/33 EL 28 DE NOVIEMBRE DE 1985. ("REGLAS DE BEIJING")	59
6.11.1	En la etapa de investigación y juzgamiento	60
6.11.2	En la etapa de sentencia y la resolución	60
6.11.3	En el tratamiento fuera de los establecimientos penitenciarios	61
6.11.4	En el tratamiento dentro de los establecimientos penitenciarios	61
6.11.5	En la investigación, planificación, formulación y evaluación de políticas	61
6.11.6	Orientaciones generales	61
6.11.7	Precisiones conceptuales	61
6.12	REGLAS DE NACIONES UNIDAS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES PRIVADOS DE LA LIBERTAD	62
6.12.1	Alcance y aplicación de las reglas	62
6.13	CONVENCIÓN CONTRA LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANAS O DEGRADANTES	62
6.13.1	Actos de tortura y tratos inhumanos o degradantes	64
6.13.2	Prohibición absoluta	64
6.13.3	Garantías básicas tendientes a evitar actos de tortura contra las personas privadas de la libertad	64
6.13.4	Responsabilidad del Estado por la comisión o tolerancia de actos de tortura	65
	EJERCICIO No. 7	65
6.14	CÓDIGO DE CONDUCTA PARA FUNCIONARIOS ENCARGADOS DE HACER CUMPLIR LA LEY ADOPTADO POR LA ASAMBLEA GENERAL EN SU RESOLUCIÓN 34/169, DE 17 DE DICIEMBRE DE 1979	65
6.15	PRINCIPIOS BÁSICOS SOBRE EL EMPLEO DE LA FUERZA Y DE ARMAS DE FUEGO POR LOS FUNCIONARIOS ENCARGADOS DE HACER CUMPLIR LA LEY, ADOPTADO POR EL OCTAVO CONGRESO DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE PREVENCIÓN DEL DELITO Y TRATAMIENTO DEL DELINCUENTE CELEBRADO EN LA HABANA DEL 27 DE AGOSTO AL 7 DE SEPTIEMBRE DE 1990.	67
6.15.1	Requisitos para la utilización de armas de fuego	67

6.15.2	Casos en los cuales se pueden utilizar armas de fuego	67
	EJERCICIO No. 8	68
6.16	PRINCIPIOS BÁSICOS RELATIVOS A LA INDEPENDENCIA DE LA JUDICATURA ADOPTADOS POR EL SÉPTIMO CONGRESO DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE PREVENCIÓN DEL DELITO Y TRATAMIENTO DEL DELINCUENTE, CELEBRADO EN MILÁN DEL 26 DE AGOSTO AL 6 DE SEPTIEMBRE DE 1985, Y CONFIRMADOS POR LA ASAMBLEA GENERAL EN SUS RESOLUCIONES 40/32 DE 29 DE NOVIEMBRE DE 1985 Y 40/146 DE 13 DE DICIEMBRE DE 1985	69
6.16.1	Imperatividad de la independencia de la judicatura	69
6.16.2	Condiciones para el ejercicio independiente de la judicatura	69
6.16.3	Competencia de la judicatura	69
6.16.4	Derechos, secreto e inmunidades	69
6.17	INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DEL ORDEN REGIONAL	70
6.17.1	Breve reseña	70
6.17.2	La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre	71
6.17.2.1	Antecedentes	71
6.17.2.2	Naturaleza jurídica	71
6.17.2.3	Contenido	72
6.17.3	La Convención Americana de DDHH	73
6.17.3.1	Antecedentes	73
6.17.3.2	Contenido	74
6.17.3.3	Obligaciones de los Estados parte	74
6.17.3.4	Los derechos que protege	74
6.17.3.5	Derechos que no se pueden suspender	75
6.17.3.6	Las normas de interpretación y los deberes de las personas	75
6.17.4	Convención interamericana sobre desaparición forzada	76
6.17.4.1	Antecedentes	76
6.17.4.2	Contenido	77
6.17.4.3	Fundamentos y fines de la protección a la desaparición forzada	77
6.17.4.4	Obligaciones de las partes	77
6.17.4.5.	Naturaleza jurídica de la desaparición forzada	78
6.17.4.6.	De los procesos por desaparición forzada	78
6.17.4.7	Papel de la comisión y de la Corte Interamericana de DDHH	78
6.17.4.8	Ámbito de aplicación de la convención	79
6.17.5	Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura	79
6.17.5.1	Antecedentes	79
6.17.5.2	Contenido	80
6.17.5.3	Actos que no constituyen tortura	80
6.17.5.4	Responsables del delito de tortura	80
6.17.5.5	Obligación de prevenir y sancionar la tortura	81
6.17.5.5.1	Obligación de sancionar los actos como delito en el derecho penal interno y de imponerle las sanciones más severas	81
6.17.5.5.2	Obligación de educar a los agentes del Estado para que no realicen conductas de tortura	82
6.17.5.5.3	Obligación de examinar con imparcialidad las denuncias que reciban sobre torturas y de actuar de oficio	82
6.17.5.5.4	Obligación de garantizarle una debida compensación a las víctimas de la tortura	82

6.17.5.5.5	Obligación de no admitir como pruebas en un proceso aquellas que hayan sido adquiridas por medio de tortura.	82
6.17.5.5.6	Obligación de extraditar a quien cometió el delito de tortura en caso de presentarse la respectiva solicitud	83
6.17.5.6	Circunstancias que no eximen de responsabilidad del delito de tortura	83
6.17.5.7	Vigencia de la convención	83
6.17.6	Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer "Convención de Belem do Pará" ratificado por Colombia el 3 de octubre de 1996	84
6.17.6.1	Definición de violencia contra la mujer	84
6.17.6.2	Medidas a realizar por parte del Estado	84
6.17.6.3	Determinación de los derechos protegidos	85
6.17.6.4	Mecanismos de protección	85
6.17.7	Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores, ratificada por Colombia el 9 de enero de 2000	85
6.17.7.1	Objeto	86
6.17.7.2	Modo de aplicación	86
6.17.7.2.1	Autoridad encargada de realizar el trámite	86
6.17.7.3	Ausencia de formalidad	87
6.17.7.4	Obligación de tomar medidas para evitar el traslado del menor a otro Estado	87
6.17.7.5	Anulación de adopciones	87
6.18	AUTOEVALUACIÓN DE LA UNIDAD 1	87
7.	UNIDAD 2 – ELEMENTOS ESENCIALES DE LOS MECANISMOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE DDHH	88
7.1	OBJETIVO GENERAL DE LA UNIDAD	88
7.2	OBJETIVOS ESPECÍFICOS DE LA UNIDAD	88
7.3	Mecanismos regionales de protección de DDHH: Sistema interamericano de protección de DDHH	88
7.4	NATURALEZA Y FINALIDAD DEL PROCEDIMIENTO	91
7.4.1	Etapas del procedimiento contencioso	91
7.4.1.1	Proceso ante la comisión	91
7.4.1.1.1	Admisibilidad	91
7.4.1.1.1.1	Naturaleza sustantiva o procesal del agotamiento de recursos internos	92
7.4.1.1.1.2	Obligación de agotar recursos internos	92
7.4.1.1.1.3	Obligación de agotar recursos internos cuando el Estado no ofrece garantías mínimas de administración de justicia	92
7.4.1.1.1.4	Término para la presentación de la queja	93
7.4.1.1.1.5	Otros requisitos de admisibilidad	93
7.4.1.1.2	Establecimiento de los hechos e investigación	94
7.4.1.1.3	Arreglo amistoso	94
7.4.1.1.4	Dictamen o decisión sobre el fondo	94
7.4.1.1.5	Sometimiento del caso a la Corte	94
7.5	PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE	95
7.5.1	Procedimiento escrito	95
7.5.1.1	Introducción de la causa	95
7.5.1.1.1	Examen preliminar de la demanda	95

7.5.1.1.2	Notificación de la demanda	96
7.5.1.1.3	Contestación de la demanda	96
7.5.1.1.4	Excepciones preliminares	96
7.5.2	Procedimiento oral	96
7.5.2.1	Apertura del proceso y metodología de los debates	96
7.5.2.2	Sentencia	97
	EJERCICIO No.9 REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD	97
7.6	MECANISMOS UNIVERSALES DE PROTECCIÓN DE DDHH: SISTEMA DE NACIONES UNIDAS	98
7.6.1	Introducción	98
7.6.2	Mecanismos convencionales de protección de DDHH	99
7.6.2.1	Examen de informes	99
7.6.3	Función interpretativa a través de observaciones generales	99
7.6.4	Estudio de quejas individuales	99
7.6.5	Características comunes del procedimiento de quejas en los cinco (5) convenios	100
7.6.6	Procedimiento para interponer comunicaciones individuales	100
7.6.6.1	Admisibilidad	100
7.6.6.1.1	Ratione personae	100
7.6.6.1.2	Ratione materia	100
7.6.6.1.3	Ratione temporis	100
7.6.6.1.4	Ratione loci	100
7.6.6.1.5	Non bis in idem	100
7.6.6.1.6	Agotamiento de recursos internos	100
7.6.6.2	Determinación de los hechos	102
7.6.6.3	Opinión sobre el fondo	102
7.6.6.4	Publicación y seguimiento	102
7.6.6.5	Circunstancias especiales de urgencia o confidencialidad	102
7.7.1	MECANISMOS EXTRA CONVENCIONALES DE PROTECCIÓN DE DDHH	103
7.7.2	Examen periódico universal (EPU)	103
7.7.2.	Método de denuncias	104
7.7.2.1	Procedimientos especiales	104
7.7.2.2	Operatividad de los mecanismos especiales	105
	EJERCICIO No. 10 ADMISIÓN DE QUEJA	106
7.8	CUMPLIMIENTO DE LOS FALLOS INTERNACIONALES EN PUNTO A LAS VIOLACIONES A LOS DDHH DENTRO DEL ESQUEMA DEL SISTEMA INTERAMERICANO	107
7.8.1	Introducción	107
7.8.2	Obligatoriedad del cumplimiento de los fallos de organismos internacionales para el Estado colombiano	107
7.8.3	Análisis del cumplimiento de las sentencias objeto de seguimiento por la CIDH	107
8.	UNIDAD 3 ELEMENTOS ESENCIALES DE DIH	111
8.1	OBJETIVO GENERAL DE LA UNIDAD.	111
8.2	OBJETIVOS ESPECÍFICOS DE LA UNIDAD.	111
8.3	INTRODUCCIÓN	111
8.4	CARÁCTER ESENCIALMENTE CONSUECUDINARIO DEL DIH Y ARTÍCULO 3º COMÚN	111

8.5	DESCRIPCIÓN GENERAL DEL ARTÍCULO 3º COMÚN	112
8.5.1	Obligaciones para cada una de las partes	113
8.5.2	De las obligaciones en particular	113
8.5.2.1	Trato humano	113
8.5.2.2	Obligación de recoger y asistir a los heridos y enfermos	113
8.5.2.3	Del Comité Internacional de la Cruz Roja	113
8.5.2.4	Acuerdos especiales	114
8.5.2.5	La aplicación de las disposiciones no genera ningún efecto sobre el estatuto de las partes en el conflicto	114
8.5.4	Instrumentos internacionales relevantes en materia de DIH	114
8.5.4.1	Convenio I de Ginebra del 12 agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña	115
8.5.4.1.1	Ámbito de aplicación personal	115
8.5.4.2	Convenio II de Ginebra del 12 agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en el mar	115
8.5.4.2.1	Ámbito de aplicación	116
8.5.4.3	Convenio III de Ginebra del 12 agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra	116
8.5.4.3.1	Prisionero de guerra	116
8.5.4.4	Convenio IV de Ginebra del 12 agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra	117
8.5.4.4.1	Protección especial	117
8.5.4.4.2	Responsabilidad general del Estado	117
8.5.4.4.3	Ámbito de aplicación temporal	118
9.	Bibliografía general del módulo	119

1. PRESENTACIÓN

Este documento hace parte del proyecto “Identificación, elaboración y evaluación de módulos para capacitación en materia de investigación, juzgamiento y sanción de casos de violaciones a los DDHH e infracciones al derecho internacional humanitario” perteneciente al programa presidencial de DDHH y DIH –PLCI- y auspiciado por la Embajada Real de los Países Bajos. Su reproducción total o parcial requiere autorización escrita del PLCI y de la UT Universidad del Rosario-Ideamérica.

2. SINOPSIS LABORAL Y PROFESIONAL DE LOS AUTORES

VÍCTOR QUINCHE

Filósofo Universidad del Rosario. Estudiante de Maestría en Filosofía Universidad Nacional. Profesor Emérito, Universidad del Rosario. Docente Investigador del Programa de Filosofía de la Universidad El Bosque. Director de la línea de investigación arte e instituciones del Grupo Fysis, Universidad El Bosque.

ANTONIO VARÓN MEJÍA

Abogado de la Universidad del Rosario. Postgrado en Derecho Comunitario, Universidad Paris II, Panthéon-Assas Francia. Docente investigador de tiempo completo de la Universidad del Rosario, y profesor de las materias de Derecho Internacional Público y Teoría del Derecho Internacional. Director de la línea de DIDH y DIH del Grupo de DDHH de la Universidad del Rosario.

Este módulo contó con la colaboración de **Giovanny Vega Barbosa, Diana Prado y Julián Parra** estudiantes de la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

3. JUSTIFICACIÓN

El presente libro nace de la necesidad de brindar una herramienta a los operadores judiciales con roles o funciones de investigación, juzgamiento y sanción de violaciones a los Derechos Humanos (en adelante DDHH) e infracciones al Derecho Internacional Humanitario (en adelante DIH) que desarrollan diariamente labores relacionadas con estos temas en aras de fortalecer su proceso de formación. Es determinante el conocimiento del derecho internacional de los Derechos Humanos (en adelante DIDH) para las posibilidades de reconstrucción y fortalecimiento de los patrones de convivencia y, por esta vía, de las posibilidades de una paz duradera. Adicionalmente, evitar la impunidad en casos de tanta resonancia constituye una vía importante para recuperar la confianza de los ciudadanos en el sistema judicial y permite prevenir las altas condenas presupuestales que estas demandas suponen para el Estado colombiano.

Dentro de la estructura temática del documento se presenta un panorama general de los tratados internacionales fundamentales de DDHH bajo un esquema sistemático, que aborda tanto la dimensión regional como universal de los DDHH, desde una óptica de promoción, prevención, y de su protección - *ex post facto* - realizada por los particulares o Estados a través de comunicaciones o quejas, dirigidas a los Comités Convencionales de Control y de los elementos esenciales de responsabilidad internacional del Estado, de manera que el lector tenga las herramientas necesarias para abordar los instrumentos relacionados.

4. OBJETIVOS GENERALES DEL MÓDULO

- Profundizar en el estudio de la normatividad internacional relacionada con los DDHH y sus elementos esenciales para determinar su aplicabilidad en el contexto colombiano.
- Identificar las obligaciones del Estado Colombiano en materia de DIH contenidas en los principales instrumentos internacionales.

5. OBJETIVOS ESPECÍFICOS DEL MÓDULO

- Estudiar la normativa internacional en materia de DDHH vinculantes para el Estado colombiano del orden universal y regional.
- Identificar los mecanismos de protección de DDHH del orden regional y universal y su operatividad.
- Estudiar la normativa internacional en materia de DIH para el caso de conflictos armados del orden interno.

6. UNIDAD 1

Corpus del Derecho Internacional de los DDHH (En Adelante DIDH)

6.1. Objetivo general de la unidad

- Estudiar la normativa internacional en materia de DDHH del orden universal y regional vinculantes para el Estado colombiano.

6.2. Objetivos específicos de la unidad

- Identificar los objetivos y naturaleza jurídica de los instrumentos constitutivos de la Carta de DDHH de Naciones Unidas (en adelante NU).
- Analizar el carácter vinculante de la Carta de DDHH y de las recomendaciones de los Comités Convencionales que la componen.
- Analizar los elementos más importantes de la responsabilidad internacional de los Estados por violación a sus obligaciones internacionales.

6.3. INTRODUCCIÓN

En los primeros años del siglo XX, la comunidad internacional comenzó a prestar un interés cada vez mayor a la protección de los DDHH. En la Sociedad de Naciones que se estableció al terminar la primera guerra mundial, se trató de crear un marco jurídico internacional para proteger a las minorías.

Los horrores perpetrados durante la segunda guerra mundial, fueron motivo suficiente para que la comunidad internacional se empeñara en que esas atrocidades no volvieran a cometerse e impulsaron el nacimiento de un sistema internacional de promoción y protección de DDHH que se consolidó en lo que se llamó Carta Internacional de DDHH, conformada por la Declaración Universal de DDHH, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Sin embargo, aunque el sistema fue muy prolífico en cuanto al desarrollo progresivo y codificación del DIDH, los temas correspondientes a la protección de los DDHH y a la responsabilidad internacional de los Estados por la realización de hechos internacionalmente ilícitos no se desarrollaron a la misma velocidad, en tanto que la coyuntura política de la post guerra impedía cualquier iniciativa que pudiera implicar algún tipo de injerencia en asuntos internos de los Estados.

Para efectos de comprender los instrumentos internacionales contenidos en el presente documento y las implicaciones que acarrea su incumplimiento en el plano interno, analizaremos los elementos esenciales de la responsabilidad internacional de los Estados para posteriormente abordar los instrumentos del orden universal y regional más relevantes en materia de DDHH y DIH, junto con sus mecanismos de protección.

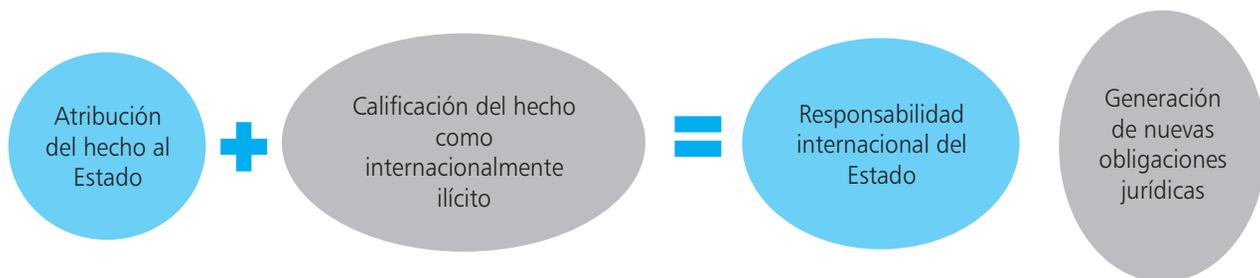
6.4 DEFINICIÓN DE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO

Esquema general de responsabilidad del Estado



6.4.1 Concepto de responsabilidad internacional

La jurisprudencia internacional ha sido reiterativa en que *todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado acarrea su responsabilidad internacional*¹, y para determinar si un hecho es generador de responsabilidad internacional, es necesario que el mismo le sea atribuible al Estado presuntamente infractor y sea calificado por el derecho internacional como internacionalmente ilícito. Así, la configuración de la responsabilidad internacional del Estado surge de la conjunción de los elementos mencionados a continuación:



¹ La responsabilidad Internacional del Estado se genera tanto por acción como por omisión de sus agentes. En este sentido, en la controversia sobre el Estrecho de Corfú, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) condenó a Albania por omisión al no haber tomado las medidas necesarias para prevenir y alertar a los barcos cercanos al Estrecho de Corfú sobre la existencia de minas submarinas en la zona. Como consecuencia, la Corte determinó que Albania era responsable, bajo el derecho internacional, por las explosiones ocurridas el 22 de octubre de 1946 en aguas albanesas, así como por los daños y las vidas humanas que se perdieron como resultados de esas explosiones (*Corfu Channel, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1949, P. 22-23*). En el mismo sentido, *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, p. 31-32, párrs. 63-67*.

6.4.2 Todo HII acarrea el nacimiento de relaciones jurídicas nuevas

El concepto “responsabilidad internacional”, comprende las relaciones que surgen, bajo el derecho internacional, como consecuencia del hecho internacionalmente ilícito de un Estado (en adelante HII). En este entendido, si bien las relaciones pueden estar limitadas al Estado infractor y al Estado afectado, también puede extenderse a otros Estados o a otros sujetos de derecho internacional, incluso a la comunidad internacional en su conjunto, en la medida en que todo Estado es miembro de la misma y por tanto tiene un interés jurídico en que estos derechos básicos sean cumplidos. Así, las consecuencias de la violación de normas consideradas *ius cogens* son susceptibles de generar, no solo nuevas relaciones jurídicas bilaterales, directamente con el Estado implicado, sino con toda la comunidad internacional².

Características del HII

El HII de un Estado puede consistir en una o varias acciones u omisiones o en una combinación de ambas. El HII depende, en primer lugar de los requisitos que detenta la obligación primaria presuntamente violada y de las condiciones en que se realiza el hecho. Por ejemplo una violación a una obligación contenida en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que tiene el carácter de una obligación de comportamiento, no puede ser valorada bajo los mismos presupuestos que la violación a la proscripción a la amenaza o uso de la fuerza contenida en la Carta de Naciones Unidas.

6.4.3 Responsabilidad internacional del Estado en el sistema interamericano

En el sistema interamericano, la responsabilidad estatal por violación de los DDHH tiene como fuente los artículos 1.1 y 2º que son el punto de partida para su consolidación, así como para las decisiones de condena en los casos contenciosos, que establece para los Estados partes, el deber perentorio de “*respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio en toda persona*”.

La Corte precisó el alcance de esos deberes estatales en el texto de su primer fallo de fondo al señalar que “El Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente las violaciones de los DDHH, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles la sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima su adecuada reparación”³. De esta manera y por lo pronto, en el plano de los deberes estatales, la Corte le señalaba a los Estados la obligación de establecer la verdad (por la investigación e identificación de los responsables), de hacer justicia (al imponer las sanciones pertinentes) y de reparar adecuadamente los perjuicios derivados de las infracciones a la Convención, con lo cual se atendía simultáneamente a la fundamentación de los mismos derechos, cuya existencia y exigibilidad se hacía depender del cumplimiento de los deberes adquiridos por los Estados partes. El curso posterior de la Corte, habría de señalar que tales deberes del Estado, tienen como contrapartida la existencia de idénticos derechos radicados en cabeza de la víctima⁴ y de sus familiares, hoy considerados como verdaderas víctimas.

Esta enunciación de los deberes de los Estados, en cuya inobservancia radica la exigibilidad de derechos por parte de las víctimas, fue vinculada por la Corte con la lectura del artículo 25.1 de la Convención y con la consideración del principio de efectividad de

² Organización de Naciones Unidas, *Proyecto sobre responsabilidad internacional de los Estados*, 2001.

³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras*. Sentencia de 29 de julio de 1998. Serie C, No. 4, párr. 174.

⁴ De acuerdo con la Resolución 40/34 de 29 de noviembre de 1985, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas “se entenderá por ‘víctimas’ las personas que, individual o colectivamente hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violan la legislación penal vigente en los estados miembros, incluida la que proscribire el abuso del poder”.

los medios procesales de garantía de los derechos, pues de acuerdo con este, “La inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una trasgresión de la misma por el Estado parte en el cual semejante actuación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo”.⁵

De esta manera y para concluir, desde el concepto de deber estatal, la Corte enunciaba las obligaciones de impartir justicia, investigar y encontrar la verdad, así como la de reparar los perjuicios causados; deberes estos que bajo el concepto de víctima y mediados por la existencia de un recurso judicial idóneo, vendrían a convertirse en verdaderos derechos exigibles judicialmente, todo lo cual acontecía con la fundamentación, bajo los conceptos de “deber estatal” y de “los deberes fundamentales de respeto y garantía”, que se concretan en:

6.4.3.1 El deber de “respetar los derechos y libertades” (artículo 1.1. de la Convención)

Este deber está relacionado con el derecho de las personas a acciones negativas del Estado, es decir, con el deber estatal de abstenerse de penetrar en los derechos de las personas. La Corte precisó este deber en los límites que tiene el ejercicio de la función pública frente a los DDHH, desde el contenido de la Opinión Consultiva No. 6 de 1986, donde al referirse a los DDHH, indicó que “Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que solo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección de los DDHH, está necesariamente comprendida la noción de restricción al ejercicio del poder estatal”⁶.

6.4.3.2 El deber de garantizar el “libre y pleno ejercicio” de los derechos y libertades (artículo 1.1. de la Convención)

Este deber está relacionado con el derecho que tienen las personas a acciones positivas del Estado, es decir, a la organización del aparato estatal, al despliegue y la iniciativa de este, de modo tal que se asegure el pleno ejercicio de los derechos. Como consecuencia de esta obligación, los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y, proceder, además, al restablecimiento. Más aún, la corporación precisó que “la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los DDHH no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comportan la necesidad de una **conducta** gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los DDHH”⁷ (resaltado fuera de texto).

6.4.3.3 Los deberes de adoptar las disposiciones de derecho interno acordes con la Convención (artículo 2° de la Convención)

Adicionalmente y como fundamento de la declaratoria de responsabilidad, la Corte interpretó el contenido del artículo 2° de la convención, según el cual, es deber de los Estados partes “adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas y de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”. Alrededor de este enunciado, la Corte extendió la responsabilidad estatal, por el hecho de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, todo lo cual “puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por la falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la convención”⁸.

⁵ Garantías judiciales en estado de emergencia, Opinión Consultiva OC-09 de octubre 6 de 1987, párr. 24

⁶ Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Godínez Cruz contra Honduras*. Sentencia de enero 20 de 1989. Serie C No. 5, párr. 174, citando la Opinión Consultiva No. 6 de 1986, párr. 21

⁷ Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Godínez Cruz contra Honduras*. Sentencia de enero 20 de 1989. Serie C No. 5, párr. 172

⁸ Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras*. Sentencia de 29 de julio de 1998. Serie C, No. 4. Párr. 172; *Caso Godínez Cruz contra Honduras*. Sentencia de enero 20 de 1989. Serie C No. 5, párr. 182

Con respecto a la importancia del artículo 1.1 de la Convención Americana, la jurisprudencia ha indicado que, *dicho artículo pone a cargo de los Estados partes los deberes fundamentales de respeto y garantía, de tal modo que todo menoscabo a los DDHH reconocidos en la convención que pueda ser atribuido, según las reglas del derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos de la misma convención*⁹.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de DDHH (CIDH) ha precisado que los eventos en que un Estado puede ser responsable por la violación a los derechos contenidos en la Convención Americana, superan el marco de responsabilidad que pudiera predicarse, por ejemplo, ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ). En este sentido, le es imputable a un Estado Parte de la Convención Americana toda violación de los derechos reconocidos en ella, perpetrada mediante un acto de poder público o de personas que ostentan un carácter oficial. Sin embargo, como bien lo señaló la CIDH en el caso Velásquez Rodríguez v. Honduras:

*"...no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los DDHH, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de un lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los DDHH que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para traerla en los términos requeridos por la convención"*¹⁰.

En similar sentido, ha manifestado la CIDH que, *todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los DDHH, compromete la responsabilidad internacional del Estado*¹¹.

6.4.4 Calificación del hecho como internacionalmente ilícito

El Proyecto sobre la Responsabilidad Internacional de los Estados (PRIE) indica que la caracterización de un hecho como internacionalmente ilícito se encuentra gobernada por el derecho internacional, como consecuencia de ello, dicha caracterización no se verá afectada por la que del mismo hecho se haga en el derecho interno de los Estados¹². Dos consecuencias se derivan del principio contenido en el artículo tercero del PRIE:

1. *Un hecho de un Estado no puede caracterizarse como internacionalmente ilícito a menos de que constituya una violación a una obligación internacional, sin importar que viole una disposición del derecho interno del Estado.*
2. *Un Estado no puede, alegando que su actuación se encuentra ajustada a su ordenamiento interno, escapar a la caracterización que el derecho internacional haga del hecho como internacionalmente ilícito.*

El mismo principio de derecho se encuentra consagrado en el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados entre Estados.

⁹ Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Godínez Cruz v. Honduras*. Sentencia de 20 de enero de 1989. Fondo, p. 32, párr. 173.

¹⁰ Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Velásquez Rodríguez v. Honduras*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Fondo, p. 36, párr. 172.

¹¹ Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *"La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) v. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, p. 29, párr. 72.

¹² UN, Washington, *Draft Articles on State Responsibility*. Text adopted by the International Law Commission at its fifty-third session, in 2001, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission's report covering the work of that session.

6.4.5 Criterios de atribución del hecho internacionalmente ilícito

Si bien se reconoce universalmente que el Estado tiene una capacidad general de actuación dentro del derecho internacional, lo cierto es que no puede actuar por sí mismo y por esta razón, se vale de sus agentes y representantes.

Ha sido entendido como regla general que, *la única conducta atribuible al Estado bajo el derecho internacional será aquella de sus órganos de gobierno, o de otros que hayan actuado bajo la dirección, instigación o control de esos órganos, como agentes del Estado*. De esta forma, la conducta de los particulares no será atribuible al Estado.

Finalmente, es importante dejar en claro que el proceso de atribución de la responsabilidad internacional, se cumpla única y exclusivamente a la luz de los criterios que el mismo derecho internacional ha otorgado. En esta medida, no bastará con establecer un vínculo de causalidad, siempre será necesario poder atribuir el resultado a través de uno de los criterios normativos que procedemos a analizar.

6.4.6 El Estado será responsable por las conductas de sus órganos

Según el artículo 4º del PRIE el Hecho Internacionalmente Ilícito (PRIE):

1. *Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado.*
2. *Se entenderá como órgano a toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado.*

Para entender este primer criterio de atribución de responsabilidad, lo primero que debe decirse es que, a diferencia de lo que ocurre en los sistemas jurídicos internos en donde los órganos estatales son entidades jurídicas, algunas veces con personalidad jurídica y que por ende, pueden ser sujetos pasivos de acciones ante la jurisdicción, en el ámbito de la responsabilidad internacional del Estado, este es valorado como una unidad.

El *principio de la unidad* del Estado implica que, para los propósitos de la responsabilidad internacional, los actos y omisiones de sus órganos deben valorarse como actos y omisiones del Estado.

Finalmente, es necesario indicar que el término “órgano” debe valorarse en su acepción más amplia. De esta forma, para efectos de la responsabilidad internacional, se extiende el concepto a todos los órganos del gobierno sin importar la función que desarrollen y sin importar que sean del orden nacional o territorial. Para la CIJ, esta concepción constituye una práctica generalmente admitida por los Estados como obligatoria¹³.

El numeral segundo de este artículo establece la posibilidad de que tanto las personas como las entidades puedan valorarse como órganos del Estado para efectos de la responsabilidad internacional. Atendiendo al sentido amplio con el que se quiso definir el término “órgano”, debe entenderse que cuando se habla de personas, se hace referencia tanto a las personas naturales como jurídicas.

¹³ UN, Washington, *Difference Relating to Immunity Fromm Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1999, p. 29, párr. 62.

Así mismo, el numeral segundo da cuenta de la importancia del orden jurídico interno en la determinación del carácter de órgano de una entidad o persona. No obstante, muchas veces los ordenamientos locales no definen de manera exhaustiva qué personas o entidades tienen ese carácter, otras veces, el problema radica en que no se aplica el mismo criterio amplio que se utiliza en el derecho internacional. Por tal razón, ha sido entendido que para efectos de la responsabilidad internacional, un Estado no podrá oponer su derecho interno para negarle el carácter de órgano del Estado a una persona o entidad que en la realidad se comporta como tal.

Finalmente, para atribuir responsabilidad al Estado por la conducta de una persona que actúa como órgano del Estado, será necesario comprobar que dicha actuación representa, al menos en apariencia, una función oficial. De esta forma, será irrelevante que la persona haya actuado por fuera de sus capacidades o abusando de estas, si la conducta es desarrollada por la persona mientras actúa en calidad de órgano del Estado. Diferente será el caso en que pueda comprobarse que la persona desarrolló una conducta de carácter meramente privado.

6.4.6.1 Comportamiento de una persona o entidad que ejerce atribuciones del poder público

Según el artículo quinto del PRIE:

"Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o entidad que no sea órgano del Estado según el artículo 4 pero esté facultada por el derecho de ese Estado para ejercer atribuciones del poder público, siempre que, en el caso de que se trate, la persona o entidad actúe en esa capacidad".

Este criterio de atribución de responsabilidad busca dar respuesta al fenómeno creciente de creación de entidades "para-estatales", las cuales ejercen atribuciones del poder público sin ser necesariamente órganos del Estado. Tal es el caso de las empresas privadas de seguridad que son contratadas para controlar los centros carcelarios en algunos países; en desarrollo de esta función ejercen funciones de poder público como por ejemplo detenciones, requisas, inspecciones o controles.

En este ámbito también se ubican las empresas públicas que, si bien han sido privatizadas, conservan funciones públicas o típicamente desarrolladas por órganos del Estado. De esta manera, es importante entender que lo que determina la posibilidad de atribución de responsabilidad no es la participación económica del Estado en estas compañías, sino el hecho de que desarrollen, en alguna medida, funciones de poder público.

Finalmente, es necesario indicar que este criterio es suficiente para atribuirle responsabilidad al Estado por el HII, por ende, no será necesario probar que la conducta de la entidad se desarrolló bajo el conocimiento, dirección o control del Estado.

6.4.6.2 Conducta de Órganos puestos a disposición de un Estado por parte de otro Estado

Según el artículo sexto del PRIE:

"Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de un órgano puesto a su disposición por otro Estado, siempre que ese órgano actúe en el ejercicio de atribuciones del poder público del Estado a cuya disposición se encuentra".

El artículo 6º se refiere a la específica situación en que un órgano de un Estado es puesto de manera efectiva a disposición de otro Estado para que pueda actuar, temporalmente, en su beneficio y bajo su autoridad. De esta manera, el órgano que inicialmente pertenecía a un Estado, actúa exclusivamente para los propósitos y en nombre del otro Estado. Como consecuencia, sus actos le serán atribuibles únicamente a dicho Estado.

En este criterio de atribución la noción más importante es la de "poner a disposición". Con ella se pretende indicar que, para que al Estado beneficiario se le pueda imputar la conducta del órgano enviado, este será con su consentimiento, en conjunto con la maquinaria estatal y bajo su exclusiva dirección y control.

Así las cosas, para efectos de atribuir responsabilidad internacional bajo el artículo 6º del PRIE, lo fundamental será demostrar que entre el órgano y el Estado que lo recibe, existe un vínculo funcional. Sin embargo, el artículo 6º exige adicionalmente que 1) el órgano enviado tenga tal estatus en el Estado que envía y 2) que una vez enviado, ejerza atribuciones del poder gubernamental del Estado que lo recibe.

6.4.6.3 Extralimitación en la competencia o contravención de instrucciones

Según el artículo 7º del PRIE:

"El comportamiento de un órgano del Estado o de una persona o entidad facultada para ejercer atribuciones del poder público se considerará hecho del Estado según el derecho internacional si tal órgano, persona o entidad actúa en esa condición, aunque se exceda en su competencia o contravenga sus instrucciones".

Este criterio de atribución se ocupa de los actos *ultra vires* y los no autorizados que llevan a cabo los órganos y entidades del Estado siempre y cuando actúen en esa condición. Como consecuencia, el Estado no podrá oponer las disposiciones de su derecho interno para evadir la responsabilidad, otra conclusión negaría el principio del artículo tercero del PRIE según el cual, la calificación del hecho como internacionalmente ilícito depende exclusivamente del derecho internacional.

De esta forma, si el órgano o entidad estatal actuó bajo esa condición, no será relevante para efectos de la responsabilidad internacional, que según el ordenamiento interno del Estado o las instrucciones directamente dadas por este, esa conducta nunca hubiera debido ocurrir. Sin embargo, a pesar del amplio alcance que tiene este criterio de atribución, es necesario destacar que habrá situaciones en que si bien se actúa como órgano del Estado, los actos desplegados se encuentran tan alejados de las funciones oficiales que deberán valorarse como comportamientos de carácter privado que como tales, no pueden ser atribuidos al Estado. En otras palabras, la conducta podrá estar desautorizada o ser contraria a las instrucciones, no obstante, deberá poderse catalogar, al menos en apariencia, como una actuación oficial.

6.4.6.4 Conducta dirigida o controlada por el Estado

Según el artículo 8º del PRIE:

"Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado al observar ese comportamiento".

Como se ha indicado varias veces ya, la regla general en materia de responsabilidad internacional es que, los comportamientos de los particulares no pueden ser atribuidos al Estado. No obstante, cuando se pueda probar que existió una relación de facto entre los particulares (personas o compañías) y el Estado, podrán atribuirse a este los comportamientos de aquellos.

Son dos las situaciones cubiertas por el artículo 8º, en primer lugar, la de particulares actuando bajo instrucciones del Estado, y la segunda, la de particulares actuando bajo dirección o control del Estado.

La primera situación ha sido ampliamente aceptada por la jurisprudencia arbitral y cubre los eventos en que por ejemplo, el Estado complementa la labor de sus órganos utilizando personal privado que, sin embargo, permanece por fuera de la estructura del órgano o del Estado en general.

La segunda situación ofrece mayores complejidades en la medida en que, solo le serán atribuibles al Estado las conductas de particulares, cuando este haya dirigido y controlado directamente la actuación específica y esta tenga relación esencial con la operación en su conjunto.

En el caso de la CIJ sobre las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua, la CIJ adoptó la teoría del *control efectivo* para determinar si el gobierno de los Estados Unidos era responsable por ciertas actuaciones cometidas por los "contras" y sobre las cuales había tenido un dominio absoluto. Sin embargo, negó la petición de Nicaragua que pretendía atribuir al Estado norteamericano todas las conductas de los "contras". Para la CIJ, a pesar de una situación permanente de apoyo, financiamiento y dirección facilitada a los "contras", esto no era suficiente para probar que en todas las operaciones de este grupo, el Estado había ejercido un control efectivo.

6.4.6.5 Conducta en caso de ausencia o defecto de las autoridades oficiales

Según el artículo noveno del PRIE:

"Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas ejercen de hecho atribuciones del poder público en ausencia o en defecto de las autoridades oficiales y en circunstancias tales que requieren el ejercicio de esas atribuciones".

Este criterio tiene un ámbito de aplicación absolutamente reducido en razón de las excepcionales situaciones que describe. En efecto, el mismo artículo nueve señala que el ejercicio de las atribuciones del poder público en ausencia o defecto de las autoridades oficiales, solo tendrá lugar *"en situaciones tales que requieren el ejercicio de esas atribuciones"*. Tales situaciones solo se presentarán en casos de rebelión, conflicto armado, ocupación extranjera o de disolución total del Estado o de una de sus dependencias.

Los siguientes son los elementos que deben cumplirse para invocar este criterio de atribución:

1. El comportamiento desplegado por los particulares debe estar efectivamente relacionado con una atribución de poder público. Se apela a la naturaleza de la función y se deja de lado la verificación de un vínculo de facto entre las personas y el Estado.
2. El comportamiento debe haberse desarrollado en ausencia o defecto de las autoridades oficiales.
3. Las circunstancias debieron ser tales que requerían el ejercicio de tales atribuciones.

6.4.6.6 Comportamiento de un movimiento insurreccional

Según el artículo décimo del PRIE:

1. *Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de un movimiento insurreccional que se convierta en el nuevo gobierno del Estado.*
2. *El comportamiento de un movimiento insurreccional o de otra índole que logre establecer un nuevo Estado en parte del territorio de un Estado preexistente o en un territorio sujeto a su administración se considerará hecho del nuevo Estado según el derecho internacional.*
3. *El presente artículo se entenderá sin perjuicio de la atribución al Estado de todo comportamiento, cualquiera que sea su relación con el del movimiento de que se trate, que deba considerarse hecho de ese Estado en virtud de los artículos 4º a 9º.*

La regla general con respecto a los comportamientos de grupos insurreccionales que no logran llegar al poder, es que no son atribuibles al Estado. En efecto, salvo que pueda demostrarse una relación de facto entre el Estado y estos grupos, sus comportamientos tendrán un carácter estrictamente privado para efectos de la responsabilidad internacional.

Por el contrario, cuando el movimiento insurreccional tiene éxito y se posee como el nuevo gobierno del Estado o forme otro Estado en parte del territorio de un Estado preexistente o en un territorio sujeto a su administración, no sería lógico pensar que ese nuevo Estado pudiera escapar a la responsabilidad internacional que tuviera lugar como consecuencia de sus comportamientos anteriores.

En estos casos, el artículo décimo del PRIE permite atribuir al Estado todos los comportamientos del grupo insurreccional exitoso, teniendo como fundamento la continuidad entre el movimiento y el eventual gobierno. Sin embargo, el artículo décimo describe situaciones muy diferentes de atribución de responsabilidad.

En efecto, el primer párrafo establece una responsabilidad para el Estado pre-existente por los comportamientos del movimiento insurreccional que triunfó. En este caso, el Estado como sujeto de Derecho Internacional no cambia y por tanto, será el único al que podrá atribuirse responsabilidad internacional. En el segundo párrafo, surge un nuevo Estado y por ende, un nuevo sujeto de derecho internacional a quien atribuir la responsabilidad internacional. En este escenario, el primer Estado no será responsable por los comportamientos del movimiento insurreccional.

6.4.6.7 Comportamiento que el Estado reconoce y adopta como propio

Según el artículo once del PRIE:

"El comportamiento que no sea atribuible al Estado en virtud de los artículos precedentes se considerará, no obstante, hecho de ese Estado según el derecho internacional en el caso y en la medida en que el Estado reconozca y adopte ese comportamiento como propio".

Todos los criterios para la atribución de responsabilidad que hemos analizado, con excepción del artículo décimo, comparten un supuesto común consistente en que, para el momento en que se comete el HII, ya existía el fundamento de la atribución. En otras palabras, que al momento de cometer el ilícito ya era posible constatar la calidad de órgano del Estado o el control de este sobre la actuación de los particulares. Sin embargo, bajo el artículo 11 el criterio de atribución no existe con anterioridad a los hechos generadores de responsabilidad, sino con posterioridad en virtud del reconocimiento que el Estado hace del hecho como propio.

Con fundamento en este criterio de atribución, el Estado puede hacerse responsable por actos que por regla general no le serían atribuibles, por ejemplo, las actuaciones que revistan un carácter meramente privado.

Un ejemplo de la asunción por parte de un Estado, de un comportamiento que *ab initio* no le sería imputable, es el caso del personal diplomático y consular de Estados Unidos en Teherán. La Corte Internacional de Justicia determinó que si bien la ocupación inicial de la embajada al igual que la detención de sus miembros, no le era imputable al Estado de Irán, con la política de apoyo anunciada por el Ayatollah Khomeini y otros órganos y funcionarios iraníes, cambió la naturaleza de la ocupación volviéndola un acto del Estado¹⁴.

Finalmente, es necesario destacar que el artículo 11 deliberadamente utiliza los términos "reconocer" y "adoptar", los cuales, son totalmente diferentes a "apoyar" o "aprobar". De esta manera, para efectos de endilgar responsabilidad internacional bajo el criterio de atribución del artículo 11, no será suficiente con que el Estado haya aprobado o reconocido la existencia de una conducta, sino que será absolutamente necesario que el Estado haya reconocido y adoptado esa situación como propia. Por último, debemos recordar que este criterio solo satisface uno de los elementos de la responsabilidad: la atribución. Por lo tanto, también deberá establecerse una violación a una obligación de carácter internacional en el caso concreto que la conducta representa.

¹⁴ Corte Internacional de Justicia, United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgement, Reports 1980, p. 35, Párr. 74.

EJERCICIO No. 1

De los siguientes extractos de la sentencia Velásquez Rodríguez, determine cuáles fueron los criterios de atribución de responsabilidad que utilizó la CIDH para endilgar responsabilidad internacional al Estado de Honduras:

"La Corte tiene la convicción, y así lo ha dado por probado, de que la desaparición de Manfredo Velásquez fue consumada por agentes que actuaron bajo la cobertura de una función pública. Pero, aunque no hubiera podido demostrarse tal cosa, la circunstancia de que el aparato del Estado se haya abstenido de actuar, lo que está plenamente comprobado, representa un incumplimiento imputable a Honduras de los deberes contraídos en virtud del artículo 1.1 de la Convención, según el cual estaba obligada a garantizar a Manfredo Velásquez el pleno y libre ejercicio de sus derechos humanos".

6.4.7 Consecuencias de la responsabilidad

La consecuencia del HII de un Estado, es el nacimiento de relaciones jurídicas nuevas que comprenden:

- Cesación el comportamiento ilícito.
- Reparación plena de los perjuicios causado por el HII.

Así las cosas, el PRIE nos permite concluir que las consecuencias derivadas del HII deben entenderse sin perjuicio de la obligación del Estado de cumplir con la obligación violada. De igual forma, estas consecuencias incluyen la obligación de cesar los efectos de la violación, dar garantías de no repetición y además, de reparar los daños sufridos como consecuencia del HII. Finalmente, es importante entender que ninguna de esas consecuencias se verá afectada por las disposiciones contrarias en el derecho interno de los Estados.

A continuación nos detenemos en la obligación de reparar y en las distintas modalidades de reparación.

6.4.7.1 Reparación

El artículo 31 del PRIE consagra la obligación de reparar en los siguientes términos:

1. *El Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito.*
2. *El perjuicio comprende todo daño, tanto material como moral, causado por el hecho internacionalmente ilícito del Estado.*

Como se observa de la redacción del artículo, la reparación ha sido establecida como una obligación del Estado responsable y no como un derecho del Estado afectado por el HII. Una vez verificado el perjuicio, surge para el Estado una obligación automática de reparar, que no depende en lo absoluto de la reclamación del Estado afectado.

La Corte Permanente de Justicia Internacional determinó que, *es un principio del derecho internacional que la violación a un acuerdo implica la obligación de reparar en forma adecuada. La reparación, por tanto, es el complemento indispensable de la incapacidad de aplicar la Convención y no requiere consagración expresa dentro de esta*¹⁵.

¹⁵ Corte Internacional de Justicia (CIJ), "Fábrica de Chorzow", Jurisdicción, Judgment No. 8, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 17, p. 29.

Más adelante en el mismo fallo, la CIJ desarrolló el contenido de la obligación de reparar indicando que esta implica la necesidad de hacer desaparecer todas las consecuencias del hecho ilícito y restablecer la situación que hubiera existido de no haberse cometido la violación.

No obstante la relevancia del fallo antes referido, es importante indicar que, actualmente, el deber de reparar solo busca restablecer, cuando sea posible, el *status quo ante*, pero no comporta la obligación mucho más amplia de restablecer las cosas a como *hubieran* estado de no presentarse el hecho internacionalmente ilícito.

Finalmente, es importante resaltar que la obligación de reparar el perjuicio debe entenderse en su acepción más amplia para incluir, tanto los daños materiales como los de carácter estrictamente moral. Sin embargo, esta amplitud no implica un deber ilimitado de reparar, por el contrario, ha sido entendido que el artículo 31 también cumple un rol limitativo al excluir los perjuicios meramente abstractos.

6.4.7.2 Formas de reparación

La práctica internacional ha dado a entender que la obligación de reparar puede adoptar diferentes formas, las cuales, pueden ser únicas o concurrentes. Según el artículo 34 del PRIE estas formas son:

- Restitución
- Indemnización
- Satisfacción

6.4.7.2.1 Restitución

La restitución ha sido consagrada por el artículo treinta y cinco del PRIE en los siguientes términos:

El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a la restitución, es decir, a restablecer la situación que existía antes de la comisión del hecho ilícito, siempre que y en la medida en que esa restitución:

- a) No sea materialmente imposible;*
- b) No entrañe una carga totalmente desproporcionada con relación al beneficio que derivaría de la restitución en vez de la indemnización.*

Siendo la primera forma de reparar al Estado afectado por el hecho internacionalmente ilícito, la restitución implica un deber de restablecer, en la medida de lo posible, la situación que existía con anterioridad a la ocurrencia del hecho.

Es importante repetir que, a la luz del PRIE, esta forma de reparación solo obliga al Estado a restablecer el *status quo ante* y no la situación que hubiera podido existir si el hecho internacionalmente ilícito nunca hubiera ocurrido. De esta forma, el alcance de la reparación será el resultado de un análisis objetivo de la situación fáctica y no de un examen hipotético de la situación.

La restitución es la primera de las formas de reparación, pues es la que logra en mayor medida los propósitos de la misma, es decir, eliminar todos los rastros del hecho internacionalmente ilícito. Sin embargo, existen situaciones en las cuales no es posible restituir o en donde, el valor que le representa al Estado es tan mínimo que resulta más adecuado agotar otras formas. Lo mismo debe decirse, en los casos en que los costos de la restitución superan sus beneficios.

Finalmente, es necesario indicar que si bien resulta lógico buscar otro medio de reparación cuando la restitución no sea posible, esta situación no podrá alegarse apelando simplemente a dificultades de orden legal, como ya se dijo, las disposiciones del orden interno no pueden oponerse como obstáculos al deber de reparar. Tampoco proceden dificultades de tipo práctico que no impliquen una imposibilidad absoluta de cumplir.

6.4.7.2.2 Indemnización

El artículo 36 del PRIE define el deber de indemnización en los siguientes términos:

1. *El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a indemnizar el daño causado por ese hecho en la medida en que dicho daño no sea reparado por la restitución.*
2. *La indemnización cubrirá todo daño susceptible de evaluación financiera, incluido el lucro cesante en la medida en que este sea comprobado.*

Si bien ya había sido entendido que el concepto “perjuicio” incluía tanto los daños materiales como los morales, el numeral segundo del artículo 36 califica el daño estableciendo que solo será indemnizable aquel que sea susceptible de evaluación financiera. De esta forma, un Estado no puede demandar de otro Estado la indemnización de los daños morales que hubiere sufrido como consecuencia del HIJ; para estos efectos, existe la figura de la satisfacción que se estudiará inmediatamente después.

El deber de indemnizar es tal vez el que con más frecuencia se hace efectivo a través de las decisiones arbitrales. En el *Gabcikovo-Nagymaros Project Case*, la CIJ le asignó el carácter de norma consuetudinaria. Así mismo, indicó la Corte que era comúnmente reconocido que cuando un Tribunal tenía competencia para resolver una controversia respecto de la responsabilidad internacional de un Estado, le era implícita la capacidad para tasar el monto de la indemnización por el daño sufrido¹⁶.

Finalmente, con respecto a la relación que existe entre indemnización y restitución, es importante indicar que pese a su importancia, esta última puede resultar muchas veces inapropiada o insuficiente para lograr una reparación completa. De esta forma, la indemnización cumple muchas veces la labor de llenar vacíos y lograr de esta forma una reparación integral.

6.4.7.2.3 Satisfacción

El artículo 37 del PRIE consagra la obligación de satisfacción en los siguientes términos:

- “1. *El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a dar satisfacción por el perjuicio causado por ese hecho en la medida en que ese perjuicio no pueda ser reparado mediante restitución o indemnización.*
2. *La satisfacción puede consistir en un reconocimiento de la violación, una expresión de pesar, una disculpa formal o cualquier otra modalidad adecuada.*
3. *La satisfacción no será desproporcionada con relación al perjuicio y no podrá adoptar una forma humillante para el Estado responsable”.*

Como queda claro en la redacción del artículo, esta modalidad de reparación se encuentra circunscrita al excepcional evento en que no se pueda lograr una reparación completa a través de la restitución y de la indemnización.

¹⁶ CIJ “*Gabcikovo Nagymaros Project*” (Hungary/Slovakia), Judgment, I.C.J. Reports 1997.

Como ya se había expresado, el perjuicio al que hace alusión el párrafo segundo del artículo 31 incluye tanto el daño materia como el daño moral que se derive del HII. Al ser susceptible de evaluación financiera, el daño moral se repara a través de la indemnización, para el daño moral el único remedio es la satisfacción. Se trata de perjuicios simbólicos que se deriven de la misma violación y con independencia de sus consecuencias materiales¹⁷.

El segundo párrafo del artículo 37 describe, a manera simplemente enunciativa, las modalidades que puede asumir la satisfacción; se indican por ejemplo, el reconocimiento de la violación, la expresión de arrepentimiento y una disculpa formal. No obstante, muchas veces las mismas cortes internacionales han determinado que la decisión declarando la responsabilidad hace las veces de satisfacción¹⁸.

Finalmente, es importante destacar que, como consecuencia de los abusos cometidos por los Estados a partir de sus demandas de satisfacción, actualmente su alcance se encuentra limitado. Para estos efectos, el artículo 37 estableció que la satisfacción debe ser proporcionada al daño y no puede adoptar una forma humillante para el Estado infractor. De igual forma, se ha entendido que la satisfacción no tiene un carácter punitivo ni incluye lo que en el modelo del *common law* ha sido denominado, los *punitive damages*.

EJERCICIO No. 2

De conformidad con los hechos narrados a continuación, determine qué formas de reparación pueden aplicarse para este caso contenido en la sentencia *Bámaca Velásquez V. Guatemala* sentencia de 22 de febrero de 2002 sobre reparaciones y costas:

En el caso sub judice, los representantes de las víctimas y la Comisión aludieron a diferentes tipos de daños inmateriales que los hechos en este caso produjeron al señor Bámaca Velásquez y a sus familiares: los sufrimientos físicos y psíquicos padecidos por la víctima fallecida; el fenómeno de la desaparición forzada y su secuela de detención, tortura, denegación de justicia, falta de investigación de los hechos y de sanción de los responsables y desconocimiento del paradero de los restos mortales del señor Bámaca Velásquez han ocasionado diversos sufrimientos en los miembros de su familia: esposa, padre y hermanas de la víctima.

Como quedó demostrado, el señor Bámaca Velásquez sufrió, dentro de la práctica de las fuerzas armadas con respecto a aquellos guerrilleros que eran detenidos, condiciones de reclusión hostiles y restrictivas utilizadas para obtener información¹⁹; fue torturado y sometido a diversos tratos crueles, inhumanos y degradantes²⁰. Resulta evidente, pues es propio de la naturaleza humana que toda persona sometida a torturas, agresiones y vejámenes²¹, como los que se cometieron contra Bámaca Velásquez, experimente dolores corporales y un profundo sufrimiento. Al respecto, el párrafo 158 de la sentencia sobre el fondo, dictada por la Corte el 25 de noviembre de 2000, señala: los actos denunciados en el presente caso fueron preparados e infligidos deliberadamente, con el fin de obtener de Efraín Bámaca Velásquez información relevante para el Ejército. Según los testimonios recabados en el presente proceso, la supuesta víctima fue sometida a actos graves de violencia física y psíquica durante un prolongado período de tiempo con los fines antes mencionados y, así, puesta en un contexto de angustia y de sufrimiento físico intenso de modo intencional, lo que no puede calificarse sino como tortura, tanto física como psicológica.

¹⁷ ONU, Washington, *United Nations Reports of International Arbitral Awards (UNRIAA)*, Rainbow Warrior Affair, Vol. XX, P. 272-273 (1990).

¹⁸ CIJ, "*Canal de Corfú*", Case, *Supra* Nota 1, p. 35.

¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), sentencia *Caso Bámaca Velásquez*, *supra* nota 6, párr. 132.

²⁰ CIDH, sentencia *Caso Bámaca Velásquez*, *supra* nota 6, párrs. 150-151 y 158.

²¹ CIDH, sentencia *Caso Bámaca Velásquez*, *supra* nota 6, párr. 220.

6.5 CARÁCTER JURÍDICO DE LA CARTA DE NACIONES UNIDAS

El preámbulo de la Carta de Naciones Unidas reafirma la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y declara, como elemento esencial para su realización, el desarrollo y estímulo del respeto de los DDHH y las libertades fundamentales de todos (art. 55), para lo cual el Consejo Económico y Social (ECOSOC) deberá hacer las recomendaciones necesarias con el objeto de promover su respeto y efectividad (art. 62).

El problema de la obligatoriedad de la Carta de Naciones Unidas, -fundamentado en su carácter jurídico, constitutivo de claras obligaciones de comportamiento para los Estados parte-, se tornó en objeto de debate. El artículo 56 del instrumento establecía el compromiso de los Estados de tomar medidas, conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos contenidos en el artículo 55. Este artículo fue interpretado de varias maneras, dentro de las cuales, había una posición *restrictiva* que implicaba que el único compromiso de los Estados radicaba en cooperar, pura y simplemente, mientras que para otros, desde una perspectiva más *progresista*, el artículo 56 obligaba a los Estados a tomar medidas en el plano interno²².

El problema se resolvió con la sentencia de 21 de junio de 1971 (asunto Namibia) de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en la cual se estableció claramente que los órganos o funcionarios del Estado al comprometerse de conformidad con la Carta de Naciones Unidas, lo hacen con el fin de observar y respetar los DDHH y las libertades fundamentales, en un territorio que posee un estatus internacional. Dice a su vez la sentencia que *el hecho de establecer y aplicar (...) distinciones, exclusiones, restricciones y limitaciones basadas exclusivamente en motivos de raza, color, ascendencia, u origen nacional o étnico, que son una negación de los DDHH fundamentales, constituye una flagrante violación de los propósitos y principios de la Carta*²³.

De esta forma es claro para el derecho internacional contemporáneo que los Estados parte del sistema de Naciones Unidas, tienen la obligación jurídica de respetar los DDHH y no podrían sostener válidamente que esta materia es objeto de su jurisdicción interna y por tanto imposible de ser conocida o valorada por el derecho internacional, en la medida en que, al asumir su calidad miembros de Naciones Unidas, adoptaron compromisos con la Comunidad Internacional que los obliga a su cumplimiento. De esta forma, -en tanto que los DDHH dejan de ser un asunto del resorte interno de los Estados para convertirse en temáticas que interesan a la Comunidad Internacional en su Conjunto-, no pueden ser objeto de excepciones circunscritas al principio de no intervención en asuntos internos de los Estados.²⁴

La Carta de Naciones Unidas adolecía, -hasta la Declaración Universal de los DDHH (en adelante la Declaración) del 10 de diciembre de 1948-, de una enumeración y división de los DDHH y las libertades fundamentales. Es entonces en la Declaración en donde se especifican y definen los más importantes derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales, aunque no se instaura, -ni siquiera sugiere-, ningún derecho de reclamación de los particulares ante instancias internacionales ni se establece ningún mecanismo jurídico de control, lo cual es comprensible dada la coyuntura política existente (conflicto Este-Oeste) que hacía del principio de no intervención en asuntos internos el elemento más importante, -en algunos casos a ultranza-, de las relaciones interestatales.

No obstante lo anterior, fue con posterioridad a la Declaración que los dos Pactos de derechos civiles y políticos y de derechos económicos, sociales y culturales que se establecieron sistemas de protección opcionales y obligatorios de DDHH, y crearon y consolidaron los órganos de control convencional (Comités) encargados de vigilar el cumplimiento de los tratados y de interpretar

²² Jiménez de Arechaga, Eduardo, "El Derecho Internacional Contemporáneo", Tecnos, Madrid, 1980, p. 207.

²³ CIJ, "Consecuencias jurídicas de la presencia continuada de África del Sur en Namibia", Dictamen 1971.

²⁴ Pastor Ridruejo, José A, Curso de derecho Internacional Público y Obligaciones Internacionales, Tecnos, Madrid, 2003, pp. 198 y 199.

mediante Observaciones Generales el alcance de las disposiciones del instrumento, lo cual se verá con más detalle en la segunda unidad del documento.

Por motivos semejantes a los mencionados arriba, el tema correspondiente a la responsabilidad internacional de los Estados, a pesar de que aparecía en la agenda de la Comisión de Derecho Internacional desde 1949 como posible objeto de codificación, tuvo que esperar hasta el 2001 para ser acogido por la Asamblea General de Naciones Unidas como Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado.

6.6 CARTA DE DDHH DE NACIONES UNIDAS

A continuación se introduce al lector a la serie de tratados que se han promulgado en el marco de la Organización de Naciones Unidas (ONU), muchos de los cuales han sido adoptados y ratificados por el Estado Colombiano.

El objetivo principal, es que a partir de un análisis sucinto pero pluridimensional de los textos de los tratados, el lector pueda entender las temáticas más importantes que cada uno aborda, así como los diferentes grados de compromiso que implican para el Estado ratificador.

Junto al análisis individualizado de cada tratado, pacto o declaración, se hará una breve mención a las recomendaciones más relevantes de los Comités Convencionales de Protección. Lo anterior, porque si bien es claro que dentro del derecho internacional su vinculatoriedad está lejos de ser un hecho indiscutido, su naturaleza jurídica es la de ser recomendaciones que los Estados deben acatar so pretexto de desatender la interpretación auténtica de los contenidos de los tratados.



6.6.1 Declaración Universal de DDHH (DUDH)

La DUDH, fue adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas (ONU) en 1948²⁵, con una característica importante: no recibió ningún voto en contra²⁶.

²⁵ Resolución de la Asamblea General 217 A (III).

²⁶ La DUDH se votó por 48 Estados a favor, cero votos en contra y 8 abstenciones.

La Declaración consagra en sus 30 artículos derechos de carácter civil, político, social y económico. La igualdad y la libertad de todo tipo de discriminación son sus principales temáticas. En particular, se reconocen la libertad de religión (art. 2º), expresión (art. 19), reunión y asociación (art.20), el derecho a no ser detenido de manera arbitraria (art. 9º) y a una igual protección ante la ley (art. 7º).

Finalmente, aunque la Declaración fue creada mediante una resolución de la Asamblea General y por tanto no tuvo en su nacimiento un carácter vinculante, lo cierto es que la gran mayoría de Estados han adoptado sus disposiciones dentro de sus Constituciones internas y actualmente los más reconocidos tratadistas la consideran parte del derecho consuetudinario o más importante aún, como una interpretación auténtica de la Carta²⁷.

La Declaración presenta un indiscutible valor programático y en ese sentido es pertinente resaltar su carácter decisivo a la hora de dar efectividad a los DDHH y libertades fundamentales contenidas en la carta política. Así en sentencia C-507/ 04 la Honorable Corte Constitucional de Colombia (en adelante la Corte) determinó que la Declaración *representa un referente en el ámbito jurídico internacional relevante*²⁸ y constituye parámetros de jerarquía constitucional para ejercer control de constitucionalidad al hacer parte del bloque de constitucionalidad²⁹ *stricto sensu*³⁰.

6.6.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue adoptado y abierto a su firma y ratificación, por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante Resolución 2200 (XXI) de 1966. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976, es decir, 3 meses después de la fecha en que se verificó su trigésimo quinto instrumento de ratificación o adhesión. El PIDCP es ante todo, una reafirmación de los postulados esenciales de la DUDH³¹. Sin embargo, a diferencia de esta última, aquel, desde que lograra el número de ratificaciones necesarias para su entrada en vigor, adquirió carácter vinculante para todos los Estados Parte³².

6.6.2.1 Naturaleza jurídica de las disposiciones del pacto en ordenamiento jurídico interno

En varias sentencias, la Corte Constitucional ha tenido la oportunidad de determinar la posición que ocupan los tratados internacionales de DDHH dentro de la jerarquía constitucional como elementos constitutivos del bloque de constitucionalidad *stricto sensu*.

La Corte ha dejado sentado que salvo remisión expresa de normas superiores³³, únicamente constituyen parámetros para el ejercicio del control de constitucionalidad aquellos convenios internacionales que satisfagan los presupuestos del artículo 93 de

²⁷ Steiner, Henry J., Alston, Philip, Goodman, Ryan. "International Human Rights in Context". Oxford University Press, Oxford Third Edition, p. 152 B. También en SOHN, Louis, The Universal Declaration of Human Rights, 8 J. Int'l Commun Jurists 17, 26 (1967).

²⁸ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-507/ 04, 25 de mayo de dos mil cuatro (2004) Ponente Manuel José Cepeda Espinosa p. 85.

²⁹ Al respecto la sentencia C-1188/05 determina que en la sentencia C-203 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa se hizo mención al concepto del bloque de constitucionalidad y se dijo que "(...) el bloque de constitucionalidad se refiere a 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 Carta Política –entre otros en los artículos 9º, 93, 94, 214, 53 y 102). Ver, a este respecto, entre otras, las sentencias C-225 de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), C-578 de 1995 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), C-358 de 1997 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y C-191 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). Entre las normas convencionales y consuetudinarias que la Corte ha identificado como parte del bloque de constitucionalidad se incluyen aquellas que consagran los derechos de los niños (sentencia C-1068 de 2003, M.P. Jaime Araujo Rentería), las que se incluyen en los tratados de Derecho Internacional Humanitario (sentencias C-225 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero, y C-578 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz)".

³⁰ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-504/ 07, cuatro (4) de julio de dos mil siete (2007). Ponente Clara Inés Vargas Hernández p. 11.

³¹ Los requerimientos que en materia penal exige la Declaración en sus artículos 10 y 11, son básicamente transcritas en los artículos 14 y 15 del Pacto.

³² El Pacto de Derechos Civiles y Políticos para enero de 2007 había sido ratificado por 160 Estados.

³³ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-358/ 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

la Constitución Política, en cuanto a que: i) hubieren sido ratificados por el Congreso, ii) reconozcan DDHH y, iii) se prohíba su limitación en los estados de excepción, los cuales prevalecerán en el orden interno.

En ese orden de ideas, las disposiciones concernientes al derecho a la vida, el debido proceso en sus distintas manifestaciones, el principio de legalidad, el principio de favorabilidad penal y de irretroactividad de la ley penal, y todas aquellas que cumplan con los requisitos arriba previstos, consagrados en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y en la Declaración Americana sobre DDHH de 1969 hacen parte del bloque de constitucionalidad³⁴.

6.6.2.2 Obligación de tomar medidas en relación con la aplicación interna del pacto

El Comité de vigilancia del PIDCP, ha dejado claro en su Observación General No. 13 de 1981 que si bien los Estados parte pueden disponer a su arbitrio la forma en que se aplicará el tratado en su territorio (art. 2º) esa aplicación no depende exclusivamente de la promulgación de disposiciones constitucionales o legislativas, que suelen ser de por sí insuficientes. El Comité consideró necesario señalar a la atención de los Estados partes el hecho de que la obligación prevista en el pacto no se limita al respeto de los DDHH, sino que los Estados partes deben garantizar el goce de esos derechos por todas las personas sometidas a su jurisdicción³⁵. Este aspecto exige que los Estados partes realicen actividades concretas para que las personas puedan disfrutar de sus derechos.

El pacto fija expresamente la obligación para los Estados de garantizar por igual los derechos a hombres y mujeres, para lo cual no es suficiente con tomar medidas legislativas de protección sino la adopción de obligaciones precisas y positivas y la demostración de progresos junto con los posibles factores o dificultades con que ha tropezado el Estado para su efectivización.

6.6.2.3 Protección del derecho a la vida establecida en el pacto

La protección al derecho a la vida es garantizada por el pacto sin perjuicio de la gran cantidad de tratados y convenciones que regulan el tema. De los textos de esos instrumentos se desprenden garantías de carácter genérico y otras de carácter específico³⁶ que van desde la prohibición de la privación arbitraria de la vida hasta la promulgación de la abolición de la pena de muerte. A pesar de la igualdad entre derechos que normalmente se predica en esferas internacionales³⁷, lo cierto es que los órganos internacionales han sido claros en destacar el carácter especial del derecho a la vida.

En efecto, bajo esta lógica de preponderancia y superioridad jerárquica, la CIDH determinó que si el debido proceso y sus garantías deben ser protegidos en cualquier circunstancia, *su observancia es aún más importante cuando se halle en juego el supremo bien que reconocen y protegen todas las declaraciones y tratados de DDHH: la vida humana*³⁸.

En ese mismo sentido el Comité DH estableció el derecho a la vida como derecho supremo respecto del cual no se autoriza suspensión alguna, ni siquiera en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación (art. 4º). Se trata de un derecho que no debe interpretarse en un sentido restrictivo, de manera que deberá consistir, no solamente en la implementación de medidas para evitar y castigar los actos criminales que entrañen su privación, sino, por ejemplo, la adopción de medidas positivas

³⁴ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-820/ 2005 M.P Clara Inés Vargas Hernández.

³⁵ Washington, ONU, Comité DH, *Observación general Nº3 (1981) relativa a la aplicación del Pacto a nivel nacional* (art. 2º)

³⁶ Valencia Villa, Alejandro (editor y compilador), *Compilación de Jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*, vols. I y III, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2007, p. 96.

³⁷ Organización de Naciones Unidas, *Segunda Conferencia Mundial sobre DDHH de Viena de 1993*.

³⁸ Corte Interamericana de DDHH, OC-16/99, párrafo. 135.

para disminuir la mortalidad infantil y aumentar la esperanza de vida, en especial las medidas para eliminar la malnutrición y las epidemias³⁹. La falta de vivienda, por ejemplo, es un factor agravante que eleva los factores de muerte.

Las violaciones al derecho a la vida, no siempre requieren de la verificación de la muerte de la persona. De las decisiones del Comité de DH, por el contrario, se advierte que el Estado deberá responder por violaciones al derecho a la vida cuando las leyes en materia de porte de armas no sean lo suficientemente estrictas⁴⁰ o, cuando las sentencias que impongan pena capital no sean producto de un proceso justo donde se haya respetado el derecho de defensa.

6.6.2.4 Posibilidad de suspensión o limitación de derechos

El Pacto⁴¹ determina que los Estados pueden suspender varios derechos en la medida estrictamente requerida por la situación, exceptuando algunos de carácter imperativo. Para ello el Estado parte tiene la obligación de informar inmediatamente, por conducto del Secretario General, a los demás Estados Partes de los derechos que haya suspendido, inclusive las razones de ello y la fecha en que terminará la suspensión.

Se trata de disposiciones que indican que algunos derechos no tienen un carácter absoluto y por tanto deben adaptarse a ciertos intereses esenciales del Estado como por ejemplo, la seguridad, el orden, la salubridad y la moralidad pública o la seguridad nacional. Tal es el caso del inciso 3º del artículo 18 y del mismo inciso en el artículo 19, también de los artículos 21 y 22.

El propio Pacto indica que esa situación debe ser excepcional (si está en peligro la vida de la Nación) y establece que no son susceptibles de suspensión, el derecho a la vida (art. 6º), la prohibición de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 7º), la prohibición de esclavitud o servidumbre (art. 8.1 y 8.2), la prohibición de aplicar pena privativa de la libertad por deudas contractuales (art. 11), el principio de legalidad de la conducta y de las penas ni el de favorabilidad en materia penal (art. 15), el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 16), la libertad de pensamiento, conciencia y religión (art 18).

6.6.2.5 Privación arbitraria de la vida, desaparición de individuos y pena de muerte

La privación de la vida por las autoridades del Estado es una cuestión de suma gravedad. Por consiguiente, la ley debe controlar y limitar estrictamente las circunstancias en que dichas autoridades pueden privar de la vida a una persona. Los Estados partes deben tomar medidas concretas y eficaces para evitar la desaparición de individuos, algo que desgraciadamente se ha hecho muy frecuente y desemboca muchas veces en una privación arbitraria de la vida. Más aún, los Estados deben establecer servicios y procedimientos eficaces para investigar a fondo los casos de personas desaparecidas en circunstancias que puedan implicar una violación del derecho a la vida.

En cuanto a la abolición de la pena de muerte, si bien de los párrafos 2 a 6 del artículo 6º del PIDCP se desprende que los Estados partes no están obligados a abolir totalmente la pena de muerte, dichos Estados se encuentran obligados a limitar su uso y, en particular, a abolirla como castigo de los delitos que no sean considerados como "los más graves". Por consiguiente, deberían modificar sus normas de derecho penal a la luz de esta disposición y, en todo caso, están obligados a restringir la aplicación de la pena de muerte a "los más graves delitos".

³⁹ Washington, ONU, Comité DH, Observación general N° 6 16º período de sesiones (1982) sobre el Derecho a la vida (art. 6º), p. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I) p. 209.

⁴⁰ Ver las Observaciones Finales del Comité de DDHH sobre el informe de Estados Unidos, A/50/40, par. 282 (1995), en O'Donnell, Daniel, Derecho internacional de los derechos humanos normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2004.

⁴¹ Washington, ONU, Comité DH, 13º período de sesiones (1981) Observación general N° 5 Suspensión de las obligaciones (art. 4º) HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I) P. 46

Así las cosas el derecho a la vida goza, si bien no en lo formal, si en lo material, de un carácter preeminente en la jerarquía derechos universalmente reconocidos. Con respecto a su protección y garantía, el Estado tiene unas obligaciones de carácter positivo que entre otros, implican acciones de prevención de factores que puedan incrementar los riesgos de muerte. Si bien la vida no goza de un carácter absoluto en el derecho internacional, su privación está sujeta a condiciones precisas.

6.6.2.6 La seguridad nacional y las limitaciones a los DDHH después del 11 de septiembre

Desde 1999 con la Convención Internacional para la Supresión del Financiamiento al Terrorismo⁴² y posteriormente, con la Resolución 1566 de 2004 del Consejo de Seguridad, se ha buscado una definición del crimen de terrorismo y más aún, se ha hecho un llamado a los Estados para llevar a cabo todas las actividades necesarias para su proscripción. Desde luego, una de esas actividades, tal vez la más importante, consiste en establecer prohibiciones desde el derecho penal interno.

Sin embargo, esa labor legislativa de proscripción, sin importar la connotación que pueda tener el terrorismo como delito internacional, debe respetar los estándares mínimos que en materia criminal y, con referencia especial al derecho al juicio justo, han establecido los tratados internacionales de DDHH. En consecuencia, en ningún momento podrán desestimarse los principios esenciales del derecho penal como el *non bis in ídem*, los de *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege* y por supuesto el de presunción de inocencia. En cuanto a estos requerimientos, la Comisión Interamericana ha establecido que:

"...en el contexto específico del terrorismo, estos principios demandan que cualquier ordenamiento que se proponga proscribir conductas relacionadas con terrorismo se clasifiquen y describan en un lenguaje preciso y no ambiguo que define de manera estricta la ofensa a castigar, y concordantemente demandan una clara definición de la conducta criminalizada estableciendo sus elementos y factores que la diferencian de otros comportamientos no punibles o que involucran otras formas de castigo..."⁴³.

Es de destacar que la Comisión y la Corte Interamericana de DDHH (CIDH), ya han determinado que ciertas leyes antiterroristas en el nivel nacional, violaron el principio de legalidad porque por ejemplo, intentaron dar una definición de terrorismo que era inexorablemente abierta e imprecisa.

EJERCICIO No. 3

Analice el extracto de la sentencia⁴⁴ presentada a continuación y determine cuáles de los derechos establecidos en el PIDCP le fueron conculcados y si habría lugar a responsabilidad internacional del Estado.

La señora María Elena Loayza Tamayo estuvo detenida por la DINCOTE desde el 6 hasta el 26 de febrero de 1993 sin haber sido puesta a disposición del Juzgado Especial de la Marina, en contravención del artículo 12.c del Decreto-Ley N° 25.475 (delito de terrorismo). En la DINCOTE permaneció 10 días incomunicada y fue objeto de torturas, tratos crueles y degradantes y de apremios ilegales, por ejemplo, "torturas... amenazas de ahogo a orillas del mar durante horas de la noche y la violación sexual de [que] fue víctima por efectivos de la DINCOTE"; todo con la finalidad de que se auto inculpara y declarara pertenecer

⁴² Washington, ONU, Asamblea General, Resolución de la 54/109 de 1999.

⁴³ Washington, ONU, Asamblea General, Resolución de la 54/109 de 1999.

Human Rights, Inter-American Commission on Human Rights, Report on Terrorism and, 22 October 2002, available at www.cidh.org/Terrorism/Eng/toc.htm, consulta del 9 de mayo de 2009.

⁴⁴ CIDH, sentencia caso Loayza Tamayo V. Perú de 17 de septiembre de 1997, fondo.

al Partido Comunista de Perú -Sendero Luminoso- (en adelante "PCP-SL"). Sin embargo, la señora María Elena Loayza Tamayo declaró ser inocente, negó pertenecer al PCP-SL y, por el contrario, "criticó sus métodos: la violencia y la violación de DDHH por parte de ese grupo subversivo".

Durante los 10 días en que permaneció incomunicada no se permitió a la señora María Elena Loayza Tamayo comunicarse con su familia ni con su abogado, quienes tampoco fueron informados del lugar de detención. Su familia se enteró de la detención el 8 de febrero de 1993, por una llamada anónima. No se interpuso ninguna acción de garantía en su favor, porque el Decreto-Ley N° 25.659 (delito de traición a la patria) prohibía presentar el "recurso de hábeas corpus por hechos relacionados con el delito de terrorismo".

El 26 de febrero de 1993 la señora María Elena Loayza Tamayo fue presentada a la prensa, vestida con un traje a rayas, imputándosele el delito de traición a la patria. Fue llevada al antiguo Hospital Veterinaria del Ejército - convertido luego en una "carceleta"- donde permaneció hasta el 3 de marzo del mismo año, cuando fue trasladada al Centro Penitenciario de Máxima Seguridad de Mujeres de Chorrillos.

6.6.3 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)

El PIDESC fue adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante Resolución 2200 de 16 de diciembre de 1966, entró en vigor el 3 de enero de 1976 y fue aprobado en Colombia mediante Ley 74 de 1968 y ratificado por Colombia el 29 de octubre de 1969. Se consagra en primera medida, el deber de los Estados de garantizar y promover los derechos sociales, establece el principio de la libre autodeterminación de los pueblos, como un derecho a partir del cual, aquellos establecen su condición política y se proveen a sí mismos su desarrollo económico, social y cultural. Se consagra además, como requisito para el logro de los fines de una sociedad, la capacidad de disponer libremente de su riqueza y recursos naturales (art. 1º); establece el compromiso para los Estados miembros, por sí mismos, o a través de la cooperación internacional en materia económica, de adoptar medidas, hasta el máximo de los recursos disponibles, para de manera progresiva lograr la efectividad de los derechos consagrados y su goce sin discriminación por motivos de raza, religión, sexo, opinión política o de cualquier otra índole (art. 2º); se permiten limitaciones a los derechos consagrados, únicamente cuando estas estén consagradas en la ley y cuando con ellas se promueva el bienestar general (art. 4º); reconocen los Estados partes a este Pacto, el derecho a trabajar, entendido como el derecho de toda persona a ganarse la vida mediante trabajo libremente aceptado y escogido.

Los Estados deberán tomar las medidas para garantizar su ejercicio efectivo, las cuales comprenden, la orientación técnico-profesional y la impulsión de los programas, normas y técnicas necesarias para lograr un desarrollo económico, social y cultural constante y una ocupación plena (art. 6º); se afirma la necesidad de garantizar condiciones equitativas de empleo y remuneración del mismo (art. 7º); se establece el compromiso de garantizar la formación de sindicatos, la libre asociación a ellos y el derecho a la huelga (art. 8º); el derecho a la seguridad social (art. 9º); la protección especial de la familia como núcleo básico de la sociedad y de las madres en las etapas pos y pre-parto (art. 10). Con posterioridad a la entrada en vigor del PIDESC el ECOSOC crea el Comité de vigilancia del presente tratado, que tiene dentro de sus funciones velar por el cumplimiento del mismo por parte de los Estados miembros e interpretar las disposiciones del instrumento en sus Observaciones Generales.

6.6.3.1 Obligaciones de comportamiento y de resultado

Ha sido entendido que el PIDESC consagra obligaciones de comportamiento, por permitir su gradual cumplimiento conforme a las situaciones económicas de los Estados y, obligaciones de resultado que son de aplicación inmediata, como la de garantizar los derechos consagrados sin discriminación. Se incluye dentro de este mismo tipo de obligaciones, las consagradas en el inciso

primero del artículo 2º, según el cual, los Estados deben “adoptar medidas”; como es natural, este compromiso no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración⁴⁵.

Es importante resaltar que el Comité DESC ha señalado que las cuestiones relacionadas con la aplicación interna del Pacto deben considerarse teniendo en principios del derecho internacional tales como el contenido en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que establece que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. En otras palabras, los Estados deben modificar el ordenamiento jurídico interno en la medida necesaria para dar efectividad a las obligaciones dimanantes de los tratados en los que sean parte⁴⁶.

De esta manera, es posible entender, que es la realización de los derechos lo que permite un avance paulatino. Con respecto a los compromisos, por el contrario, debe poderse verificar en un lapso de tiempo razonable, pero breve tras la ratificación. De todos modos, aunque se reconozca una cierta flexibilidad, lo cierto es que el objeto del tratado es crear obligaciones reales para los Estados y en esta medida, debe entenderse que las obligaciones de medio imponen de todos modos un deber de actuar lo más expedita y eficazmente posible.

Con respecto a las medidas a tomar, el mismo inciso primero del artículo 2º provee una definición suficiente de estos al establecer que, se deben agotar *todos los medios apropiados*, inclusive, la adopción de medidas legislativas. Es de aclarar, que muy a pesar de la redacción del artículo, esas medidas legislativas pueden tornarse absolutamente necesarias para lograr la efectividad de los derechos consagrados. Tal es el caso por ejemplo, en materia de discriminación, protección de madres y educación⁴⁷.

Sin embargo, debe quedarle claro al lector, que no por el hecho de emprender campañas legislativas se entenderán por satisfechos los compromisos adquiridos por el Estado en virtud del PIDCP, por el contrario, esas campañas son solo uno de los medios apropiados dentro de ese todo que se debe agotar. Al final de cuentas será el Comité DESC, el que determine la suficiencia de las medidas.

En este estadio, es importante llamar la atención respecto de las conclusiones del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los DDHH (oficina en Colombia). Para este, de la experiencia del Comité DESC se puede determinar que su opinión es que, con independencia de factores económicos, *corresponde a cada Estado parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos*⁴⁸. Bajo esta lógica, un Estado en donde casi toda su población carece de educación primaria, no está cumpliendo las obligaciones contraídas en virtud del pacto. El pacto debe interpretarse de una forma tal, que establezca una obligación mínima.

No obstante lo anterior, un Estado podrá incluso encontrarse excusado para el no cumplimiento de esas condiciones mínimas, cuando demuestre que habiendo agotado el máximo de los recursos de que disponía, no pudo llegar a la meta mínima establecida. Después de todo, en el ámbito internacional, también es válido concluir que nadie está obligado a lo imposible.

⁴⁵ Valencia Villa, Alejandro (editor y compilador), *Compilación de Jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*, vols. I y III, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2007, volumen II, p. 163.

⁴⁶ Washington, ONU, Comité DESC, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.II) p.61 y E/1999/22.

⁴⁷ Valencia Villa, Alejandro (editor y compilador), *Compilación de Jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*, vols. I y III, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2007, volumen II. P. 163 y 164.

⁴⁸ Valencia Villa, Alejandro (editor y compilador), *Compilación de Jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*, vols. I y III, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2007, vol. II, p. 165.

6.6.3.2 Observaciones del Comité DESC en cuanto a las obligaciones de los Estados

En esta Observación General⁴⁹ se trata de aclarar la obligación fundamental que deriva del pacto concerniente a que los Estados partes den efectividad a los derechos reconocidos en él. Al exigir que los gobiernos lo hagan "por todos los medios apropiados", el pacto adopta un planteamiento amplio y flexible que permite tener en cuenta las particularidades del sistema legal y administrativo de cada Estado, así como otras consideraciones pertinentes.

EJERCICIO No. 4

Realice un cuadro comparativo de las obligaciones contenidas en el PIDESC determinando cuáles son de comportamiento y cuáles de resultado.

6.6.4 Protocolo facultativo del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos

El protocolo fue adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), el 16 de diciembre de 1966 y entró en vigor el 23 de marzo de 1976. A la fecha de hoy el protocolo facultativo ha sido ratificado por más de 68 Estados.

El Protocolo Facultativo I, tiene como objetivo facultar al Comité de DH para recibir y considerar comunicaciones de individuos que estén bajo la jurisdicción de los Estados gratificantes y que aleguen ser víctimas, por parte de estos Estados, de violaciones a los derechos consagrados por el PIDCP (art. 1º).

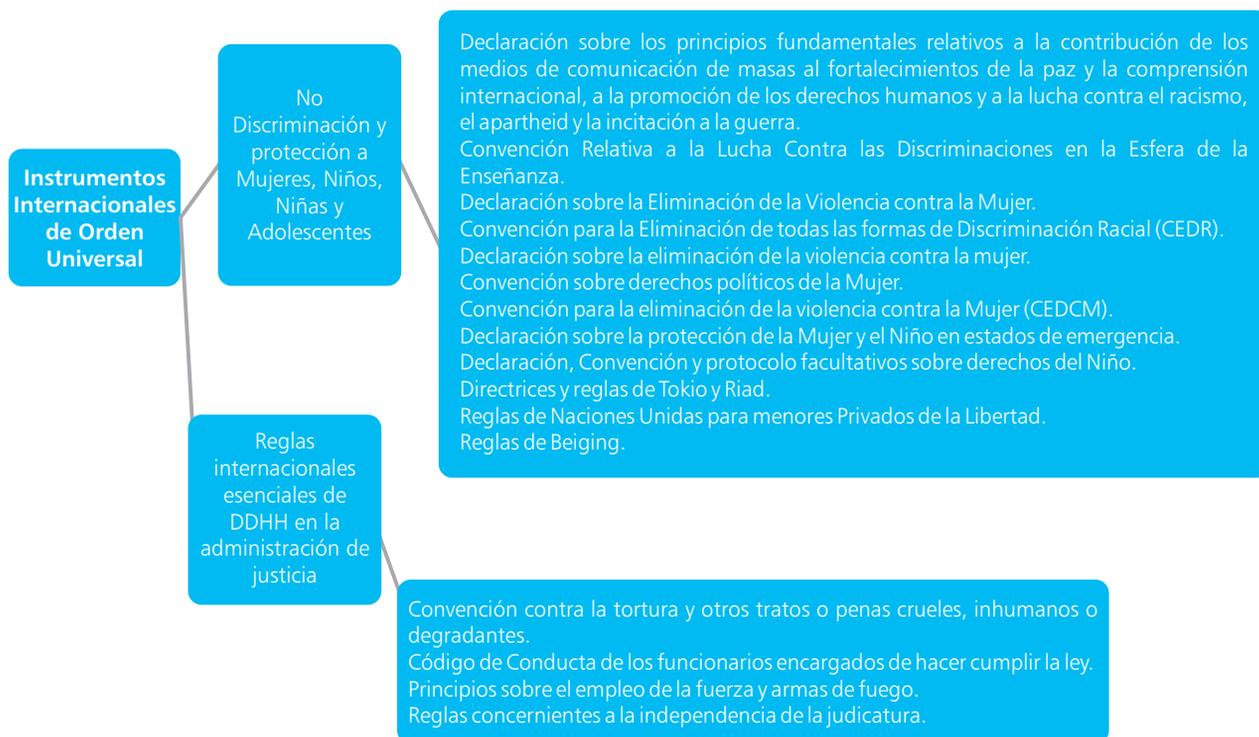
Lo anterior, solo se entenderá posible una vez el individuo haya agotado todos los recursos del orden interno (art. 2º), y haya identificación plena del individuo (Art. 3º).

El protocolo es respetuoso del derecho de defensa de los Estados y por tal razón, les hace remisión de las manifestaciones para que en un lapso no mayor a seis (6) meses, se pronuncien respecto de estas y aclaren las medidas que hayan tomado o estén dispuestos a tomar para dar solución a la situación.

⁴⁹ Washington, ONU, Comité DESC "Observación general N° 3 (1990) sobre la índole de las obligaciones de los Estados Partes" (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto).

6.7 INSTRUMENTOS DE DDHH DEL ORDEN UNIVERSAL

Además de la Carta de Naciones Unidas existen otra serie de instrumentos internacionales de diversa índole relacionados con temas de DDHH relativos a la discriminación, de mujeres, niños, niñas y adolescentes que tienen valor jurídico en tanto que tratados internacionales aprobados por Colombia o bien como estándares internacionales que pueden ser tenidos en cuenta por los Estados y tribunales internacionales.



6.7.1 Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación racial (CEDR)

La CEDR fue adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. Entró en vigor el 4 de enero de 1969, de conformidad con el artículo 19 y fue ratificada por Colombia el 2 de septiembre de 1981.

La doctrina en materia de no discriminación emitida por el Comité CEDR ha sostenido que la no discriminación, junto con la igualdad ante la ley sin discriminación alguna, constituyen un principio básico de la protección de los DDHH⁵⁰.

6.7.1.1 Determinación del concepto de discriminación racial

La expresión “discriminación racial” denota a la luz del CEDR toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el

⁵⁰ Comité CEDR Recomendación General N° XIV relativa al párrafo 1 del artículo 1° de la Convención, documento A/48/18.

reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los DDHH y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.

El Comité CEDR ha considerado que la palabra “basada” no tiene un sentido diferente del de las palabras “por motivos de”, que figuran en el párrafo 7 del preámbulo. Cualquier distinción es contraria a la Convención, si tiene el propósito o el efecto de menoscabar determinados derechos y libertades. Esto viene confirmado por la obligación que impone a los Estados partes el apartado c) del párrafo 1 del artículo 2º de anular cualquier ley o práctica que tenga por efecto crear o perpetuar la discriminación racial.

6.7.1.2 Obligaciones convenidas por los Estados

- a) Cada Estado parte se compromete a no incurrir en ningún acto o práctica de discriminación racial contra personas, grupos de personas o instituciones y a velar porque todas las autoridades públicas e instituciones públicas, nacionales y locales, actúen en conformidad con esta obligación;
- b) Cada Estado parte se compromete a no fomentar, defender o apoyar la discriminación racial practicada por cualesquiera personas u organizaciones;
- c) Cada Estado parte tomará medidas efectivas para revisar las políticas gubernamentales nacionales y locales, y para enmendar, derogar o anular las leyes y las disposiciones reglamentarias que tengan como consecuencia crear la discriminación racial o perpetuarla donde ya exista;
- d) Cada Estado parte prohibirá y hará cesar por todos los medios apropiados, incluso, si lo exigieran las circunstancias, medidas legislativas, la discriminación racial practicada por personas, grupos u organizaciones;
- e) Cada Estado parte se compromete a estimular, cuando fuere el caso, organizaciones y movimientos multirraciales integracionistas y otros medios encaminados a eliminar las barreras entre las razas, y a desalentar todo lo que tienda a fortalecer la división racial.

6.7.1.3 Diferencia de trato no constitutivo de discriminación

El Comité CEDR ha determinado que la existencia de una diferencia de trato no constituirá discriminación *per se* si los criterios para tal diferencia, juzgados en comparación con los objetivos y propósitos de la Convención, son legítimos o quedan incluidos en el ámbito del párrafo 4 del artículo 1º de la Convención.

Al examinar los criterios que puedan haberse empleado, el Comité reconocerá que una medida concreta puede obedecer a varios fines. Al tratar de determinar si una medida surte un efecto contrario a la Convención, examinará si tal medida tiene consecuencias injustificables distintas sobre un grupo caracterizado por la raza, el color, el linaje o el origen nacional o étnico.

6.7.2 Convención Relativa a la Lucha Contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza

Fue adoptada el 14 de diciembre de 1960 por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, y entró en vigor el 22 de mayo de 1962, de conformidad con el artículo 14.

La Convención recuerda que según la Declaración Universal de los DDHH, todas las personas tienen derecho a la educación sin discriminación alguna. En especial, la Declaración rechaza los actos de discriminación que impliquen la exclusión de una persona o grupo del acceso a los diversos grados de enseñanza y aprendizaje; que limiten el grado de educación de una persona o grupo a un nivel inferior o, que coloquen a una persona o grupo en condiciones incompatibles con la dignidad humana (art. 1º).

Los Estados partes de la Convención, se comprometen a adoptar las medidas legislativas y administrativas necesarias para eliminar y prevenir la discriminación, en especial, en los procesos de admisión de alumnos a los centros educativos y en el otorgamiento de

becas o cualquier otro tipo de ayuda. De igual manera, los Estados deberán conceder a los extranjeros, las mismas condiciones de acceso a la enseñanza que a sus nacionales (art. 3º).

Adicionalmente, los Estados se comprometen a formular y desarrollar políticas nacionales que, además de promover la igualdad en el acceso a la enseñanza, hagan gratuita y obligatoria la educación primaria al tiempo que generalicen y faciliten el acceso a la enseñanza secundaria; en el acceso a la enseñanza superior, deberán garantizarse condiciones de igualdad.

6.7.2.1 Situaciones de No Discriminación

No constituirán actos de discriminación, la admisión por parte del Estado de las siguientes situaciones: a) La creación de establecimientos de enseñanza que separen a estudiantes del sexo masculino y femenino, siempre y cuando estos gocen de equivalencia en la calidad docente, logística y en infraestructura que permitan seguir los mismos programas académicos; b) La creación de establecimientos de enseñanza separados, por razones lingüísticas o religiosas, siempre y cuando, la participación en estos sea libre y se garantice que el nivel de enseñanza cumple con las exigencias que las autoridades encargadas hayan señalado para los respectivos grados; c) La creación de establecimientos de enseñanza privados, siempre y cuando, no se busque la exclusión del grupo sino la apertura de nuevas oportunidades de enseñanza y se garantice que el nivel de enseñanza cumple con las exigencias que las autoridades encargadas hayan señalado para los respectivos grados (art. 2º).

Finalmente, la Convención establece que cualquier conflicto que se suscite entre dos o más Estados, respecto de su aplicación interpretación, y que no se hubiera resuelto por negociación será sometido a la Corte Internacional de Justicia (art. 8º).

EJERCICIO No. 5

Analice el presente extracto del caso de las Niñas Yean y Bosico v. República Dominicana de 2005 la CIDH y responda el cuestionario que se presenta a continuación:

"(...) El Estado de República Dominicana a través de sus autoridades del Registro Civil, negó a las niñas Yean y Bosico la emisión de sus actas de nacimiento, a pesar de que ellas nacieron en el territorio del Estado y de que la Constitución de la República Dominicana (en adelante "la Constitución") establece el principio del ius soli para determinar quiénes son ciudadanos dominicanos.

La Comisión señaló que el Estado obligó a las presuntas víctimas a permanecer en una situación de continua ilegalidad y vulnerabilidad social, violaciones que adquieren una dimensión más grave cuando se trata de menores, toda vez que la República Dominicana negó a las niñas Yean y Bosico su derecho a la nacionalidad dominicana y las mantuvo como apátridas hasta el 25 de septiembre de 2001. Según la Comisión, la niña Violeta Bosico se vio imposibilitada de asistir a la escuela por un año debido a la falta de documentos de identidad. La inexistencia de un mecanismo o procedimiento para que un individuo apele una decisión del Registro Civil ante el Juez de Primera Instancia, así como las acciones discriminatorias de los oficiales del Registro Civil que no permitieron a las presuntas víctimas obtener sus actas de nacimiento, (en razón a su origen haitiano) son igualmente alegadas por la Comisión como violaciones a determinados derechos consagrados en la Convención.

(...)La niña Violeta Bosico fue admitida en los primeros años a la escuela sin el acta de nacimiento. En 1991, en el Batey las Charcas, Violeta ingresó a la escuela primaria. En 1994, después de haber interrumpido sus estudios, se reincorporó a la escuela, y empezó a asistir a la Escuela Palavé, hasta el tercer grado.

Entre septiembre y octubre del año 1998, al intentar realizar la matrícula para el cuarto grado el Estado no permitió la inscripción de Violeta Bosico en la escuela diurna, porque la niña carecía de su acta de nacimiento. La niña tuvo que inscribirse durante el período escolar 1998 - 1999 en la escuela de adultos, en la jornada nocturna, la cual es para personas mayores de 18 años. Allí estudió el cuarto y quinto grados.

El principal objetivo de la escuela nocturna es la alfabetización de adultos y en ella se adopta la enseñanza de tipo "concentrada", según la cual se hacen dos grados en un año. Dicho método tiene un nivel de exigencia menor que el de la escuela diurna. La mayoría de las personas que asisten a la jornada nocturna tienen edades entre los 20 ó 30 años y excepcionalmente hay estudiantes adolescentes. Las clases en este horario tienen una duración menor, en general de dos horas y media por día, y no tienen intervalo (...)"

A la luz de los principios establecidos en la CEDR y en la Convención relativa a la No discriminación en la esfera de la enseñanza determine:

¿Es válida la conducta realizada por el establecimiento educativo de no incluir a las niñas por no estar en posesión de su registro civil de nacimiento?, justifique su respuesta.

¿El derecho a la personalidad jurídica de las personas puede ser restringido discrecionalmente por los Estados?

6.7.3 Declaración sobre los principios fundamentales relativos a la contribución de los medios de comunicación de masas al fortalecimiento de la paz y la comprensión internacional, a la promoción de los DDHH y a la lucha contra el racismo, el apartheid y la incitación a la guerra

La Declaración fue proclamada el 28 de noviembre de 1978 en la vigésima reunión de la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, celebrada en París y recuerda el derecho a la libre expresión consagrado por el artículo 19 de la Declaración Universal de los DDHH y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el artículo 20 de este último, el cual condena la incitación a la guerra, la apología la odio nacional, racial o religioso, así como toda forma de discriminación o violencia. También se hace memoria de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y la Convención Internacional Sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, ambas encaminadas a que sus Estados partes adopten las medidas positivas necesarias para eliminar toda incitación a la discriminación.

Consciente de la importancia de la difusión global de la información para el fortalecimiento de la comprensión y cooperación internacionales, y de la contribución de los medios de comunicación de masas en la lucha contra el racismo, el apartheid y la incitación a la guerra, la Organización de la ONU para la Educación, la Ciencia y la Cultura, declara la necesidad de facilitar una circulación libre y una difusión más amplia y equilibrada de la información (art. 1º).

La Declaración reconoce la importancia de las libertades de opinión, expresión e información, como factor esencial para el fortalecimiento de la paz y la comprensión internacional; así mismo, la de los órganos de información, los cuales, al difundir el ideal de los DDHH, sirven de voz a los pueblos que luchan contra el colonialismo, la ocupación extranjera y otras formas de opresión (art. 2º). Los órganos de comunicación, deben ayudar a reducir la ignorancia y la incompreensión entre los pueblos, a conseguir el respeto de los derechos y la dignidad de todas las naciones sin distinción de ninguna índole y, señalar al público mundial los males que aquejan a la humanidad (art. 3º).

La declaración es también un llamado para que los órganos de comunicación masiva hagan un buen manejo de su participación en la educación de los jóvenes, fomentando en ellos el respeto por los DDHH y la igualdad en el goce de estos (art. 4º).

Como requisito indispensable del nuevo equilibrio y reciprocidad en la circulación de la información, la cual es requisito esencial de una paz duradera, se ordena una corrección en las desigualdades actuales en el flujo de información hacia los países en desarrollo o procedente de ellos (art. 6º).

El Comité DH, en su Observación General N° 11, sobre la *Prohibición de propaganda a favor de la guerra y de la apología del odio nacional, racial o religioso*, en relación con el artículo 20 del pacto señaló lo siguiente:

"2. En el artículo 20 del pacto se establece que toda propaganda a favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estarán prohibidas por la ley. En opinión del Comité, estas prohibiciones, necesarias, son plenamente compatibles con el derecho a la libertad de expresión enunciado en el artículo 19, cuyo ejercicio implica deberes y responsabilidades especiales... Para que el artículo 20 llegue a ser plenamente eficaz debería existir una ley en la que se dejase bien sentado que la propaganda y la apología en él descritas son contrarias a la política del Estado y en la que se estableciese una sanción adecuada en caso de incumplimiento..."

El Informe del Relator Especial para la Libertad de Expresión del año 2001, designó el capítulo IV para referirse a la Ética en los Medios de Difusión. Sobre la responsabilidad de los medios de comunicación se estableció lo siguiente:

"Además de las sanciones que puede imponer el Estado conforme al artículo 13.2 (Convención Americana sobre DDHH), este puede proteger la moral de los niños y adolescentes regulando su acceso a los espectáculos públicos que puedan ser inadecuados para ellos. Esta excepción no permite la prohibición completa de una obra"

Finalmente, se establece como requisito de la efectividad de la Declaración, la adopción de las medidas legislativas y administrativas necesarias para que se garanticen condiciones favorables para la acción de los medios de comunicación (art.11).

EJERCICIO No. 6

Analice cuáles son los elementos necesarios para que una obra de arte, información o cualquier tipo de manifestación de la libertad de expresión pueda ser catalogada como apología al racismo, al odio nacional o religioso, para lo cual puede apoyarse en el presente extracto de la sentencia "La Última tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros v. Chile) sentencia del 5 de febrero de 2001, Serie C, No.7.

"Censura previa es todo impedimento ilegítimo al ejercicio de la libertad de expresión en su genérica o amplia cobertura o sentido. Sin embargo, no todo impedimento al ejercicio a la libertad de expresión se puede calificar de censura. Todo impedimento ilegítimo a la libertad de expresión es contrario al Estado de derecho, a la democracia y a los DDHH. Cuando el poder judicial prohíbe preventivamente la circulación de un libro o la exhibición de una película porque dañan la honra de determinadas personas, incurre en un acto flagrante de censura.

Cualquier opinión que dañe la honra de una persona no constituye un ejercicio ilegítimo de la libertad de expresión. El ejercicio de la "comisión cautelar" no constituye un impedimento legítimo a que se publiquen panfletos, folletines u obras que puedan herir de manera irreversible o insubsanable la honra de un ser humano.

Los tribunales de justicia chilenos en muchos casos ignoran los últimos avances del Derecho Internacional de los DDHH. El artículo 5º inciso segundo de la Constitución se reformó por voluntad del poder constituyente en un plebiscito en 1989, en el sentido de que los derechos fundamentales reconocidos en la Convención y en los demás tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes en dicho país y las garantías y recursos procesales destinados a infundirle eficacia a la protección de esos derechos, constituyen disposiciones de derecho y garantías de jerarquía constitucional. Ahora, el Preámbulo de la Convención dice que la protección internacional debe entenderse en términos coadyuvantes o complementarios; esos son los mismos términos utilizados en el ordenamiento constitucional y jurídico chileno. En consecuencia, existe la subsidiariedad, en virtud de la cual una vez agotada la jurisdicción interna se puede recurrir a la Corte Interamericana. En una sociedad pluralista como la chilena los tribunales son independientes y hay sectores de la profesión legal o de la magistratura que tienen una visión del ordenamiento jurídico que los lleva a sostener que invocando otras garantías constitucionales como las del artículo 19 inciso 4º de la Constitución Política, atinente a la honra y a la intimidad, pueden llevarse a cabo prohibiciones. La magistratura chilena es extremadamente legalista.

Chile no ha violado los artículos 12, 13, 1.1 y 2º de la Convención ya que el hecho de que la magistratura haya dictado sentencias contrarias a dichos artículos no basta para sostener que el Estado violó la Convención. La Convención debe ser interpretada y aplicada de acuerdo con su artículo 30, ya que no basta un hecho que teórica o doctrinariamente pueda tipificar o configurar la infracción de una regla o precepto sino que es indispensable atender al contexto, que es el del marco de un orden democrático pluralista con separación de poderes, y el objetivo de la disposición.

El principio del derecho internacional de acuerdo con el cual el Estado es responsable por los actos de los órganos del poder ejecutivo, legislativo y judicial es un principio no convencional que está recogido y debe ser acatado en virtud del jus cogens. El artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados reconoce que un Estado parte no puede invocar disposiciones de su derecho interno para dejar sin efecto el cumplimiento de los tratados internacionales. En el presente caso Chile no está alegando su derecho interno para dejar de cumplir las disposiciones de la Convención Americana. Los textos positivos incluyen las normas internacionales, pero lamentablemente hay sectores de la profesión y la magistratura chilena que no han recepcionado esa situación”.

6.7.4 Declaración sobre la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer adoptada mediante Resolución de la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993

La declaración tiene como objetivo dar una definición clara de lo que significa la violencia contra la mujer así como, formular los derechos que deberán aplicarse para lograr la eliminación de todas las formas de violencia contra la misma.

La violencia contra la mujer se define como, *todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada* (art. 1º). Se protege a la mujer frente a la violencia física, sexual y psicológica que se pudiere generar no solo en la comunidad, sino dentro del entorno familiar y por actos u omisiones del Estado (art. 2º).

Los Estados no podrán invocar ninguna costumbre, tradición o consideración religiosa, como excusa para no eliminar la violencia contra la mujer. Para estos efectos, los Estados deberán prevenir, investigar y castigar conforme al orden jurídico interno, todo acto de violencia contra la mujer. De no existir legislación penal, civil o de cualquier otra índole prohibiendo la violencia contra la mujer y estableciendo las formas de reparación, esta deberá implementarse. Además, el Estado deberá establecer dentro de su presupuesto, una partida de recursos dirigida a la eliminación de la violencia contra la mujer (art. 5º).

El artículo 3º de la Declaración señala todos aquellos derechos y libertades a los que la mujer debe tener acceso en condiciones de igualdad. Entre ellos se consagran el derecho a la vida, la protección ante la ley, la seguridad personal, el acceso al mayor grado de salud que se pueda alcanzar, a unas condiciones de trabajo justas y finalmente, el derecho a no ser sometida a tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

6.7.5 Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 640 (VII), de 20 de diciembre de 1952.

Entró en vigor el 7 de julio de 1954 de conformidad con el artículo VI, deseando darle eficacia al principio de igualdad de derechos de hombres y mujeres consagrado en la Carta de las Naciones Unidas, la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer establece una serie de prerrogativas a cargo de la mujer y que ante todo buscan reivindicar su papel en la vida pública y política del Estado. La Convención establece el derecho de todas las mujeres a votar en todas las elecciones, en igualdad de condiciones con los hombres (art. 1º). Correlativamente, se consagra el derecho de las mujeres a ser elegidas en igualdad de condiciones, para cualquiera de los cargos públicos de votación popular consagrados en la legislación (arts. 2º y 3º).

6.7.6 Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDCM) adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su Resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979.

Entró en vigor el 3 de septiembre de 1981, de conformidad con el artículo 27 y fue ratificado por Colombia el 19 de enero de 1982.

Sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, la Convención define que se debe entender por “discriminación contra la mujer” (art. 1º) toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, de los DDHH y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

Se establece la obligación para los Estados partes de condenar la discriminación contra la mujer en todas sus formas, para lo cual los Estados se deben comprometer a (art. 2º):

- a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio;
- b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer;
- c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación;
- d) Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación;
- e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas;
- f) Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer;
- g) Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer.

En ese mismo sentido, los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para (art. 5º): a) modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres; b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos.

Se busca entonces el establecimiento de medidas efectivas para la eliminación de la discriminación contra la mujer a través del compromiso adquirido convencionalmente por el Estado en esferas tales como la educación (art. 10), en la vida política y pública del Estado (art. 7º), mediante la supresión de la trata y la explotación de la prostitución (art. 6º) y salvaguarda de su nacionalidad (art. 9º).

En el artículo 17 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer se establece el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, con el fin de examinar los progresos realizados en la aplicación de sus disposiciones. El Comité funciona como un sistema de vigilancia que tiene por objeto examinar el cumplimiento de la convención mediante el examen de los informes presentados por los Estados partes.

El Comité estudia esos informes y formula propuestas y recomendaciones sobre la base de su estudio. También puede invitar a organismos especializados de las Naciones Unidas a que envíen informes para su estudio y puede recibir información de organizaciones no gubernamentales. El Comité informa todos los años sobre sus actividades a la Asamblea General a través del Consejo Económico y Social, el cual transmite estos informes a la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer para su información⁵¹.

6.7.6.1 Protocolo facultativo de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer

Este protocolo fue adoptado por la Asamblea General en su Resolución A/54/4 de 6 de octubre de 1999 y entró en vigor el 22 de diciembre de 2000. En la actualidad hacen parte de él 97 Estados y fue ratificado por Colombia el 23 de enero de 2007.

Con el propósito de garantizarle a la mujer el disfrute pleno y en condiciones de igualdad, de todos los DDHH y libertades fundamentales, el Protocolo Facultativo reconoce a las personas la capacidad para presentar de manera individual o colectiva, comunicaciones ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (art. 2º). Correlativamente, los Estados firmantes del Protocolo, aceptan la competencia del Comité para conocer de esas comunicaciones (art. 1º).

No obstante el carácter proteccionista del Protocolo, el Comité es consagrado como recurso de última instancia, debiendo haberse agotado en primera medida, los mecanismos del ordenamiento interno de los Estados, siempre y cuando, estos sean pronto y efectivos (art. 4º). El Comité podrá adoptar medidas provisionales, cuando estas sean necesarias para evitar posibles daños irreversibles, sin que estas impliquen decisión alguna sobre la admisibilidad o el fondo de la comunicación (art. 5º).

Finalmente, es importante mencionar que si bien el objeto claro del presente Protocolo es dar y reglamentar la competencia del Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, el mismo instrumento reconoce la posibilidad de que el Estado, aun ratificándolo, niegue la competencia del Comité. No obstante, dicha declaración podrá retirarse en cualquier momento (art. 10).

⁵¹ Al respecto ver Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer*, en www.ohchr.org/spanish/bodies/cedaw/index.htm, consulta del 22 de mayo de 2009.

6.7.6.2 Declaración sobre la Protección de la Mujer y el Niño en Estados de Emergencia o de Conflicto Armado Proclamada por la Asamblea General en su Resolución 3318 (XXIX), 14 de diciembre de 1974

Consciente de los sufrimientos y los peligros que corren las mujeres y niños a causa del colonialismo, el racismo, la dominación foránea y el sojuzgamiento extranjero, la Declaración sobre la Protección de la Mujer y del Niño rechaza todo ataque armado en contra de la población civil, el empleo de armas químicas y bacteriológicas en medio del conflicto, los cuales, constituyen violaciones graves al DIH.

La Declaración invita a los Estados miembros a cumplir las obligaciones contraídas en virtud del Protocolo de Ginebra de 1925⁵² y los Convenios de 1949. Los Estados deberán tomar todas las medidas necesarias para que ningún acto de persecución, tortura, tratos degradantes o violencia, sea cometido en contra de las mujeres y los niños. Todos los actos de represión, tortura, reclusión en masa, ejecución, castigos, destrucción de vivienda y desalojos forzosos por parte de los beligerantes y en contra de la población civil, serán considerados actos criminales.

6.7.6.3 Declaración de los Derechos del Niño proclamada por la Asamblea General en su Resolución 1386 (XIV), de 20 de noviembre de 1959

La Declaración considera que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita de protección especial y cuidado, antes y aun después del nacimiento, los cuales serán otorgados por las leyes (art. 2º).

Establece que cada uno de los derechos consagrados en la Declaración deberá garantizarse a todos los niños del mundo sin distinción de ningún tipo (art. 1º). En particular se consagran, el derecho a la nacionalidad y el nombre (Ppo. 3); la seguridad social, vivienda, salud y recreo (Ppo. 4); al cuidado y atención médica especial cuando hubieren nacido con impedimentos físicos o mentales (Ppo. 5); la educación gratuita al menos en las etapas elementales (Ppo. 7).

Finalmente se establece una protección especial contra el abandono y la explotación (Ppo. 8) y se establece como circunstancia absolutamente excepcional, la separación del niño de sus padres (Ppo.6).

6.8 CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Esta convención fue adoptada y abierta a la firma para ratificación mediante Resolución 44/25 de la Asamblea General de Naciones Unidas de 1989 y entró en vigor el 2 de septiembre de 1990. Fue aprobada por Colombia mediante Ley 12 de 1991 y ratificada el 28 de enero de 1991.

La Convención sobre los Derechos del Niño, fue impulsada por el hecho de que los niños, debido a su vulnerabilidad, necesitan de una atención especial por parte de la comunidad internacional. En situaciones de hambruna por ejemplo, los niños se encuentran en un riesgo mayor al de los adultos; estos son víctimas fáciles de aquellos que trafican con seres humanos; y los que sufren de incapacidades físicas y mentales, requieren atención especial para que sus capacidades sean promovidas al máximo⁵³. De todos estos problemas, da cuenta e intenta dar solución la Convención sobre los Derechos de los Niños.

Para su implementación y monitoreo, fue creado el Comité para los Derechos del Niño. Como todos los Comités, este recibe reportes periódicos de los Estados partes y evalúa el acatamiento que le han dado estos a las disposiciones del tratado, sin

⁵² Protocolo sobre la prohibición del uso en la guerra, de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos. Ginebra 17 de junio de 1925.

⁵³ Qwigley, John, "U.S. Ratification of the Convention on the Rights of the Child", St. Louis University Public Law Review, 2003, N° 403, p. 22.

embargo, a diferencia de otros, el Comité para los Derechos del Niño no cuenta con procedimientos adicionales que le permita traer a los Estados a rendir cuentas, no existe un mecanismo de quejas entre Estados ni tampoco para que los individuos remitan sus quejas.

La Convención sobre los Derechos del Niño genera para los Estados partes, la obligación de respetar a toda persona menor de 18 años (art. 1º), su libertad de expresión (art. 13); de conciencia (art. 14); de asociación (art. 15) y su privacidad (art. 16). También, la obligación de tomar todas las medidas para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención (art. 4º); de respetar las responsabilidades, derechos y deberes de los padres, por ser a través de estos que el niño ejercerá los derechos reconocidos por la Convención; facilitar la participación e integración del niño mental y físicamente impedido (art. 23) y, proteger al niño de toda forma de explotación sexual (art. 34).

Con respecto al alcance de las obligaciones de los Estados, en virtud el artículo 24 del Pacto, el Comité de DDHH en su observación General N° 17, respecto del derecho de los niños a recibir protección especial, manifestó lo siguiente:

“A este respecto, el Comité desea observar que los derechos previstos en el artículo 24 no son los únicos que el Pacto reconoce a los niños, y que estos últimos gozan, en cuanto individuos, de todos los derechos civiles enunciados en él...De este modo, en lo que respecta al derecho a la vida, no puede imponerse la pena de muerte por los delitos cometidos por menores de 18 años. Así mismo, si se les priva legalmente de su libertad, los menores detenidos estarán separados de los adultos y tendrán derecho a ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad para su enjuiciamiento. A su vez, los jóvenes delincuentes condenados estarán sometidos a un régimen penitenciario separado del de los adultos y adecuado a su edad y condición jurídica, con el fin de favorecer su reforma y readaptación social”.

En relación con las medidas especiales identificadas por la Comisión Interamericana de DDHH⁵⁴ relativas a la intervención del Estado en materia de derechos del niño, se hizo hincapié en la cautela necesaria que estos deben demostrar cuando se trate de:

Separación de los menores de sus padres por considerar la autoridad que su familia no posee condiciones para su educación y sustento: la carencia de recursos materiales no puede ser el único fundamento de la decisión, judicial o administrativa, que ordena la separación de la familia. Actuar de esa manera infringe garantías como, entre otras, la legalidad del procedimiento, la inviolabilidad de la defensa y la humanidad de la medida. Las medidas de este tipo deben ser impugnadas y consideradas inválidas.

En conclusión, para la CIDH el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquel, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, *temporal internación de menores considerados abandonados o en situación de riesgo, que no han incurrido en ningún delito: la privación de libertad de jóvenes en situación de riesgo social, siguiendo los principios de la doctrina de la situación irregular, significa la aplicación de una sanción no tipificada, lo cual vulnera el principio de legalidad de la pena, con el agravante de que por lo general se ordena sin definir su duración. Asimismo, contraría las reglas del debido proceso.*

Aceptación de confesiones de menores en sede penal sin las debidas garantías: no obstante que la mayoría de las legislaciones del continente reconoce garantías judiciales, por lo general las confesiones de niños se obtienen sin haber seguido un procedimiento de detención adecuado o sin la presencia del representante legal del niño o de un familiar, lo cual es suficiente para declarar nulo el procedimiento aplicado;

⁵⁴ Corte interamericana de DDHH, opinión consultiva OC-17/2002, solicitada por la Comisión interamericana de DDHH.

Tramitación de procedimientos administrativos o judiciales relativos a derechos fundamentales del menor, sin las debidas garantías y sin considerar su opinión o preferencias: procesos realizados de la manera descrita vulneran garantías fundamentales como los principios de culpabilidad, legalidad y humanidad, así como garantías procesales (jurisdiccionalidad, contradicción, inviolabilidad de la defensa, presunción de inocencia, impugnación, legalidad del procedimiento y publicidad del proceso).

6.8.1 Esquema general de los derechos del niño

En razón a su especial condición de vulnerabilidad, los niños y niñas requieren un trato diferenciado, no discriminatorio, orientado a la generación de las condiciones necesarias para su cabal desarrollo y el debido ejercicio de sus derechos. De conformidad con lo anterior, la especial situación en que se encuentran los menores determina la existencia de un interés superior en cuanto a sus derechos, lo cual genera en la sociedad y en los Estados la obligación positiva de dispensar las oportunidades y servicios que requieren los menores para su desarrollo físico, moral, espiritual y social.

En igual sentido, se desprende de las normas contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño que los derechos de los niños requieren no solo que el Estado se abstenga de interferir indebidamente en las relaciones privadas o familiares del niño, sino también que, según las circunstancias, adopte providencias positivas para asegurar el ejercicio y disfrute pleno de los derechos. Esto requiere la adopción de medidas, entre otras, de carácter económico, social y cultural⁵⁵. En particular, el Comité sobre Derechos del Niño ha enfatizado en su primer comentario general la relevancia del derecho a la educación⁵⁶. Efectivamente, es sobre todo a través de la educación que gradualmente se supera la vulnerabilidad de los niños⁵⁷.

La educación del menor es concebida holísticamente y debe tener en cuenta el cumplimiento de los siguientes objetivos⁵⁸: respeto de los DDHH, potenciar su sensación de identidad y pertenencia, integración en la sociedad e interacción con otros y con el medio ambiente. El derecho del niño a la educación no solo se refiere al acceso a ella (art. 28), sino también a su contenido. Una educación cuyo contenido tenga hondas raíces en los valores que se enumeran en el párrafo 1 del artículo 29 brinda a todo niño una herramienta indispensable para que, con su esfuerzo, logre en el transcurso de su vida una respuesta equilibrada y respetuosa de los DDHH a las dificultades que acompañan a un período de cambios fundamentales impulsados por la mundialización, las nuevas tecnologías y los fenómenos conexos.

Finalmente la Convención establece el derecho inherente del niño a la vida (art. 6º); a un nombre, a tener una nacionalidad y en la medida de lo posible, conocer a sus padres y ser cuidado por ellos (art. 7º); a no ser separado de sus padres contra su voluntad salvo que así lo determine una autoridad judicial; a la libertad de expresión y su difusión (art. 13); a la libertad de religión y de profesarla públicamente (art. 14).

6.8.2 Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados

El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptado por la Asamblea General mediante Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000, en vigor desde 12 de febrero de 2002 surge como consecuencia del inmenso apoyo que rodeó a la Convención sobre los Derechos del Niño y apoyado por acontecimientos históricos entre los cuales vale la pena

⁵⁵ Human Rights Committee, General Comment 17, Rights of Child (Art. 24), 07/04/1989, CCPR/C/35, Párr. 3.

⁵⁶ Committee on the Rights of the Child, The Aims of Education, General Comment 1, CRC/C/2001/1, 17.04.2001.

⁵⁷ Corte interamericana de DDHH, opinión consultiva OC-17/2002, solicitada por la Comisión interamericana de DDHH.

⁵⁸ Comité Derechos del Niño, Observación general Nº 1, 26º período de sesiones (2001) Propósitos de la educación; Importancia del párrafo 1 del artículo 29.

mencionar, la aprobación del Estatuto de Roma para la Creación de una Corte Penal Internacional⁵⁹. Según la UNICEF, el Protocolo tiene como objetivo fortalecer la aplicación de la Convención y aumentar la protección de los niños y niñas durante los conflictos armados⁶⁰.

La Convención, como medida de mayor garantía, eleva a los 18 años, la edad mínima permitida para que los Estados puedan reclutar de manera obligatoria menores dentro de las filas militares, así como para que participen directamente en las hostilidades (arts. 1º y 2º). En esta medida, los Estados Partes del Protocolo se obligan a elevar la edad contemplada en el artículo 38.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño⁶¹, teniendo siempre en cuenta que los menores de 18 años, gozan de una protección especial (art 3º). De igual manera los Estados asumen la obligación de velar porque el reclutamiento de menores de 18 años sea absolutamente voluntario, consentido por los padres y con conocimiento de los deberes que implica la pertenencia a las fuerzas armadas. Además, velarán, incluso mediante la tipificación penal de las conductas, para que grupos armados diferentes a las fuerzas del Estado, no recluten ni utilicen, bajo ninguna circunstancia, menores de edad en las hostilidades (art. 4º).

Finalmente, los Estados se obligan a adoptar todas las medidas, administrativas y judiciales, que sean necesarias para darle plena efectividad a los preceptos del Protocolo. Entre estas medidas se incluyen, la desmovilización de las personas reclutadas en contravía del Protocolo (art. 6º).

Cuando ratifican el Protocolo, los Estados deben realizar una declaración relacionada con la edad a la que las fuerzas armadas nacionales permiten el reclutamiento voluntario, así como las medidas que los Estados tomarán para asegurar que no se ejerza la fuerza o la coerción en este tipo de reclutamiento. Este requisito es especialmente importante porque el Protocolo Facultativo no establece los 18 años como edad mínima para el reclutamiento voluntario en las Fuerzas Armadas, sino solamente para la participación directa en un conflicto armado.

6.8.3 Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía adoptado por Asamblea General - Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000

Entró en vigor el 18 de enero de 2002 y fue ratificado por Colombia el 11 de noviembre de 2003.

El presente instrumento estima que será más fácil erradicar la venta de niños y niñas, la prostitución infantil y la utilización de niños o niñas en la pornografía si se adopta un enfoque global que permita hacer frente a todos los factores que contribuyen a ello, en particular el subdesarrollo, la pobreza, las disparidades económicas, las estructuras socioeconómicas no equitativas, la disfunción de las familias, la falta de educación, la migración del campo a la ciudad, la discriminación por motivos de sexo, el comportamiento sexual irresponsable de los adultos, las prácticas tradicionales nocivas, los conflictos armados y la trata de niños⁶².

⁵⁹ El Estatuto de la Corte Penal Internacional castiga, como crímenes de guerra, la utilización de menores de edad en los conflictos armados internacionales y no internacionales.

⁶⁰ UNICEF, *Convención sobre los Derechos del Niño*, en www.unicef.org/spanish/crc/index_30203.html, consulta del 10 de abril de 2009.

⁶¹ El artículo 38.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece lo siguiente: 3. Los Estados partes se abstendrán de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los 15 años de edad. Si reclutan personas que hayan cumplido 15 años, pero que sean menores de 18, los Estados partes procurarán dar prioridad a los de más edad.

⁶² Al respecto ver, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*, en www.ohchr.org/spanish/law/crc-sale.htm, consulta del 7 de abril de 2009.

En ese sentido se deben hacer esfuerzos por sensibilizar al público a fin de reducir el mercado de consumidores que lleva a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños y niñas en la pornografía, y estimando también que es importante fortalecer la asociación mundial de todos los agentes, así como mejorar la represión a nivel nacional⁶³. Se reconoce también la importancia de aplicar las disposiciones del Programa de Acción para la Prevención de la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía, así como la Declaración y el Programa de Acción aprobado por el Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de los Niños, celebrado en Estocolmo del 27 al 31 de agosto de 1996, y las demás decisiones y recomendaciones pertinentes de los órganos internacionales competentes.

El presente instrumento define qué se debe entender por venta de niños, prostitución y pornografía. Por la primera se entiende todo acto o transacción en virtud del cual un niño o niña es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución; por la segunda se entiende la utilización de un niño o niña en actividades sexuales a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución y por pornografía infantil se entiende toda representación, por cualquier medio, de un niño o niña dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño o niña con fines primordialmente sexuales.

El Estado está obligado por el protocolo a adoptar medidas dentro de su legislación penal, tanto si se han cometido dentro como fuera de sus fronteras, o si se han perpetrado individual o colectivamente, tales como:

- a. Explotación sexual del niño o niña, b. Transferencia con fines de lucro de órganos del niño o niña, c. Trabajo forzoso del niño o de la niña, inducir indebidamente, en calidad de intermediario, a alguien a que preste su consentimiento para la adopción de un niño en violación de los instrumentos jurídicos internacionales aplicables en materia de adopción; la oferta, posesión, adquisición o entrega de un niño o niña con fines de prostitución, en el sentido en que se define en el artículo; la producción, distribución, divulgación, importación, exportación, oferta, venta o posesión, con los fines antes señalados, de pornografía infantil, en el sentido en que se define en el artículo. Con sujeción a los preceptos de la legislación de los Estados partes, estas disposiciones se aplicarán también en los casos de tentativa de cometer cualquiera de estos actos y de complicidad o participación en cualquiera de estos actos (art. 3º). En cuanto a las personas jurídicas los Estados podrán endilgar responsabilidad penal a las mismas, con sujeción a sus principios jurídicos aplicables en el Estado con sujeción a los preceptos de su legislación, sin perjuicio de la posible responsabilidad civil o administrativa que pueda encontrarse⁶⁴.

Finalmente los delitos a que se refiere el párrafo 1 del artículo 3º se considerarán incluidos entre los delitos que dan lugar a extradición (art. 5º) en todo tratado de extradición celebrado entre Estados partes, y se incluirán como delitos que dan lugar a extradición en todo tratado de extradición que celebren entre sí en el futuro, de conformidad con las condiciones establecidas en esos tratados. El Estado Parte que subordine la extradición a la existencia de un tratado, si recibe de otro Estado parte con el que no tiene tratado al respecto una solicitud de extradición, podrá invocar el presente Protocolo como base jurídica para la extradición respecto de esos delitos. La extradición estará sujeta a las demás condiciones establecidas en la legislación del Estado requerido.

6.9 REGLAS MÍNIMAS DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LAS MEDIDAS NO PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD (REGLAS DE TOKIO), ADOPTADAS POR LA ASAMBLEA GENERAL EN SU RESOLUCIÓN 45/110, DE 14 DE DICIEMBRE DE 1990

Las denominadas "reglas de Tokio", tienen como objetivo motivar la aplicación de medidas no privativas de la libertad, al tiempo que promueven la participación de la comunidad en la administración de la justicia penal. En cumplimiento de este objetivo, los

⁶³ Ibidem. www.ohchr.org/spanish/law/crc-sale.htm

⁶⁴ Ibidem www.ohchr.org/spanish/law/crc-sale.htm, consulta del 12 de mayo de 2009.

Estados miembros se comprometen a introducir dentro de sus ordenamientos penales, múltiples opciones no privativas de la libertad que, racionalicen las penas de prisión con miras a la rehabilitación del delincuente⁶⁵.

Las reglas tienen como límite de aplicación las condiciones económicas, sociales y sobre todo, la política criminal de cada Estado. De esta forma, se aplicarán solo en la medida en que cumplan los propósitos y objetivos del sistema jurídico penal del Estado parte. En la aplicación de las “reglas”, los Estados velarán porque exista siempre un equilibrio entre las garantías del sindicado⁶⁶, los derechos de las víctimas y el interés de la sociedad en la seguridad pública y la prevención del delito.

La ley será la encargada de definir y establecer las condiciones de aplicación de la medida no privativa de la libertad; su establecimiento deberá obedecer a un estudio cuidadoso donde se tomen en cuenta: como mínimo: 1) el tipo y gravedad del delito; 2) la personalidad y antecedentes del delincuente; 3) los objetivos de la condena y derechos de las víctimas. Es importante recordar que, cualquier medida no privativa de la libertad que implique una obligación para el delincuente⁶⁷, deberá ser consentida por este. Así mismo, el delincuente tendrá derecho a solicitar que las decisiones respecto de la imposición de una medida no privativa de la libertad, sean revisadas por una autoridad judicial competente e imparcial.

6.9.1 De las disposiciones previas al juicio

En los procesos penales, la protección de la sociedad, la prevención del delito, la promoción del respeto a la ley y los derechos de las víctimas, deberán ser los factores que determinan si los cargos imputados a un delincuente merecen la instauración de las actuaciones o su retiro. En este aspecto, las “reglas de Tokio” establecen que, cuando no resulte contrario al ordenamiento de los Estados partes, la fiscalía o cualquier órgano encargado de los casos penales, deberán estar facultados para retirar los cargos si consideran que los anteriores factores no lo exigen.

6.9.2 Imposición de sanciones

La autoridad judicial deberá escoger de entre todas las opciones de sanciones, incluyendo las no privativas de la libertad, aquella que mejor responda a las necesidades de rehabilitación del delincuente, la protección de la sociedad y los intereses de la víctima. De poseerlo, la autoridad competente para imponer las sanciones deberá examinar los informes de investigación social del delincuente⁶⁸.

6.9.3 Fase posterior a la sentencia

Las autoridades judiciales competentes para dictar sentencia, deberán estar dotadas de múltiples medidas sustitutivas de la pena de prisión, las cuales eviten la reclusión al tiempo que ayuden en el proceso de reinserción social del delincuente. Es importante recordar que, salvo el indulto, toda decisión sobre una medida posterior a la sentencia, podrá ser sometida a revisión a petición del delincuente. Entre dichas medidas se contemplan, la liberación con fines laborales o educativos, el indulto, la remisión y los permisos.

⁶⁵ La variedad en las medidas no privativas de la libertad busca que estas sean compatibles con el tipo y la gravedad del delito, al igual que con la personalidad y antecedentes del delincuente.

⁶⁶ Ninguna medida no privativa de la libertad podrá suponer experimentación médica o psicológica con el delincuente. En esta medida, el delincuente podrá presentar reclamaciones ante los tribunales judiciales competentes, cuando quiera que, considere que la imposición de la medida está afectando sus derechos individuales.

⁶⁷ Ver en el recuadro el tratamiento del concepto “delincuente”.

⁶⁸ El informe contendrá datos sobre el entorno social del delincuente que sea pertinente al tipo de infracción que comete habitualmente el individuo y a los delitos que se le imputan.

Cuando la medida no privativa implique la asunción de unos compromisos u obligaciones por parte del delincuente, su incumplimiento no implicará automáticamente la aplicación de una pena privativa de la libertad. En caso de fracaso de una medida no privativa de la libertad, la autoridad competente deberá agotar las que considere adecuadas, de no existir ninguna, procederá a imponer la pena de prisión.

6.10 DIRECTRICES DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA PREVENCIÓN DE LA DELINCUENCIA JUVENIL ADOPTADAS POR LA ASAMBLEA GENERAL EN RESOLUCIÓN 45/112 DEL 14 DE DICIEMBRE DEL 1990 (DIRECTRICES DE RIAD)

Desde el primer Congreso sobre la prevención de la delincuencia y el tratamiento de los delincuentes en Ginebra en 1956, la delincuencia juvenil y su prevención han sido temas de importante discusión. En un principio, el concepto "*delincuencia juvenil*" adolecía de una gran amplitud por lo cual, abarcaba una cantidad indiscriminada de comportamientos. Sin embargo, en el Congreso de Londres de 1960 se eliminaron del concepto aquellos actos de rebeldía y las conductas antisociales que por sí mismas no constituyeran violaciones al derecho penal.

Esta posición restrictiva es la que se refleja en las directrices de Riad. El artículo 56 por ejemplo, establece que ningún comportamiento será considerado como delito para las jóvenes y los jóvenes, cuando no lo sea para los adultos⁶⁹.

Consciente de que la prevención del delito es un objetivo complejo y que requiere medidas más allá de la simple represión e intimidación de los jóvenes, las directrices invitan a toda la sociedad para que procuren su desarrollo armonioso y para que se cultive su personalidad desde la misma infancia (art. 2º). En efecto, las directrices abarcan una fase pre-conflicto, por lo cual, se concentran en el niño y se basan en la premisa de que es necesario contrarrestar aquellas condiciones que afectan e influyen desfavorablemente el desarrollo del niño. Para esta labor, las directrices vinculan a los diferentes organismos sociales como la familia, el sistema educativo, los medios de comunicación, la comunidad juvenil y por supuesto, las ramas del poder público⁷⁰.

La Prevención General ocupa el capítulo III de las Directrices y establece, una obligación para que en todos los estados de Gobierno, se establezcan planes de prevención que comprendan por lo menos: el análisis de fondo del problema; la definición precisa de los organismos, instituciones y personal encargados de la prevención; mecanismos de coordinación de las actividades de prevención entre organismos gubernamentales y privados; políticas y estrategias producto de estudios de pronóstico y que estén bajo una permanente vigilancia en su aplicación; métodos para prevenir eficazmente las posibilidades de cometer actos de delincuencia juvenil y, finalmente, la participación de los mismos jóvenes en los procesos de prevención de la delincuencia juvenil (art. 8º).

Las directrices ponen especial importancia en los procesos de prevención que implican la socialización e integración eficaces de todos los jóvenes, niños y niñas, sobre todo, cuando lo hacen a través de la familia⁷¹, la comunidad⁷², los grupos de jóvenes en igualdad de condiciones, el medio laboral y por supuesto, la escuela⁷³ (art. 10).

⁶⁹ Cappelaere, Geert, Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil. Washington, ONU, Instituto Interamericano del Niño, s.f., en www.iin.oea.org/cad_RIAD.pdf, consulta del 2 de mayo de 2009.

⁷⁰ Observatorio Internacional de Justicia Juvenil. Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad). Ver en, <http://www.oijj.org/faqs.php>, consulta del 2 de mayo de 2009.

⁷¹ Se protege especialmente a la familia por ser la encargada de la integración social primaria. En este entendido, la adopción deberá entenderse como el último recurso tras haber fracasado todo intento de colocación familiar.

⁷² Deberán existir programas y servicios comunitarios que respondan a las necesidades y problemas de los jóvenes y sus familias. Así mismo, existirán servicios que brinden alojamiento a los jóvenes que no puedan seguir viviendo en sus hogares o que carezcan de uno.

⁷³ Es obligación de los gobiernos garantizar el acceso a la enseñanza pública. La educación, además de proporcionar herramientas académicas y profesionales, deberán fomentar el respeto por la identidad propia, evitar el maltrato físico o psicológico y permitir que el niño juegue un papel activo en su proceso de educación.

Como política social, las directrices ordenan a los organismos gubernamentales dar prioridad a los programas dedicados a los jóvenes y facilitar los recursos necesarios para que los servicios de atención médica, salud mental y vivienda, se presten de manera adecuada y efectiva. En todo caso, la reclusión de los jóvenes en instituciones oficiales será el último recurso y estará limitada a las situaciones de maltrato o agresión física, sexual o mental por parte de los padres o tutores, abandono o explotación y a los eventos en que el joven representa un peligro incontrolable para sí mismo (art. 46).

Las directrices proponen una legislación sustancial y procedimental que fomente y proteja los derechos y el bienestar de los jóvenes. Como garantía del respeto a la condición jurídica, derechos e intereses de los jóvenes, se considerará la posibilidad de implementar un sistema de mediadores o un órgano análogo de carácter independiente. Los Estados estarán obligados a expedir leyes que prohíban la victimización, los malos tratos y la explotación de los menores. Así mismo, ninguna ley promoverá el acceso de los jóvenes, niñas y niños a las armas (arts. 52-59).

6.10.1 Principios básicos de las directrices

- La prevención de la delincuencia juvenil es esencial para la prevención del delito en la sociedad.
- La prevención eficaz de la delincuencia juvenil depende de que toda la sociedad procure un desarrollo armonioso de los jóvenes, y respete y cultive su personalidad a partir de la primera infancia.
- La atención se debe prestar en el niño. Los jóvenes deben desempeñar un papel activo y de asociación en la sociedad, no serán meros objetos de control.
- Los programas preventivos deben centrarse en el bienestar de los jóvenes desde su primera infancia.
- Deberá reconocerse la importancia de aplicar políticas progresistas de prevención de la delincuencia. Los niños no serán criminalizados o penalizados por conductas que no causen grave perjuicio a la sociedad o a ellos mismos.
- Además de establecer normas para la prevención de la delincuencia juvenil, las directrices proponen medidas de protección de jóvenes abandonados, descuidados o abusados y, en general, aquellos que se encuentran en situación de marginamiento.

6.10.2 Alcance de las directrices

La interpretación y aplicación de las directivas tendrán como marco general, por lo menos, los siguientes instrumentos internacionales:

1. Declaración Universal de los DDHH.
2. Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
3. Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.
4. Declaración y Convención de los Derechos del Niño.
5. Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores.

Finalmente, las directrices impulsan a la comunidad de Naciones Unidas para que no cesen en los esfuerzos científicos de investigación de las causas de la delincuencia juvenil y en las posibles fórmulas para su prevención (art. 63 y ss.).

6.11 REGLAS MÍNIMAS DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA DE MENORES ADOPTADAS POR LA ASAMBLEA GENERAL EN RESOLUCIÓN 40/33 EL 28 DE NOVIEMBRE DE 1985. ("REGLAS DE BEIJING")

Las "Reglas de Beijing" en sus seis partes, se componen de una serie de principios dirigidos a promover el bienestar de todos los jóvenes, en el mayor número de escenarios, sin distinción de ninguna clase. Lo anterior, como condición necesaria para prevenir la delincuencia juvenil y por ende, reducir al mínimo la intervención del sistema de justicia de menores.

Como medida adicional de protección, el alcance de las reglas se expande para cobijar no sólo a los menores delincuentes, sino a todo menor que se encuentre en proceso penal por actos que no sean punibles tratándose de adultos. Consecuentemente, en los Estados que acojan el concepto de “*mayoría de edad penal*”, su inicio será fijado desde una edad que dé cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez mental, emocional e intelectual del menor.

Las reglas hacen una invitación a los Estados para que, dentro de sus legislaciones internas, establezcan regímenes especiales para los casos de delincuencia juvenil. De esta forma, dentro de las etapas del proceso penal, los menores gozarán no solo de las garantías básicas tales como la presunción de inocencia y la apelación de las decisiones, sino además, del derecho a la presencia de los padres o tutores y a que se sacrifique la publicidad del proceso a favor de la intimidad del menor delincuente.

6.11.1 En la etapa de investigación y juzgamiento

Las reglas disponen que los menores tengan derecho, en caso de detención, a que sus padres sean notificados en el menor tiempo posible. Igualmente, se faculta a las autoridades encargadas de vigilar la delincuencia de menores, para que fallen los casos discrecionalmente.

Para los casos en que se determine la remisión del menor a las instituciones pertinentes de la comunidad, se deberá contar con el consentimiento del menor o de sus representantes legales.

La prisión preventiva de menores será un recurso de última instancia, condicionado a que medidas sustitutorias como la supervisión estricta, la asignación de una familia y la custodia permanente hayan fracasado. En todo caso, el menor en prisión preventiva estará separado de los adultos.

Vale aclarar que una vez el menor se encuentre ante la autoridad judicial, esta deberá evaluar sin ninguna demora la posibilidad de ponerlo en libertad.

6.11.2 En la etapa de sentencia y la resolución

Las reglas establecen que en los casos que no sean objeto de remisión (regla 11), el menor delincuente deberá ser puesto a disposición de la autoridad competente, quien decidirá su caso conforme a los principios de juicio imparcial y equitativo⁷⁴. Para garantizar el derecho de defensa del menor, este deberá ser asistido de manera gratuita por un defensor técnico. Con el mismo objetivo, podrá excluirse a los padres, representantes o tutores de la participación en el proceso.

En cuanto a la sentencia, las “reglas de Beijing” establecen que esta no podrá quedar ejecutoriada sin que previamente se hubiere realizado un “informe sobre investigación social”. Dicho informe, deberá dar cuenta del medio social, de las condiciones en que se desarrolla la vida del menor y de aquellas en las que se hubiere cometido el delito⁷⁵.

De igual forma, se establece la prohibición de aplicar la pena capital a menores o cualquiera de tipo corporal.

⁷⁴ Las “Reglas de Beijing” autorizan al tribunal competente para suspender en cualquier momento las diligencias.

⁷⁵ Las reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), establecer los “informes de investigación social del delincuente” como herramientas, que de tenerse, deberán ser tomadas en cuenta al momento de imponer las sanciones.

6.11.3 En el tratamiento fuera de los establecimientos penitenciarios

Esta parte de las “Reglas de Beijing”, busca darle efectividad a las órdenes dictadas como producto de la remisión de los menores a las autoridades locales de la comunidad. Entre otras actuaciones, se establece la facultad de la autoridad competente para variar las órdenes impartidas según se estime conveniente.

6.11.4 En el tratamiento dentro de los establecimientos penitenciarios

La permanencia en los establecimientos penitenciarios tendrá como objetivo primordial, la educación y capacitación profesional de los menores, así como la protección de los mismos. De esta forma, se garantiza su capacidad productiva y constructiva en la sociedad que los espera.

El cuidado y la protección que se brinde en los centros penitenciarios, deberá responder a la edad, sexo y personalidad del menor delincuente; la joven o el joven delincuente gozará de una protección y asistencia especial. En todo caso, los menores deberán estar separados de los adultos.

Para facilitar el proceso de reintegración social, las “Reglas de Beijing” prevén la creación de sistemas intermedios, como por ejemplo, centros de capacitación u hogares educativos.

6.11.5 En la investigación, planificación, formulación y evaluación de políticas

La última parte de las “Reglas de Beijing” proponen la investigación y su promoción, como la base para una formulación de políticas públicas efectivas. Con estos propósitos, se deberán revisar periódicamente las tendencias y causas de la criminalidad de menores. El sistema de administración de menores, será igualmente, objeto de constantes evaluaciones e investigaciones. Finalmente, deberán evaluarse con regularidad, las necesidades de los menores en custodia.

6.11.6 Orientaciones generales

1. Los Estados promoverán el bienestar de los jóvenes y su familia.
2. Los Estados promoverán en las edades más susceptibles de desviación, procesos de desarrollo personal y educación lo más exentos del delito posibles.
3. Se tomarán las medidas necesarias para que todo recurso disponible se destine a promover el bienestar del menor, la reducción de la intervención legal y un tratamiento efectivo y humano al menor con problemas ante la ley.
4. La justicia de menores debe concebirse como un parte integrante del proceso de desarrollo nacional de cada país.
5. Las reglas se aplicarán según el contexto económico, social y cultural de los Estados miembros.

6.11.7 Precisiones conceptuales

Como ayuda metodológica para entender su alcance, las “Reglas de Beijing” definen sus conceptos más relevantes:

- **Menor:** toda niña o niño o joven que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, pueda ser castigado por un delito, de forma diferente a un adulto.
- **Delito:** todo comportamiento penado conforme a la ley de cada sistema jurídico.
- **Menor delincuente:** toda niña o niño o joven al que se le ha imputado la comisión de un delito o se le ha considerado culpable de su comisión.

6.12 REGLAS DE NACIONES UNIDAS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES PRIVADOS DE LA LIBERTAD

El objeto de las presentes reglas es establecer normas mínimas aceptadas por las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad en todas sus formas, compatibles con los DDHH y las libertades fundamentales, con miras a contrarrestar los efectos perjudiciales de todo tipo de detención y fomentar la integración en la sociedad.

Estas reglas deben servir de patrones prácticos de referencia orientados a los funcionarios que participen en la administración del sistema de justicia de menores.

6.12.1 Alcance y aplicación de las reglas

El presente instrumento establece las siguientes definiciones en cuanto a menores y privación de la libertad:

- a. Se entiende por menor toda persona de menos de 18 años de edad. La edad límite por debajo de la cual no se permitirá privar a un niño de su libertad debe fijarse por ley,
- b. Por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública.

El presente instrumento debe ser entendido como complementario a las normas de Beijing. Bajo esa óptica, conmina a los Estados a que garanticen a los menores reclusos en centros su derecho a disfrutar de actividades y programas útiles para fomentar y asegurar su sano desarrollo y su dignidad.

Recalca la importancia de garantizar a los menores retenidos el derecho de asesoramiento jurídico y de permitirles la oportunidad de realizar un trabajo remunerado y proseguir con sus estudios o capacitación (núm. 12 a 18).

En cuanto a la administración de los centros de menores se establece que los Estados deben formar un expediente personal y confidencial de los mismos, que deberá ser actualizado, accesible solo a personas autorizadas y clasificado de forma que resulte fácilmente comprensible (núms. 21 a 23) y al momento de ingreso del menor se le deberá entregar copia del reglamento que rija el centro de detención y una descripción escrita de sus derechos y obligaciones en un idioma que puedan comprender, junto con la dirección de las autoridades competentes ante las que puedan formular quejas, así como de los organismos y organizaciones públicos o privados que presten asistencia jurídica. Para los menores que sean analfabetos o que no puedan comprender el idioma en forma escrita, se deberá comunicar la información de manera que se pueda comprender perfectamente (núm. 24).

En cuanto a la organización de los centros de detención se determina que deben existir instituciones abiertas para menores en donde las medidas de seguridad sean escasas o nulas y la población de los mismos sea lo menos numerosa posible (núm. 30).

Conjuntamente con lo anterior se debe garantizar a los menores privados de la libertad el derecho a contar con locales y servicios que satisfagan todas las exigencias de higiene y dignidad humana (núm. 31), el derecho a recibir una enseñanza adaptada a sus necesidades y capacidades (núm. 38) actividades recreativas (num.47), religión (núm. 48) y atención médica (núm. 49) así como la posibilidad de que el menor tenga una comunicación permanente y adecuada con el mundo exterior como parte del tratamiento justo y humanitario necesario para su reinserción en sociedad.

6.13 CONVENCION CONTRA LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANAS O DEGRADANTES

Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984.

La presente convención define “tortura” como todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a estas. (art. 1º)

En aplicación del principio de progresividad de los DDHH la presente noción de tortura se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance.

La Corte interamericana de DDHH ha sostenido en la sentencia caso *Ximenes Lopes v. Brasil* de 14 de julio de 2006 que “la convención americana reconoce expresamente el derecho a la integridad personal, bien jurídico cuya protección encierra la finalidad principal de la prohibición imperativa de la tortura y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Este tribunal ha considerado de forma constante en su jurisprudencia que dicha prohibición pertenece hoy día al dominio del *ius cogens*. El derecho a la integridad personal no puede ser suspendido bajo circunstancia alguna.

En lo concerniente a este artículo el Comité CT ha sostenido que *las discrepancias graves entre la definición que figura en la Convención y la reflejada en la legislación nacional abren resquicios reales o potenciales para la impunidad. En algunos casos, aunque pueda utilizarse un lenguaje similar, su significado puede estar condicionado por la ley o la interpretación judicial nacionales, por lo que el Comité pide que cada Estado Parte procure que todos los poderes que lo conforman se atengan a la definición establecida en la Convención a los efectos de determinar las obligaciones del Estado. Al mismo tiempo, el Comité considera que definiciones nacionales de las torturas más amplias también favorecen el objeto y el propósito de la Convención a condición de que contengan, como mínimo, los principios de la Convención, y se apliquen a la luz de estos.*

En particular, el Comité destaca que los elementos de intencionalidad y finalidad del artículo 1º no entrañan una investigación subjetiva de las motivaciones de los autores, sino que deben ser conclusiones objetivas a la luz de las circunstancias. Es esencial investigar y establecer la responsabilidad tanto de los integrantes de la cadena jerárquica como de los autores directos.

En su observación general No. 2⁷⁶ el Comité CT se refiere a los tres párrafos del artículo 2º, que establecen *principios distintos, interrelacionados y esenciales sobre los que se apoya la prohibición absoluta de la tortura en la Convención. Con posterioridad a la adopción de la Convención contra la Tortura, esa prohibición ha venido a ser aceptada como norma absoluta e imperativa de derecho internacional consuetudinario. Las disposiciones del artículo 2º refuerzan esa norma imperativa de ius cogens contra la tortura y constituyen el fundamento de la autoridad del Comité para aplicar medios eficaces de prevención en respuesta a las nuevas amenazas, problemas y prácticas, lo que incluye, aunque no exclusivamente, las medidas previstas en los artículos 3 a 16.*

El párrafo 1 del artículo 2º obliga a cada Estado a tomar medidas específicas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole para reforzar la prohibición de la tortura que deben ser eficaces en aras de prevenir conductas que puedan ser catalogadas como tortura, medidas que, en definitiva, deben ser eficaces para prevenir la comisión de actos de tortura.

⁷⁶ Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, observación general N° 2 Aplicación del artículo 2º por los Estados partes CAT/C/GC/2, 24 de enero de 2008, en www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/h_cat39_sp.htm, consulta del 3 de mayo de 2009.

6.13.1 Actos de tortura y tratos inhumanos o degradantes

De conformidad con las observaciones generales establecidas por el Comité contra la Tortura (Comité CT) existe una relación indivisible, interdependiente e interrelacionada entre tratos inhumanos o degradantes en la cual los malos tratos coinciden en la práctica con la obligación de impedir la tortura y la enmarca en buena medida.

Según el Comité, la experiencia demuestra que las condiciones que dan lugar a malos tratos suelen facilitar la tortura y, por consiguiente, las medidas necesarias para impedir la tortura han de aplicarse para impedir los malos tratos. Por consiguiente, el Comité considera que la prohibición de los malos tratos tiene también carácter absoluto en la Convención, y que su prevención debe ser efectiva e imperativa.

El Comité CT determinó que *los malos tratos difieren en la gravedad del dolor y el sufrimiento y no requieren la prueba de fines inaceptables. El Comité destaca que sería una violación de la Convención enjuiciar como malos tratos conductas en las que también están presentes los elementos constitutivos de tortura.*

6.13.2 Prohibición absoluta

El párrafo 2 del artículo 2º dispone que la prohibición de la tortura sea absoluta e imperativa⁷⁷. Resalta que los Estados partes en *ningún caso podrán invocar circunstancias excepcionales* para justificar actos de tortura en ningún territorio que esté bajo su jurisdicción. Entre esas circunstancias, la Convención señala el estado de guerra o la amenaza de guerra, la inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública, por ejemplo, una amenaza de actos terroristas o delitos violentos, o un conflicto armado, tenga o no carácter internacional⁷⁸.

Después de los atentados del 11S el Comité CT ha manifestado su profunda preocupación por las prácticas que realizan los Estados para justificar la tortura y los malos tratos como medio para proteger la seguridad pública o evitar las emergencias en esta o cualquier otra situación de la misma manera que las situaciones de conflicto y post-conflicto interno o internacional, que en algunos casos impiden enjuiciar y castigar con prontitud e imparcialidad a los autores de actos de tortura o malos tratos infringen el carácter imperativo de la prohibición.

6.13.3 Garantías básicas tendientes a evitar actos de tortura contra las personas privadas de la libertad

Entre las garantías figuran llevar un registro oficial de los detenidos, el derecho de estos a ser informados de sus derechos, el derecho a recibir sin demora asistencia letrada y médica independientes, el derecho a ponerse en comunicación con sus familiares, la necesidad de establecer mecanismos imparciales para inspeccionar y visitar los lugares de detención y de encarcelamiento, y la existencia de recursos jurisdiccionales y de otro tipo abiertos a los detenidos y a las personas que corren el riesgo de ser sometidas a torturas o malos tratos, de modo que sus quejas puedan ser examinadas sin demora y de forma imparcial y los interesados puedan invocar sus derechos e impugnar la legalidad de su detención o el trato recibido.

⁷⁷ Sobre la imperatividad de la tortura ver casos de la Corte Interamericana de DDHH Cfr. Caso Baldeón García, supra nota 4, párr. 117; Caso García Asto y Ramírez Rojas, supra nota 20, párr. 222; Caso Fermín Ramírez. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No 126, párr. 117; Caso Caesar. Sentencia de 11 de marzo de 2005. Serie C No. 123, párr. 59; Caso Lori Berenson Mejía, supra nota 24, párr. 100; Caso De la Cruz Flores. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C No. 115, párr. 125; Caso Tibi. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 143; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, supra nota 108, párrs. 111 y 112; Caso Maritza Urrutia. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103, párrs. 89 y 92; Caso Bámaca Velásquez. Sentencia de 25 de noviembre de 2000, Serie C No. 70, párr. 154; y Caso Cantoral Benavides. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párr. 95.

⁷⁸ Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, observación general N° 2 Aplicación del artículo 2º por los Estados partes CAT/C/GC/2, 24 de enero de 2008, en www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/h_cat39_sp.htm, consulta del 3 de mayo de 2009.

6.13.4 Responsabilidad del Estado por la comisión o tolerancia de actos de tortura

El Comité ha dejado claro que *cuando las autoridades del Estado u otras personas que actúan a título oficial o al amparo de la ley tienen conocimiento o motivos fundados para creer que sujetos privados o actores no estatales perpetran actos de tortura o malos tratos y no ejercen la debida diligencia para impedir, investigar, enjuiciar y castigar a dichos sujetos privados o actores no estatales de conformidad con la Convención, el Estado es responsable y sus funcionarios deben ser considerados autores, cómplices o responsables por otro concepto en virtud de la Convención por consentir o tolerar esos actos inaceptables. La negligencia del Estado a la hora de intervenir para poner fin a esos actos, sancionar a los autores y ofrecer reparación a las víctimas de la tortura facilita y hace posible que los actores no estatales cometan impunemente actos prohibidos por la Convención, por lo que la indiferencia o inacción del Estado constituye una forma de incitación y/o de autorización de hecho. El Comité ha aplicado este principio a los casos en que los Estados partes no han impedido actos de violencia de género, como la violación, la violencia en el hogar, la mutilación genital femenina o la trata, o no han protegido a las víctimas.*

El recurso de aislamiento utilizado por algunos países justificados en la peligrosidad del criminal en la mayoría de los casos catalogado como terrorista, es validado por Corte Europea de DDHH⁷⁹ en la medida en que no constituya un aislamiento sensorial completo.

EJERCICIO No. 7

Realice un mapa conceptual en el cual se evidencien los elementos esenciales de una conducta considerada como tortura y otro para los tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.

6.14 CÓDIGO DE CONDUCTA PARA FUNCIONARIOS ENCARGADOS DE HACER CUMPLIR LA LEY ADOPTADO POR LA ASAMBLEA GENERAL EN SU RESOLUCIÓN 34/169, DE 17 DE DICIEMBRE DE 1979.

Los funcionarios y las funcionarias encargados de hacer cumplir la ley se atenderán en todo momento a los deberes que les impone la ley, sirviendo a su comunidad y protegiendo a todas las personas contra actos ilegales, en consonancia con el alto grado de responsabilidad exigido por su profesión.

La expresión “*funcionarios encargados de hacer cumplir la ley*” incluye a todos los agentes de la ley, ya sean nombrados o elegidos, que ejercen funciones de policía, especialmente las facultades de arresto o detención.

En los países en que ejercen las funciones de policía autoridades militares, ya sean uniformadas o no, o fuerzas de seguridad del Estado, se considerará que la definición de funcionarios encargados de hacer cumplir la ley comprende a los funcionarios de esos servicios.

En el servicio a la comunidad se procura incluir especialmente la prestación de servicios de asistencia a los miembros de la comunidad que, por razones personales, económicas, sociales o emergencias de otra índole, necesitan ayuda inmediata.

Esta disposición obedece al propósito de abarcar no solamente todos los actos violentos, de depredación y nocivos, sino también toda la gama de prohibiciones previstas en la legislación penal. Se extiende, además, a la conducta de personas que no pueden incurrir en responsabilidad penal (art. 2º).

⁷⁹ Corte Europea de DDHH, *Caso Mathew c. Pays-Bas* y *Ramirez Sánchez c. France*.

Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán usar la fuerza solo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas.

En esta disposición se subraya que el uso de la fuerza por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley debe ser excepcional; si bien implica que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley pueden ser autorizados a usar la fuerza en la medida en que razonablemente sea necesario, según las circunstancias para la prevención de un delito, para efectuar la detención legal de delincuentes o de presuntos delincuentes o para ayudar a efectuarla, no podrá usarse la fuerza en la medida en que exceda estos límites.

El derecho nacional restringe ordinariamente el uso de la fuerza por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, de conformidad con un principio de proporcionalidad. Debe entenderse que esos principios nacionales de proporcionalidad han de ser respetados en la interpretación de esta disposición. En ningún caso debe interpretarse que esta disposición autoriza el uso de un grado de fuerza desproporcionado al objeto legítimo que se ha de lograr.

El uso de armas de fuego se considera una medida extrema. Deberá hacerse todo lo posible por excluir el uso de armas de fuego, especialmente contra niños y niñas. En general, no deberán emplearse armas de fuego excepto cuando un presunto delincuente ofrezca resistencia armada o ponga en peligro, de algún otro modo, la vida de otras personas y no pueda reducirse o detenerse al presunto delincuente aplicando medidas menos extremas. En todo caso en que se dispare un arma de fuego, deberá informarse inmediatamente a las autoridades competentes.

Ningún funcionario encargado de hacer cumplir la ley podrá infligir, instigar o tolerar ningún acto de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, ni invocar la orden de un superior o circunstancias especiales, como estado de guerra o amenaza de guerra, amenaza a la seguridad nacional, inestabilidad política interna, o cualquier otra emergencia pública, como justificación de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Esta prohibición dimana de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, aprobada por la Asamblea General vista anteriormente.

La CIDH determinó que, si bien no está en discusión el derecho que tiene el Estado para usar la fuerza en el mantenimiento del orden, aunque esto implique la privación de la vida; su uso excesivo con relación al peligro real de la situación, deslegitima la acción estatal y hace inferir motivos impropios en ella⁸⁰.

La proporcionalidad de la fuerza sin embargo, no ha sido regulada por ninguno de los instrumentos convencionales con los que cuenta el sistema regional de protección. Consecuencia de lo anterior, el sistema Interamericano ha hecho uso de los siguientes instrumentos:

- Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.
- Principios básicos en el empleo de la fuerza y armas de fuego por oficiales de aplicación de la ley.
- Principios sobre la eficaz prevención e investigación de ejecuciones extra-legales, arbitrarias o sumarias.

⁸⁰ Sobre hechos semejantes, Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Durand y Ugarte c. Peru*.

6.15 PRINCIPIOS BÁSICOS SOBRE EL EMPLEO DE LA FUERZA Y DE ARMAS DE FUEGO POR LOS FUNCIONARIOS ENCARGADOS DE HACER CUMPLIR LA LEY, ADOPTADO POR EL OCTAVO CONGRESO DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE PREVENCIÓN DEL DELITO Y TRATAMIENTO DEL DELINCUENTE CELEBRADO EN LA HABANA DEL 27 DE AGOSTO AL 7 DE SEPTIEMBRE DE 1990

Este instrumento internacional determina la función social del funcionario público encargado de hacer cumplir la ley cuyo corolario es la protección a la vida, la libertad y la seguridad de las personas, en ejercicio de lo cual podrá utilizar la fuerza a través de armas de fuego solo cuando sea necesario.

En ejercicio de sus funciones, los gobiernos y los organismos encargados de hacer cumplir la ley establecerán una serie de métodos lo más amplia posible para dotar a los funcionarios de distintos tipos de armas y municiones de modo que puedan hacer un uso diferenciado de la fuerza y de las armas de fuego. Entre estas armas deberían figurar armas incapacitantes no letales para emplearlas cuando fuera apropiado, con miras a restringir cada vez más el empleo de medios que puedan ocasionar lesiones o muertes. Con el mismo objetivo, también debería permitirse que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley cuenten con equipo auto protector, por ejemplo, escudos, cascos, chalecos a prueba de balas y medios de transporte a prueba de balas a fin de disminuir la necesidad de armas de cualquier tipo (art. 2º).

6.15.1 Requisitos para la utilización de armas de fuego

Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, en el desempeño de sus funciones, utilizarán en la medida de lo posible medios no violentos antes de recurrir al empleo de la fuerza y de armas de fuego. Podrán utilizar la fuerza y armas de fuego solamente cuando otros medios resulten ineficaces o no garanticen de ninguna manera el logro del resultado previsto (art. 4º), caso en el cual lo podrán hacer respetando los principios de:

- Moderación y proporcionalidad (art. 5º)
- Reducción al máximo de lesiones o daños (art. 5º)
- Coadyuvancia en la asistencia médica de personas heridas o afectadas. (art. 5º)
- Notificación a las familias en caso de muerte. (art. 5º)

6.15.2 Casos en los cuales se pueden utilizar armas de fuego

El artículo 9º del instrumento establece los casos en que es viable la utilización de la fuerza mediante el uso de armas de fuego:

- En defensa propia o de otras personas.
- Peligro inminente de muerte o de lesiones graves por la comisión de un delito particularmente grave que entrañe serias amenazas a la vida.
- Para la detención de una persona que represente un peligro grave y que oponga resistencia a la autoridad, para impedir su fuga, cuando las demás medidas resultan ineficaces.

Mediante recomendación general N° XXXI sobre la prevención de la discriminación racial en la administración y el funcionamiento de la justicia penal el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial invitó a los Estados partes a velar por el respeto del principio general de proporcionalidad y de estricta necesidad en el empleo de la fuerza contra personas pertenecientes a los grupos mencionados en el último párrafo del preámbulo, de conformidad con los principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por funcionarios encargados de hacer cumplir la ley⁸¹.

⁸¹ Naciones Unidas, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.II), p. 56

En el Caso *Da Silva c. Brasil de la CIDH* la Comisión, a *motu proprio*, se refiere al segundo instrumento para determinar si el uso de un arma de fuego por parte de un guardia de seguridad y con la que le quitó la vida a una persona, puede considerarse legítimo. La Comisión concluye que solo es legítimo quitar la vida a quien está robando, cuando se esté en una situación de extrema peligrosidad o de legítima defensa⁸². Es importante anotar que la misma decisión fue adoptada con referencia al mismo instrumento, en el caso *Oliviera c. Brasil*.

En el caso *Calvalcante y otros c. Brasil* la Comisión Interamericana de DDHH (en adelante la Comisión) se remite al segundo de los instrumentos para determinar si la conducta de unos agentes de seguridad que les costó la vida y la integridad personal a las víctimas, corresponde a la necesidad de evitar un delito mayor o a un acto de legítima defensa. Con referencia al instrumento la Comisión concluye que no y por tanto, el acto constituye un uso ilegítimo de la fuerza.

EJERCICIO No. 8

De conformidad con Caso *Neira Alegría* de la CIDH determine si el Estado peruano utilizó o no en debida forma la fuerza y las armas de fuego.

1. Según la denuncia presentada ante la Comisión, el 18 de junio de 1986 Víctor Neira Alegría, Edgar Zenteno Escobar y William Zenteno Escobar se encontraban detenidos en el establecimiento penal San Juan Bautista, conocido como "El Frontón", en calidad de procesados como presuntos autores del delito de terrorismo. Agrega la Comisión que, como consecuencia del amotinamiento producido en ese penal en la fecha indicada, mediante Decreto Supremo N° 006- 86 JUS, el Gobierno delegó en el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas el control de los penales y el Penal San Juan Bautista quedó incluido en las llamadas "Zonas Militares Restringidas". Que, desde la fecha en que las Fuerzas Armadas procedieron a debelar los motines, estas personas han desaparecido, sin que sus familiares los hayan vuelto a ver ni a tener noticia sobre ellos y no se ha desvirtuado hasta la fecha la posibilidad de que continúen con vida y se teme por su seguridad e integridad personales.
2. Afirma la Comisión que el 31 de agosto de 1987 recibió la denuncia del caso, fechada en Lima, Perú, a comienzos de ese mes. El 8 de septiembre de 1987 acusó recibo de la denuncia y solicitó la información correspondiente al Gobierno. Ante la falta de respuesta reiteró el pedido de información en cuatro oportunidades (11 de enero y 7 de junio de 1988, 23 de febrero y 9 de junio de 1989), bajo el apercibimiento establecido en el artículo 42 de su Reglamento. El 26 de junio de 1989 el Gobierno le remitió una respuesta colectiva sobre varios casos en trámite ante ella y el 20 de julio del mismo año la Comisión dio traslado al reclamante de esta información.
3. El 13 de septiembre de 1989 el reclamante presentó sus observaciones a la respuesta del Gobierno e informó a la Comisión que "ante el Fuero Privativo de Justicia Militar existe un proceso judicial sobre los hechos acaecidos en el Penal 'San Juan Bautista' (El Frontón), proceso al [que el peticionario alega haberle sido] negado acceso".
4. En la memoria presentada a la Corte, la Comisión informó que el 25 de septiembre de 1989 recibió en audiencia a los representantes de los reclamantes y del Gobierno y que los primeros se refirieron a la enorme desproporción entre la seriedad del amotinamiento y los medios letales usados en el operativo militar para sofocarlo. Afirieron que el celo represivo se había materializado en la eliminación de presos que ya no ofrecían resistencia o se habrían rendido. Insistieron, además, en que los internos Neira, Zenteno y Zenteno continuaban en calidad de desaparecidos por cuanto el Gobierno del Perú rehusaba dar cuenta de su paradero y suerte corrida. En cambio, el representante del Gobierno no emitió comentarios.

5. *El 29 de septiembre de 1989 el Gobierno comunicó a la Comisión que el caso se encontraba en proceso judicial ante el Fuero Privativo Militar, por lo que no se había agotado "la jurisdicción interna del Estado" y que "sería conveniente que la CIDH guarde la culminación de la misma antes de pronunciarse de manera definitiva" sobre el mismo.*

6.16 PRINCIPIOS BÁSICOS RELATIVOS A LA INDEPENDENCIA DE LA JUDICATURA ADOPTADOS POR EL SÉPTIMO CONGRESO DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE PREVENCIÓN DEL DELITO Y TRATAMIENTO DEL DELINCUENTE, CELEBRADO EN MILÁN DEL 26 DE AGOSTO AL 6 DE SEPTIEMBRE DE 1985, Y CONFIRMADOS POR LA ASAMBLEA GENERAL EN SUS RESOLUCIONES 40/32 DE 29 DE NOVIEMBRE DE 1985 Y 40/146 DE 13 DE DICIEMBRE DE 1985

Estos principios están dirigidos a establecer el fundamento de los principios de independencia de la judicatura en el derecho internacional, específicamente en la Carta de Naciones Unidas que establece la igualdad ante la ley, presunción de inocencia, derecho a ser oído públicamente ante un tribunal competente, independiente e imparcial y sin demoras injustificadas.

6.16.1 Imperatividad de la independencia de la judicatura

La independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país. Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura. Aquí la disposición es terminante en la medida en que no concibe posibilidad alguna para ninguna institución gubernamental de restringir dicha independencia.

6.16.2 Condiciones para el ejercicio independiente de la judicatura

No se efectuarán intromisiones indebidas o injustificadas en el proceso judicial, ni se someterán a revisión las decisiones judiciales de los tribunales. Este principio se aplicará sin menoscabo de la vía de revisión judicial ni de la mitigación o conmutación de las penas impuestas por la judicatura efectuada por las autoridades administrativas de conformidad con lo dispuesto en la ley (art. 5º).

6.16.3 Competencia de la judicatura

La judicatura será competente en todas las cuestiones de índole judicial y tendrá autoridad exclusiva para decidir si una cuestión que le haya sido sometida está dentro de la competencia que le haya atribuido la ley (art. 4º).

6.16.4 Derechos, secreto e inmunidades

Los miembros de la judicatura gozarán de las libertades de expresión, creencias, asociación y reunión, con la salvedad de que, en el ejercicio de esos derechos, los jueces se conducirán en todo momento de manera que preserve la dignidad de sus funciones y la imparcialidad e independencia de la judicatura. Los jueces gozarán del derecho a constituir asociaciones de jueces u otras organizaciones que tengan por objeto representar sus intereses, promover su formación profesional y defender la independencia judicial, así como el derecho a afiliarse a ellas. Los jueces estarán obligados por el secreto profesional con respecto a sus deliberaciones y a la información confidencial que hayan obtenido en el desempeño de sus funciones, a menos que se trate de audiencias públicas, y no se les exigirá que testifiquen sobre tales asuntos (art. 14).

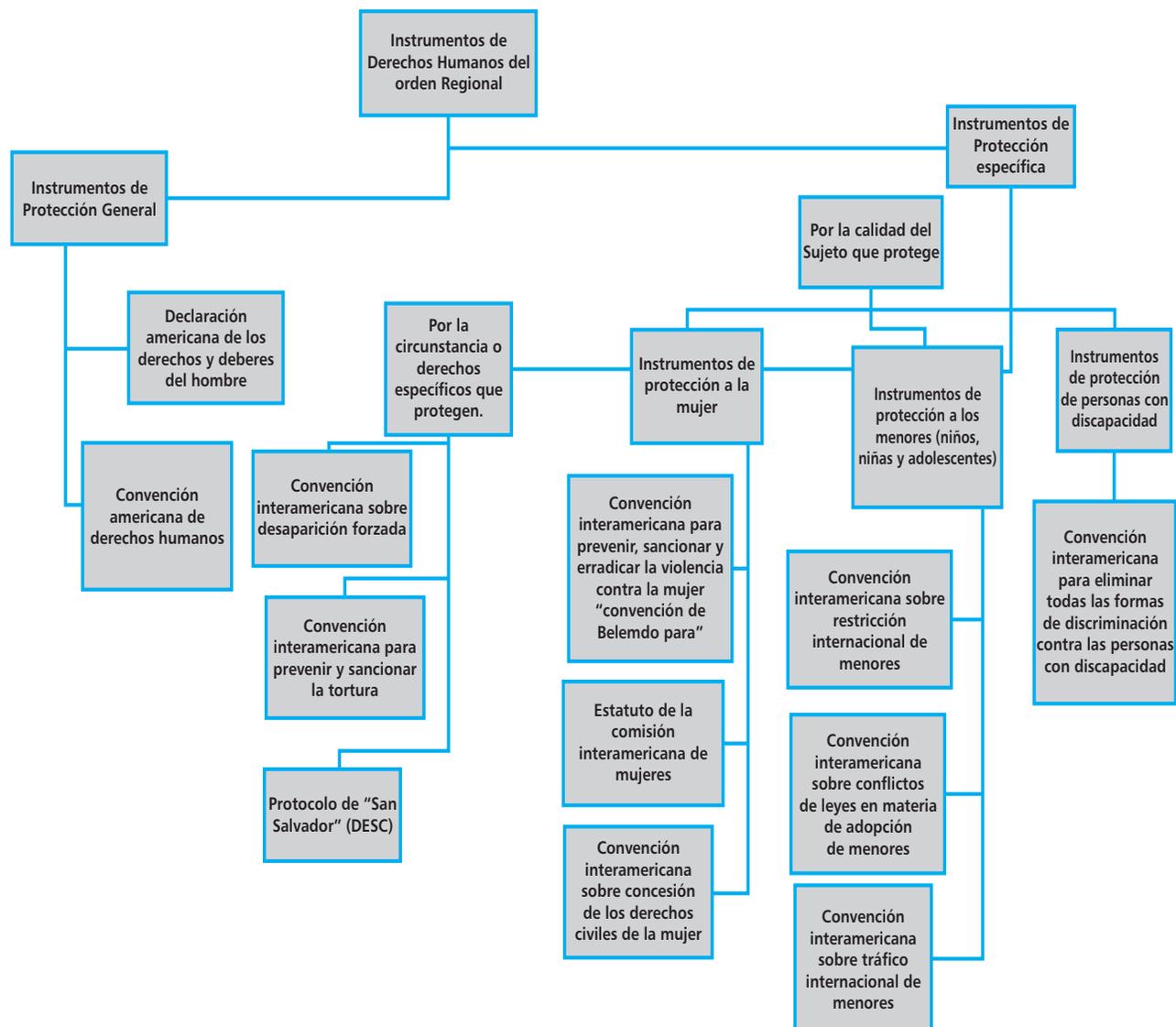
Sin perjuicio de cualquier procedimiento disciplinario o derecho de apelación, ni del derecho a recibir indemnización del Estado de acuerdo con la legislación nacional, los jueces gozarán de inmunidad personal con respecto a las acciones civiles por daños y perjuicios derivados de acciones u omisiones indebidas cometidas en el ejercicio de sus funciones judiciales (art. 15).

6.17 INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DEL ORDEN REGIONAL

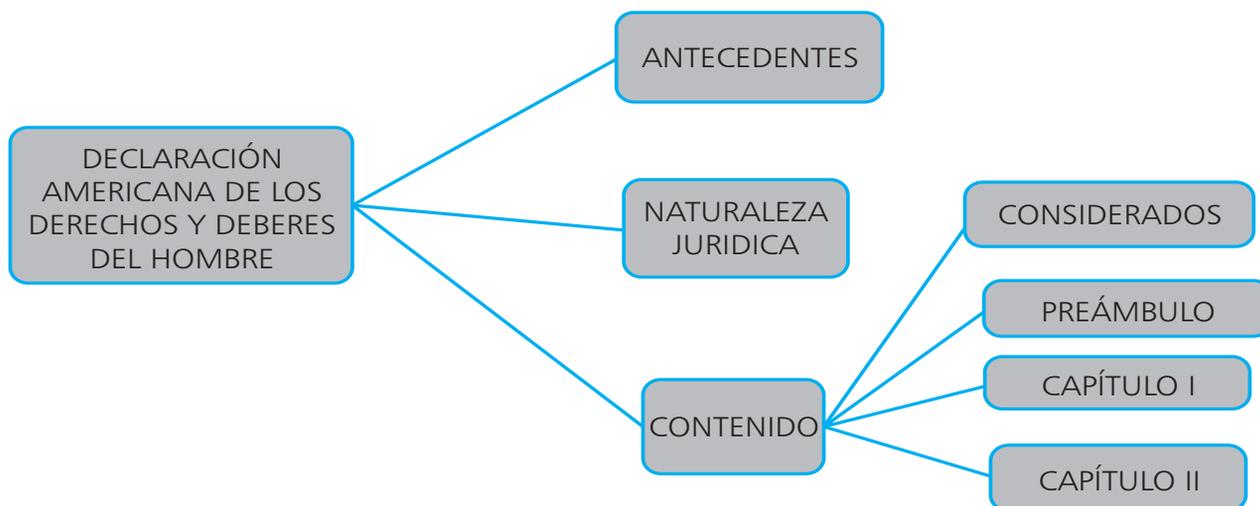
6.17.1 Breve reseña

Como ya se ha mencionado, la protección a los DDHH cuenta con instrumentos internacionales que circunscriben su ámbito de aplicación a determinados territorios geográficos dependiendo del marco institucional por medio del cual fueron adoptados. En el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA) se han desarrollado progresivamente una diversa gama de instrumentos internacionales que buscan garantizar la protección de una gran variedad de derechos mientras que existen otros cuyo campo de aplicación se ajusta a la protección de algún derecho en específico.

A continuación se presentará un panorama de los instrumentos internacionales de DDHH del orden regional ratificados por Colombia, clasificados temáticamente, tomando en consideración su ámbito de aplicación en cuanto a que sea genérico o específico en el sentido en que ya se ha hecho mención.



6.17.2 La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre



6.17.2.1 Antecedentes

La Declaración americana de los derechos y deberes del hombre (también conocida como la Declaración de Bogotá) fue aprobada en el marco de la novena Conferencia Internacional Americana realizada en la ciudad de Bogotá en 1948, en la misma en que se dispuso la creación de la *Organización de Estados Americanos (OEA)* es la culminación de una serie de manifestaciones de los Estados americanos, expresados principalmente en la VIII Conferencia Panamericana realizada en la ciudad de Lima, en donde se aprobaron una serie de resoluciones dirigidas a proteger derechos específicos como el de asociación y libertad de expresión. No obstante, fue en la *Conferencia Interamericana sobre los problemas de la guerra y la paz* realizada en la ciudad de México en 1945 en donde “mediante la resolución XL se encomendó al comité jurídico interamericano la redacción de un proyecto de declaración para ser sometido a una conferencia de juriconsultos para ser adoptado, luego, como convención”⁸³.

6.17.2.2 Naturaleza jurídica

La declaración americana de DDHH surgió tal y como su nombre lo indica, con la intención de ser una declaración y no un tratado. Lo anterior se debe a que en el desarrollo de lo que llegaría a ser el actual sistema interamericano de DDHH se hizo necesario como una primera etapa la identificación y enumeración que fue el objetivo de la resolución XL adoptada en la *conferencia interamericana sobre los problemas de la guerra y la paz*, lo que no implica que este documento no tenga valor alguno en términos internacionales.

En una opinión consultiva solicitada por Colombia a la CIDH⁸⁴, se estudió el tema de la naturaleza jurídica de la declaración en donde se concluyó que la *Declaración de Bogotá* no tiene naturaleza jurídica de tratado conforme a las disposiciones de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, por lo que *per se* no crea obligaciones jurídicas contractuales entre los Estados. No obstante, la CIDH consideró que la declaración juega un papel muy importante al ser interpretada en el marco

⁸³ Nieto Navía, Rafael y Nieto Loaiza, María Teresa, Colombia y el sistema de interamericano de protección de los DDHH y la Corte penal internacional, Agencia de Cooperación Alemana para el Desarrollo GTZ y el Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, 2007, p. 17.

⁸⁴ CIDH, Opinión consultiva oc-10/89 del 14 de julio de 1989.

de otros instrumentos americanos que sí fueron consignados como tratados, como lo es la *Convención Americana de DDHH y la carta de la OEA*. En este orden de ideas la declaración americana de derechos y deberes del hombre sí produce efectos jurídicos internacionales y es obligatoria para aquellos países que son parte de los anteriores tratados ya que se entiende como “una guía principalísima del derecho americano en evolución”⁸⁵.

6.17.2.3 Contenido

En términos generales la Declaración de Bogotá se encuentra dividida en unos considerandos, un preámbulo y dos capítulos.

En los considerandos se destaca la naturaleza moral de los DDHH al identificarlos como propios de la persona humana independientemente de su nacionalidad. Por otro lado, se señala que el sistema americano de DDHH es un sistema que debe ser desarrollado progresivamente por lo que los primeros pasos a dar son la consagración como tal de los DDHH y su consecuente protección jurídica al interior de cada Estado. Por último, los considerandos destacan como fin colectivo de los Estados americanos la protección de los DDHH como un paso previo para la realización espiritual y el logro de la felicidad.

- a) Lo primero que expone el preámbulo es el principio de que todos los hombres nacen iguales en cuanto a su dignidad y derechos para posteriormente complementar este postulado con la interrelación que existe entre derechos y deberes. En este sentido la declaración parte de la base de que los seres humanos no solo están dotados con derechos sino que correlativamente están obligados a cumplir ciertos deberes que como tal son la expresión de la dignidad de la misma libertad que surge los derechos.
- b) En el primer capítulo de la declaración se encuentra una lista enunciativa de los derechos del hombre abarcando los siguientes derechos:

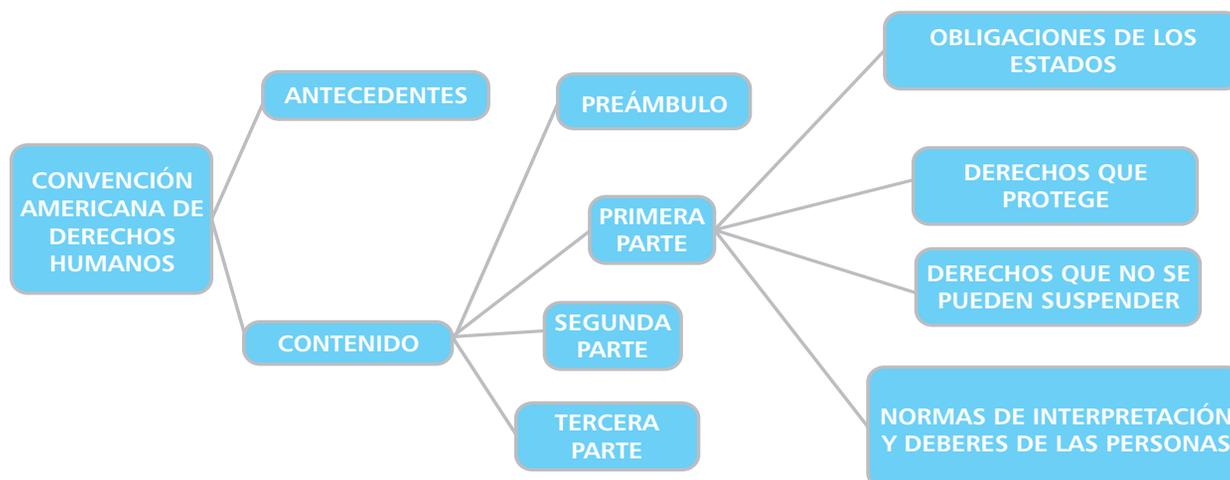
Derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad, a la integridad de la persona, a la igualdad ante la ley, a la libertad religiosa y de culto, a la libertad de investigación, opinión, expresión y difusión, a la protección a la honra, la reputación personal y la vida privada y familiar, a la constitución y a la protección de la familia, a la protección a la maternidad y a la infancia, a la residencia y al tránsito, a la inviolabilidad del domicilio, a la inviolabilidad y circulación de correspondencia, a la preservación de la salud y al bienestar, a la educación, a la cultura, al trabajo y a la justa retribución, al descanso y a su aprovechamiento, a la seguridad social, al reconocimiento de la personalidad jurídica y de los derechos civiles, a la justicia, a la nacionalidad, al sufragio y al derecho de participar en el gobierno, al derecho de reunión, al de asociación, al de propiedad, al de petición, al de protección contra la detención arbitraria, al del debido proceso y al del derecho de asilo.

- c) Por su parte en el segundo capítulo de la declaración se encuentra una lista enunciativa de los siguientes deberes del hombre:

Deberes ante la sociedad, ante los hijos y los padres, de instrucción, de sufragio, de obediencia a la ley, de servir a la comunidad y a la nación, de asistencia y cooperación con la seguridad social, de pagar impuestos, de trabajo, y de abstenerse de actividades políticas en país extranjero.

⁸⁵ CIDH, Opinión consultiva oc-10/89 del 14 de julio de 1989, p. 11

6.17.3 La Convención Americana de DDHH



6.17.3.1 Antecedentes

La Convención Americana de DDHH (también conocida como Pacto de San José) es un tratado internacional que consagra un sistema institucional con competencias específicas para garantizar los DDHH en el marco del sistema americano. Sus antecedentes se remontan a las ya mencionadas VIII Conferencia Panamericana de Lima, la Conferencia Interamericana sobre los problemas de la guerra y la paz y a la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre.

Específicamente, la elaboración de la convención fue encomendada al Consejo Interamericano de Jurisconsultos por medio de una resolución sobre DDHH en la V reunión de consulta de ministros de relaciones exteriores realizada en Santiago de Chile en 1959, en donde adicionalmente se dispuso la creación de la Comisión Interamericana de DDHH, órgano incluido en la estructura de la OEA por medio del protocolo de Buenos Aires de 1967. Parte de este gran proceso institucional se materializaría en la *Conferencia Especializada Interamericana de DDHH* celebrada el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José de Costa Rica con la firma de la Convención Americana de DDHH y que entraría en vigor hasta el 18 de julio de 1978.

Entre los 12 países que la firmaron en 1969 se encuentra Colombia, quien la adoptaría en su legislación interna por medio de la Ley 16 de 1972, y la ratificaría el 31 de julio de 1973. Por su parte el 21 de junio de 1985 Colombia reconoció la competencia de la Comisión interamericana de DDHH y de la Corte interamericana de DDHH; la primera "bajo la condición de estricta reciprocidad y para hechos posteriores a esta aceptación, sobre casos relativos a la interpretación o aplicación de la convención, reservándose el derecho de hacer cesar la competencia en el momento en que lo considere oportuno"⁸⁶ y la segunda "bajo condición de reciprocidad y para hechos posteriores a la aceptación, sobre casos relativos a la interpretación o aplicación de la convención, reservándose el derecho de hacer cesar la competencia en el momento que lo considere oportuno"⁸⁷. En la actualidad 25 países del continente la han ratificado y entre los que aún no lo han hecho se encuentra Estados Unidos, Canadá y Cuba.

⁸⁶ Nieto Navia, Rafael y Nieto Loaiza, María Teresa, *Colombia y el sistema de interamericano de protección de los DDHH y la Corte penal internacional*, Agencia de Cooperación Alemana para el Desarrollo GTZ y el Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, 2007, p. 19.

⁸⁷ *Ibidem*.

6.17.3.2 Contenido

La Convención Americana de DDHH se encuentra dividida de la siguiente forma: el preámbulo, la primera parte relativa a los deberes de los Estados y derechos protegidos, la segunda parte sobre los medios de protección a los DDHH y una tercera parte sobre disposiciones generales y transitorias.

A. El preámbulo

En términos generales el preámbulo se fundamenta en la necesidad internacional de crear mecanismos adicionales a los existentes en la legislación interna de cada país para garantizar los DDHH. Los lineamientos de dicha protección ya se encontraban expresados en instrumentos internacionales americanos como lo eran la Declaración Americana de DDHH y la carta de la Organización de Estados Americanos (OEA). Por último el preámbulo reitera lo ya expresado en la Declaración de Bogotá sobre la naturaleza de los DDHH como atributos de la persona humana independientemente de su nacionalidad.

6.17.3.3 Obligaciones de los Estados parte

Lo primero a lo que se hace referencia en esta parte es a la obligación que se le impone a los Estados de respetar y garantizar los derechos reconocidos en la Convención. El alcance de esta obligación fue definido por la Corte Interamericana de DDHH⁸⁸ al establecer que la obligación de respeto surge de la inferioridad que tienen los Estados frente a los DDHH, al estos ser atributos inherentes a la dignidad humana. Por su parte la obligación de garantizar el ejercicio libre y pleno de los derechos reconocidos en la convención “implica el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los DDHH”⁸⁹.

De igual forma la Corte indica que como consecuencia de esta última obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación a los DDHH reconocidos en la convención y de igual forma procurar su restablecimiento de ser posible en forma integral⁹⁰. En este punto cabe señalar que la Corte Interamericana ha señalado que el alcance de la reparación por la vulneración de obligaciones internacionales de DDHH como las provenientes de la Convención es el de una reparación integral, lo que implica no solo una indemnización sino que también pueden buscarse otras medidas como las garantías de no repetición, entre otras⁹¹. Adicionalmente, la Convención Americana establece la obligación de que todos los estados parte adopten las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades consagrados en la misma.

6.17.3.4 Los derechos que protege

Los derechos que garantiza la Convención Americana de DDHH son los siguientes:

El derecho a la personería jurídica, a la vida, a la integridad física, psíquica y moral, a la prohibición de esclavitud y servidumbre, a la libertad personal, a las garantías judiciales (debido proceso), a la honra y dignidad, a la libertad de conciencia y religión, a la libertad de pensamiento y expresión, al derecho de reunión y libertad de asociación, al derecho al nombre, a los derechos

⁸⁸ Corte Interamericana de DDHH, Caso Godínez Cruz, sentencia del 20 de enero de 1989, serie C No 5, p. 173-179.

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ CIDH, Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras, sentencia de 21 de julio de 1989.

⁹¹ CIDH, caso Blake, sentencia de reparaciones del 22 de enero de 1999 párrafo 31 y caso Loaiza Tamayo, sentencia de reparaciones del 27 de noviembre de 1998 párrafo 85.

del niño, al derecho a la nacionalidad, al derecho a la propiedad privada, al derecho de circulación, a los derechos políticos (se pueden limitar por razones como nacionalidad, residencia, idioma y capacidad civil), a la igualdad ante la ley, al hábeas corpus y los derechos económicos, sociales y culturales (estos últimos se encuentran consagrados en el *Protocolo adicional a la Convención Americana sobre DDHH en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* también conocido como "*Protocolo de San Salvador*" que actualmente se encuentra en proceso de ratificación ya que según la Convención Americana estos derechos son de desarrollo progresivo).

6.17.3.5 Derechos que no se pueden suspender

En este punto cabe destacar la importancia del artículo 27 de la Convención al consagrar una lista de derechos que no pueden ser suspendidos bajo ninguna situación como guerra, peligro público ni cualquier otra circunstancia que amenace la independencia o seguridad del Estado. De este modo, es tal la trascendencia de este artículo al contener una limitación a la libre autodeterminación de los Estados a favor de ciertos DDHH, que a los derechos mencionados en él se les ha llegado a considerar como el "núcleo duro los DDHH"⁹². Así los derechos que según el artículo 27 no pueden ser suspendidos bajo ninguna de las situaciones ya mencionadas son:

El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, el de la prohibición de la esclavitud y servidumbre, el principio de legalidad y de retroactividad, el derecho a la libertad de conciencia y de religión, el de protección a la familia, el derecho al nombre, los derechos del niño, el derecho a la nacionalidad y derechos políticos ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

6.17.3.6 Las normas de interpretación y los deberes de las personas

En lo referente a la interpretación de la Convención, esta establece que la interpretación de sus disposiciones debe hacerse de tal forma que no se supriman o limiten los derechos consagrados en ella, en otros instrumentos internacionales de DDHH, o en normas de derecho interno de los Estados parte. Por otro lado, la convención resalta que los derechos de cada persona están limitados por los de los demás y que toda persona tiene deberes frente a la comunidad, su familia y frente a la humanidad.

Segunda Parte:

La segunda parte de la Convención Americana establece un sistema institucional dirigido a velar por los derechos consagrados en la Convención. Así, se establecen como órganos competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de la convención a la Comisión Interamericana de DDHH y a la Corte Interamericana de DDHH. La naturaleza, funciones y procedimientos de estos órganos se encuentran ampliamente regulados por la convención asunto que se va a analizar a cabalidad en la unidad II de este módulo.

Tercera Parte:

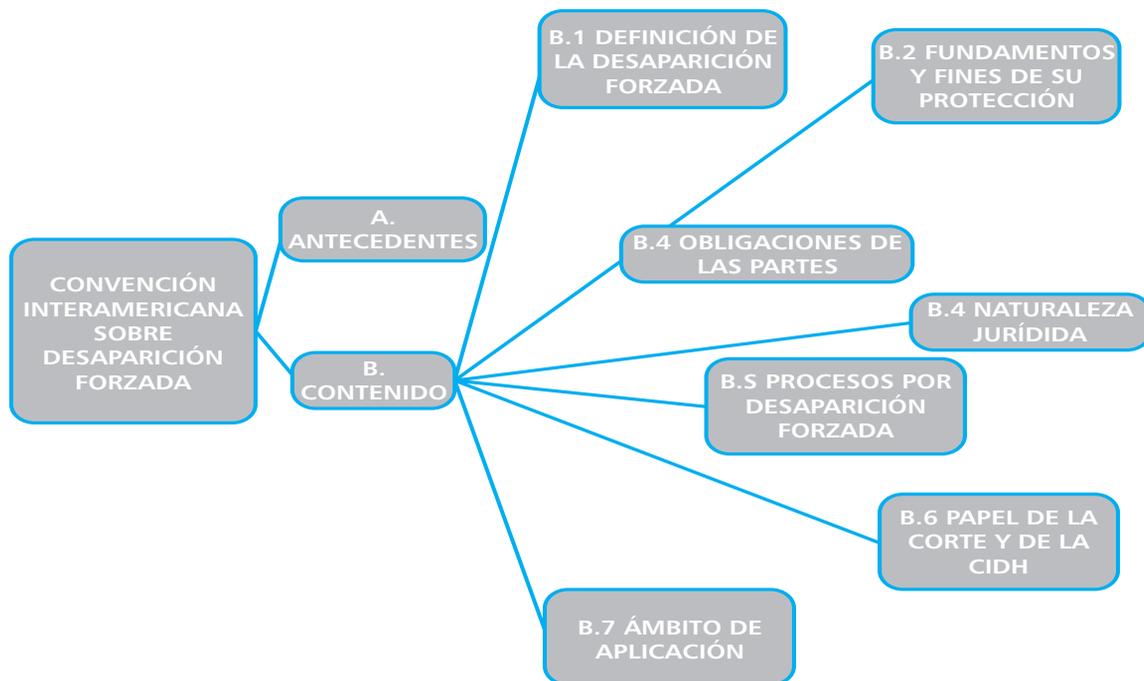
Por último, la tercera parte de la Convención establece una serie de disposiciones generales y transitorias de las que se puede destacar:

a) Que la Convención quedó abierta a la firma, ratificación o adhesión de cualquier Estado miembro de la Organización de Estados Americanos, b) Que solo se pueden hacer reservas siempre y cuando no vayan en contra del objeto y fin del Convención Americana, y en aquello que la misma no lo haya prohibido expresamente, c) Se establece la posibilidad de que los Estados parte, la Comisión y Corte Interamericana por conducto de la Asamblea General de la OEA sometan propuestas de enmienda

⁹² Marzal, Antonio, *El Núcleo duro de los DDHH*, Editorial Bosch, ESADE Facultad de Derecho, Madrid, 2000.

a la Convención o protocolos adicionales a la misma, d) y por último se establece la posibilidad de que los Estados parte se desvinculen de las obligaciones de la convención con posterioridad a los 5 años de su entrada en vigor y con un preaviso de un año al Secretario General de la OEA.

6.17.4 Convención Interamericana sobre desaparición forzada



6.17.4.1 Antecedentes

La desaparición forzada ha sido considerada a lo largo del siglo XX como uno de los flagelos que más ha afectado los países de América Latina. La causa de la anterior circunstancia se suele identificar con la multiplicidad de regímenes dictatoriales que se han situado a lo largo de nuestro continente pasando desde Argentina hasta los países de Centro América.

En ese contexto, en 1980 se constituyó a cargo de la Comisión Interamericana de DDHH un *grupo de trabajo sobre desapariciones forzadas o involuntarias* cuyo objetivo fundamental era el examen y vigilancia de la desaparición forzada, por medio de la elaboración de informes y de una constante comunicación con los Estados.

Posteriormente en 1983 la OEA profirió la Resolución 666 XIII-0/83 por medio de la cual se destacó el carácter de la desaparición forzada como un crimen contra la humanidad lo que sería reafirmado por posteriores pronunciamientos de la Corte Interamericana de DDHH⁹³, en los que la misma señalaría que la desaparición forzada constituye “una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención y que los Estados partes están obligados a respetar y garantizar”⁹⁴.

⁹³ Corte Interamericana de DDHH, Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras, sentencia de 21 de julio de 1989.

⁹⁴ Ibidem.

En este contexto, se adoptó la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada (CIDF) en la ciudad Brasileña de Belém do Pará el 9 de junio de 1994 en el marco del vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA. La CIDF fue aprobada por el Congreso de la República de Colombia por medio de la Ley 707 de 2001, la cual sería declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-580 de 2002. De otro lado, la convención fue ratificada por nuestro país el 12 de abril de 2005 y entró en vigor el 12 de mayo del mismo año en los términos que dispone el artículo XX de la misma convención: “la presente convención entrará en vigor para los Estados ratificantes el trigésimo día a partir de la fecha en que se haya depositado el segundo instrumento de ratificación”⁹⁵.

6.17.4.2 Contenido

Definición de la desaparición forzada

La desaparición forzada la define el artículo II de la convención como “la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes”⁹⁶.

Analizando la definición que trae la CIDF sobre la desaparición forzada, se pueden destacar como sus elementos configurativos los siguientes:

- i. La privación de la libertad por cualquier medio de una o más personas.
- ii. La participación directa o indirecta del Estado en dicha privación de libertad.
- iii. Y la actuación del Estado tendiente a mantener como secreta la privación de libertad de tal modo que se impida el ejercicio del debido proceso a las personas desaparecidas.

6.17.4.3 Fundamentos y fines de la protección a la desaparición forzada

El preámbulo de la CIDF se encarga de definir los elementos teleológicos que justifican su misma existencia. En este orden de ideas, la fundamentación de la convención se centra en la libertad individual y en la justicia social sustentada en los derechos del hombre, lo que necesariamente conlleva a una protección jurídica internacional frente a la desaparición forzada, en tanto que esta afecta la dignidad humana y viola una multiplicidad de derechos de las personas ya consagrados en la *Convención Americana de los DDHH*. Así, la finalidad específica de la Convención se dirige a la prevención, supresión y sanción de la desaparición forzada en los Estados Americanos.

6.17.4.4 Obligaciones de las partes

El artículo I de la CIDF establece que las partes se comprometerán esencialmente con cuatro obligaciones:

- i. No practicar, no permitir, ni tolerar la desaparición forzada de personas, ni aun en estado de emergencia, excepción o suspensión de garantías individuales.

⁹⁵ Washington, OEA, Departamento de Derecho Internacional, Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, en www.oas.org/juridico/spanish/Tratados/a-60.html, consulta del 4 de mayo de 2009.

⁹⁶ Washington, OEA, Departamento de Derecho Internacional, Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, en www.oas.org/juridico/spanish/Tratados/a-60.html, consulta del 6 de mayo de 2009.

- ii. Sancionar en el ámbito de su jurisdicción a los autores, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas, así como la tentativa de comisión del mismo. Esta obligación debe interpretarse conforme a lo que establece el artículo III de la convención en el sentido de que las partes pueden establecer circunstancias atenuantes para quienes hayan participado en la desaparición forzada, siempre y cuando contribuyan a la aparición con vida de la víctima o suministren informaciones que permitan esclarecer la desaparición forzada de una persona.
- iii. Cooperar entre sí para contribuir a prevenir, sancionar y erradicar la desaparición forzada de personas; y
- iv. Tomar las medidas necesarias de carácter legislativo, administrativo, judicial o de cualquier otra índole, para cumplir con los compromisos asumidos en la presente Convención. Esta obligación va de la mano con la que establece el primer párrafo del artículo III en el sentido de que “los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad”⁹⁷.

6.17.4.5. Naturaleza jurídica de la desaparición forzada

En lo referente a la naturaleza jurídica de la desaparición forzada, el artículo V de la Convención establece que “no se puede considerar como un delito político para efectos de la extradición”, lo que implica considerar la desaparición forzada como una conducta propia de aquellos delitos que dan lugar a extradición conforme a los tratados de extradición celebrados por las partes de la Convención. De igual forma se establece que los Estados partes de la convención que vayan a celebrar tratados de extradición en el futuro, se encuentran obligados a incluir el delito de desaparición forzada como susceptible de extradición.

Por otro parte, el artículo VI de la convención establece que en caso de que un Estado parte no conceda la extradición se someterá el asunto ante las autoridades competentes de ese Estado como si el delito se hubiera cometido en el ámbito de su jurisdicción.

El artículo VI relativo a la prescripción de la acción penal y de la pena derivada por la desaparición forzada establece que no tendrán término de prescripción, salvo cuando una norma del derecho interno de carácter fundamental lo impida, en cuyo caso la prescripción deberá ser igual a la atribuible al delito más grave de la normatividad interna de ese Estado parte.

Por último, al artículo VIII de la CIDF establece que no se pueden eximir de responsabilidad por desaparición forzada quienes aleguen como justificación de su conducta la obediencia a órdenes o instrucciones superiores, en cuyo caso ellos se encontraban en el deber de no acatarlas.

6.17.4.6. De los procesos por desaparición forzada

El artículo X de la convención establece que los responsables por la comisión del delito de desaparición forzada solo podrán ser juzgados por la jurisdicción ordinaria común y no por jurisdicciones especiales (como la penal militar), ni con privilegios, ni con inmunidades (salvo en lo relativo a las inmunidades penales, civiles y administrativos del agente diplomático en los términos del artículo 31 de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas).

6.17.4.7 Papel de la Comisión y de la Corte interamericana de DDHH

El artículo XIII establece que las peticiones que se presenten ante la Comisión Interamericana de DDHH se sujetarán a los procedimientos que establece la Convención Americana de DDHH, los estatutos y reglamentos de la Comisión y del Corte e incluso las normas relativas sobre medidas cautelares.

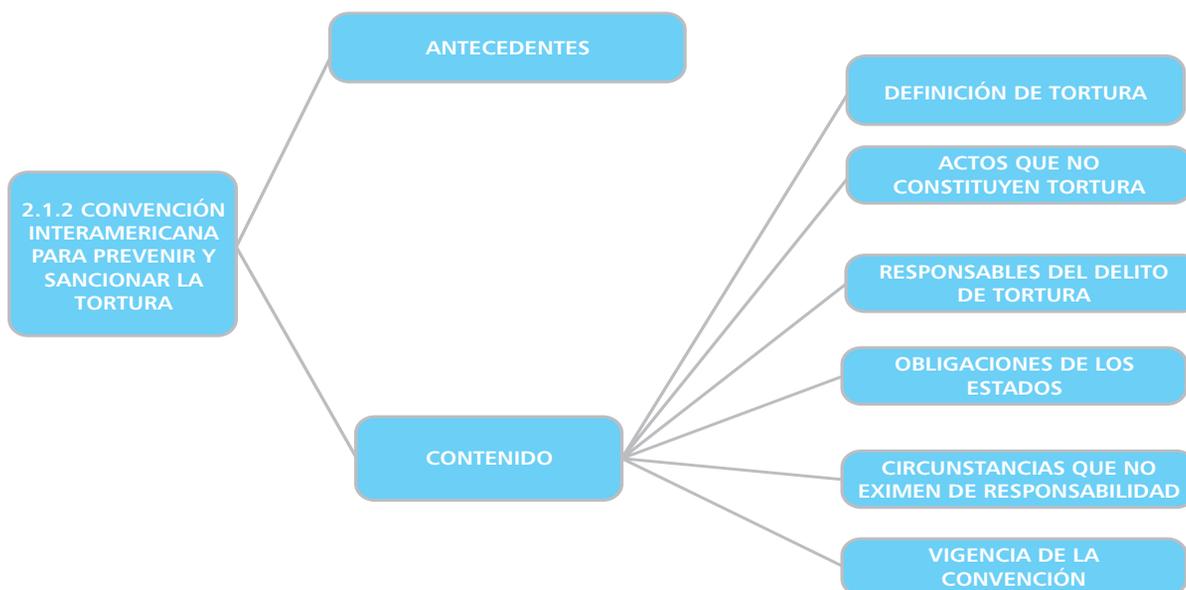
⁹⁷ Washington, OEA, Departamento de Derecho Internacional, Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, en www.oas.org/juridico/spanish/Tratados/a-60.html, consulta del 4 de mayo de 2009.

La particularidad de este artículo radica en la posibilidad que se le abre a la Comisión de solicitarle al Estado que se le acusa de cometer una desaparición forzada, toda la información posible sobre la persona presuntamente desaparecida en la mayor brevedad posible sin que esto constituya una forma de prejuzgar la admisibilidad de la petición. De este modo, se habilita a la Comisión una actuación previa a la admisibilidad de la petición de tal forma que esta pueda actuar con mayor efectividad a la hora de indagar sobre el paradero y las condiciones en que se encuentra la persona presuntamente desaparecida.

6.17.4.8 Ámbito de aplicación de la Convención

En los últimos artículos de la convención, se establece que esta no se aplicará en el caso de los conflictos armados internacionales en cuyo caso existen otros instrumentos internacionales que regulan las conductas de los Estados y sus agentes. Por otro lado, se establece que la convención regirá indefinidamente para los Estado parte, salvo en el caso en que ellos decidan retirarse de ella (por medio de la denuncia) en cuyo caso la convención dejará de ser vinculante para el Estado al año siguiente de depositado el instrumento de denuncia.

6.17.5 Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura



6.17.5.1 Antecedentes

En términos generales, la tortura ha sido definida⁹⁸ como un acto o serie de actos por medio de los cuales se causa sufrimiento físico o mental a una persona. Este flagelo que afecta una pluralidad de derechos ha sido muy utilizado en el continente americano, destacándose el caso argentino donde se hizo uso abusivo de la tortura con fines de carácter político.

Estos antecedentes terribles, sirvieron de fundamento para que el 9 de diciembre de 1985 en el decimoquinto período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA en la ciudad de Cartagena, se adoptara la *Convención Interamericana para Prevenir*

⁹⁸ Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (adoptada en 1984 por la Asamblea General de la ONU).

y *Sancionar la Tortura*, donde Colombia participó como Estado signatario. Posteriormente, la convención sería adoptada en la legislación interna Colombiana por medio de la Ley 409 de 1997 (declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-351 de 1998) y ratificada el 19 de enero de 1999. Su entrada en vigor para el Estado Colombiano se daría el 18 de febrero de 1999 conforme al término que establece su artículo 22. Por último cabe resaltar que en la actualidad, la *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura* se encuentra ratificada por 17 Estados.

6.17.5.2 Contenido

Definición de tortura

El artículo 2º de la convención define la tortura como:

“todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica”⁹⁹.

De acuerdo a la anterior definición, se puede afirmar que los elementos constitutivos de la tortura como conducta ilícita en los términos de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura son:

- i. Es un acto intencional de quien o quienes lo realizan.
- ii. El acto va dirigido a causarle a la víctima sufrimiento físico o mental, a anularle su personalidad o a disminuirle sus capacidades físicas o mentales aunque no se le haya causado ningún sufrimiento.
- iii. Que el acto que originó la tortura busque una finalidad cualquiera.

6.17.5.3 Actos que no constituyen tortura

Por otro lado, la Convención establece que no constituyen conducta de tortura aquellas penas o sufrimientos físicos o mentales que sean consecuenciales de medidas legales o inherentes a estas, salvo que estas medidas se adecuen a los elementos constitutivos de la tortura (en los términos definidos anteriormente). En este sentido, no podría considerarse como un acto de tortura en los términos de esta convención, el sufrimiento psicológico de un reo que legalmente se encuentre al interior de una cárcel, a menos de que sea causado por sujetos que de manera voluntaria y buscando una finalidad particular le causen dicho sufrimiento en los términos que lo define la convención.

6.17.5.4 Responsables del delito de tortura

El artículo 3º de la Convención establece que serán responsables del delito de tortura:

- i. *los empleados o funcionarios públicos que actuando en ese carácter ordenen, instiguen, induzcan a su comisión, lo cometan directamente o que, pudiendo impedirlo, no lo hagan.*

Las personas que a instigación de los funcionarios o empleados públicos a que se refiere el inciso a. ordenen, instiguen o induzcan a su comisión, lo cometan directamente o sean cómplices.

⁹⁹ Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, en www.oas.org/juridico/spanish/Tratados/a-51.html.

Este artículo señala en términos generales la responsabilidad directa o indirecta de los funcionarios del Estado frente a las conductas constitutivas de tortura, siguiendo un esquema de responsabilidad muy usado en los tratados internacionales que protegen los DDHH.

La finalidad de erradicar la tortura del continente americano se busca materializar concretamente por medio de las obligaciones que impone la presente convención a cada uno de los Estados que se encuentran vinculados internacionalmente a cumplir con la misma. Así, las obligaciones que les impone la convención a los Estados parte (entre los que se encuentra Colombia como ya se indicó) son tan completas que no solo buscan la erradicación de la tortura como tal, sino también una adecuada reparación de sus víctimas.

Sin más preámbulo, cabe señalar que las obligaciones que impone la *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura* a los Estados parte son:

6.17.5.5 Obligación de prevenir y sancionar la tortura

El artículo 1º de la Convención menciona de forma genérica la obligación de prevenir y sancionar la tortura sin delimitar concretamente su alcance. Sin embargo, el alcance de esta obligación se encuentra regulado a lo largo de la normatividad de la convención a través de obligaciones más específicas por medio de las cuales se logra entender el significado práctico de la prevención y la sanción de la tortura a la que están obligados los Estados.

En este orden de ideas con el fin de prevenir la tortura, la convención impone a los Estados parte las obligaciones de educar a sus agentes para que no cometan conductas de propias de la tortura (art. 7º), de examinar con imparcialidad las denuncias que reciban sobre torturas y de actuar de oficio (art. 8º) y la obligación de no admitir como pruebas en un proceso aquellas que hayan sido adquiridas por medio de tortura (art. 10).

Por su parte, con el fin de sancionar la tortura la convención impone a las partes las obligaciones de sancionar en el derecho interno como delito los actos que constituyan tortura, la de imponerles las sanciones más severas en caso de juzgar a los responsables (art. 6º) y la de extraditar a quien cometió el delito en caso de presentarse la respectiva solicitud (art. 11).

En este punto es importante decir que de conformidad con el artículo 12 de la Convención, para que un Estado pueda conocer de las conductas de tortura a las que hace referencia la Convención, se requiere: a) que la tortura haya sido cometida en el ámbito de su jurisdicción, b) que el presunto delincuente sea su nacional, c) o que la víctima sea su nacional siempre y cuando el Estado considere pertinente asumir el conocimiento de ese caso.

6.17.5.5.1 Obligación de sancionar los actos como delito en el derecho penal interno y de imponerle las sanciones más severas

Quizás unas de las obligaciones más importantes de la Convención son las que indica el artículo 6º de la misma. Según este artículo los Estados parte de la convención se obligan a tipificar todos los actos de tortura como delitos penales en sus legislaciones internas y adicionalmente se obligan a establecer como sanciones de dichos delitos las más severas posibles en su legislación interna teniendo en cuenta la gravedad del delito de tortura. Esta es la fórmula con la que la convención busca evitar que el delito de tortura quede en la impunidad.

6.17.5.5.2 Obligación de educar a los agentes del Estado para que no realicen conductas de tortura

El artículo 7º de la Convención establece la obligación a cargo de los Estados parte en virtud de la cual estos se comprometen a tomar las medidas necesarias para que en los procesos de educación de sus agentes de policía y demás funcionarios públicos responsables de la custodia de personas privadas de su libertad se ponga especial énfasis en la prohibición del empleo de tortura además de que se eviten otros tratos o penas, crueles inhumanos y degradantes. Esta obligación es de gran importancia debido a que son los mismos agentes del Estado en sus diferentes instituciones los que históricamente en el continente han realizado conductas propias de la tortura.

6.17.5.5.3 Obligación de examinar con imparcialidad las denuncias que reciban sobre torturas y de actuar de oficio

El artículo 8º de la Convención establece una obligación a cargo del Estado y un derecho a favor de los ciudadanos, en virtud del cual el Estado se compromete a garantizarle a toda persona que denuncie haber sido sometida a tortura en el ámbito de su jurisdicción, que el caso será examinado imparcialmente.

Por otra parte, el ya mencionado artículo 8º establece una obligación a cargo de los Estados parte, de investigar oficiosamente toda conducta en donde exista razón fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura y en su respectiva situación iniciar un proceso penal por esa conducta.

Estas obligaciones cobran vital importancia en aquellos funcionarios de instituciones en que una de sus principales competencias sea la de conocer denuncias penales y la de investigar conductas tipificadas como delitos tal y como es el caso de la Fiscalía General de la Nación en el caso Colombiano.

6.17.5.5.4 Obligación de garantizarle una debida compensación a las víctimas de la tortura

El artículo 9º de la Convención establece que los Estados partes se obligan a incorporar en sus legislaciones internas normas que garanticen una adecuada compensación para las víctimas del delito de tortura. No obstante, como la convención no establece en qué deben consistir estas medidas de compensación a las víctimas es útil acudir a los criterios que ha tomado en consideración la Corte Interamericana de DDHH¹⁰⁰ para quien una adecuada compensación a las víctimas se encuentra en el campo de lo que se ha denominado como *reparación integral*, concepto que no solo abarca la tradición de indemnización a las víctimas y a sus familiares, sino que también implica otros conceptos como el de *satisfacción* en donde el Estado se compromete a realizar actos simbólicos a favor de la víctimas y sus familiares.

6.17.5.5.5 Obligación de no admitir como pruebas en un proceso aquellas que hayan sido adquiridas por medio de tortura

Otra obligación de gran importancia es la que se encuentra contenida en el artículo 10 de la Convención por medio de la cual los Estados partes se comprometen a no admitir como declaraciones válidas en un proceso de cualquier índole, aquellas que se compruebe que hayan sido obtenidas por medio de actos de tortura.

No obstante, únicamente se permite tomar en cuenta estas declaraciones en aquellos procesos que se adelanten contra las personas acusadas por haberlas obtenido a través de la tortura, y únicamente pueden ser aportadas para probar el hecho de que por medio de la tortura el acusado obtuvo la declaración en mención.

¹⁰⁰ Corte Interamericana de DDHH, Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras, sentencia de 21 de julio de 1989.

6.17.5.6 Obligación de extraditar a quien cometió el delito de tortura en caso de presentarse la respectiva solicitud

De conformidad con el artículo 10 de la Convención, los Estados parte se comprometen a hacer todo lo necesario para extraditar a toda persona acusada de haber cometido el delito de tortura o ya condenada por la comisión de ese delito de conformidad con sus normas nacionales sobre extradición y con sus obligaciones internacionales en la materia. De igual forma, el artículo 13 establece como un compromiso a futuro de los Estados parte, que en aquellos tratados de extradición que celebren entre ellos se incluirá el delito de tortura como un caso de extradición.

En lo respectivo, el artículo 13 establece dos posibles supuestos: en caso de que el Estado parte condicione la extradición a la existencia previa de un tratado internacional, de recibir de otro Estado parte una solicitud de extradición de alguien acusado o condenado por el delito de tortura, se podrá considerar la *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura* como base jurídica para realizar dicha extradición. Por otro lado, en caso de que en el Estado parte no se condicione la extradición a la preexistencia de tratado internacional, este se obligará a reconocer el delito de tortura como de aquellos en que se permite la extradición de los implicados.

Adicionalmente, el inciso final del artículo 13 establece que el Estado parte no se encuentra obligado a conceder la extradición de una persona requerida (o a devolverla), cuando tenga una presunción fundada de que su vida corre peligro o de que será sometida a tratos inhumanos, crueles o degradantes, o que va a ser juzgada por tribunales *ad hoc* del Estado requirente.

Por último, el artículo 14 analiza el supuesto en el cual un Estado parte se niegue definitivamente a conceder la extradición a otro Estado parte que así lo ha solicitado, caso en el cual el Estado que no concede la extradición someterá el caso a sus autoridades internas como si el delito se hubiera cometido en su jurisdicción, comunicándole esta situación al Estado que envió la solicitud.

6.17.5.6 Circunstancias que no eximen de responsabilidad del delito de tortura

La Convención establece expresamente que no se podrá invocar como justificación del delito de tortura ni el hecho de haber actuado bajo órdenes superiores (art. 4º), ni la existencia de circunstancias tales como el estado de guerra, la amenaza de guerra, el estado de sitio o de emergencia, la conmoción interna u otras emergencias o calamidades públicas (art. 5º).

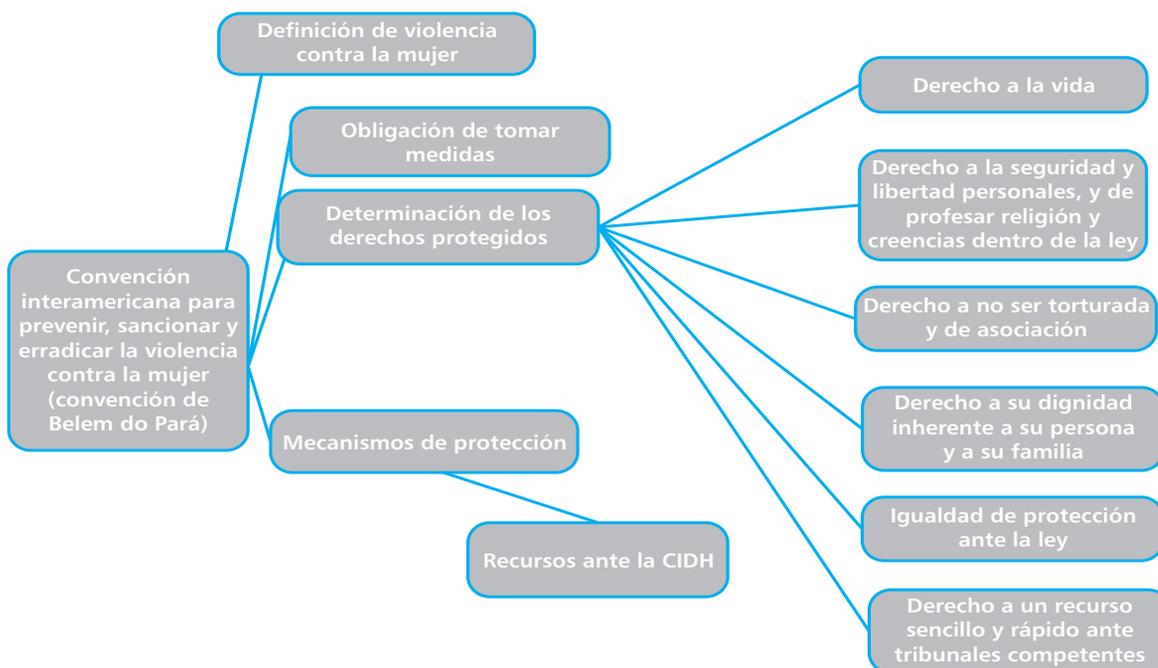
Las anteriores disposiciones van en consonancia con el artículo 27 de la *Convención Americana de DDHH* en donde se señalan una lista de derechos que no se pueden suspender "*bajo ninguna situación como guerra, peligro público ni cualquier otra circunstancia que amenace la independencia o seguridad del Estado*"¹⁰¹.

6.17.5.7 Vigencia de la Convención

El artículo 23 de la Convención establece que esta regirá indefinidamente para los Estados parte, salvo en el caso en que ellos decidan retirarse de ella (por medio de la denuncia depositada en la Secretaría General de la OEA) en cuyo caso la Convención dejará de ser vinculante para el Estado al año siguiente de depositado el instrumento de denuncia.

¹⁰¹ Convención Americana de DDHH, art. 27.

**6.17.6 Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer
“Convención de Belem do Pará” ratificado por Colombia el 3 de octubre de 1996.**



6.17.6.1 Definición de violencia contra la mujer

Los Estados parte de la OES conscientes de la necesidad e importancia de eliminar la violencia contra la mujer como presupuesto esencial para su desarrollo individual, social y su plena e igualitaria participación en todas las esferas de vida consideraron determinante elaborar un instrumento internacional que pudiera dar cuenta de este apremiante deseo. Para ello, se empezó por definir lo concerniente a, violencia contra la mujer como: a. cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico, tanto en el ámbito público como en el privado. Que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual; b. que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y c. que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra.

6.17.6.2 Medidas a realizar por parte del Estado

De conformidad con el presente instrumento el Estado se obliga esencialmente a tomar cinco tipos de medidas para cumplir con los objetivos y fines:

- Medidas de difusión. Alentar a los medios de comunicación a elaborar directrices adecuadas de difusión que contribuyan a erradicar la violencia contra la mujer en todas sus formas y a realzar el respeto a la dignidad de la mujer.
- Medidas de educación y capacitación. Fomentar el conocimiento y la observancia del derecho de la mujer a una vida libre de violencia, y el derecho de la mujer a que se respeten y protejan sus DDHH.

- Medidas legislativas. Incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso.
- Investigación y cooperación concernientes a la actuación diligente para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer.

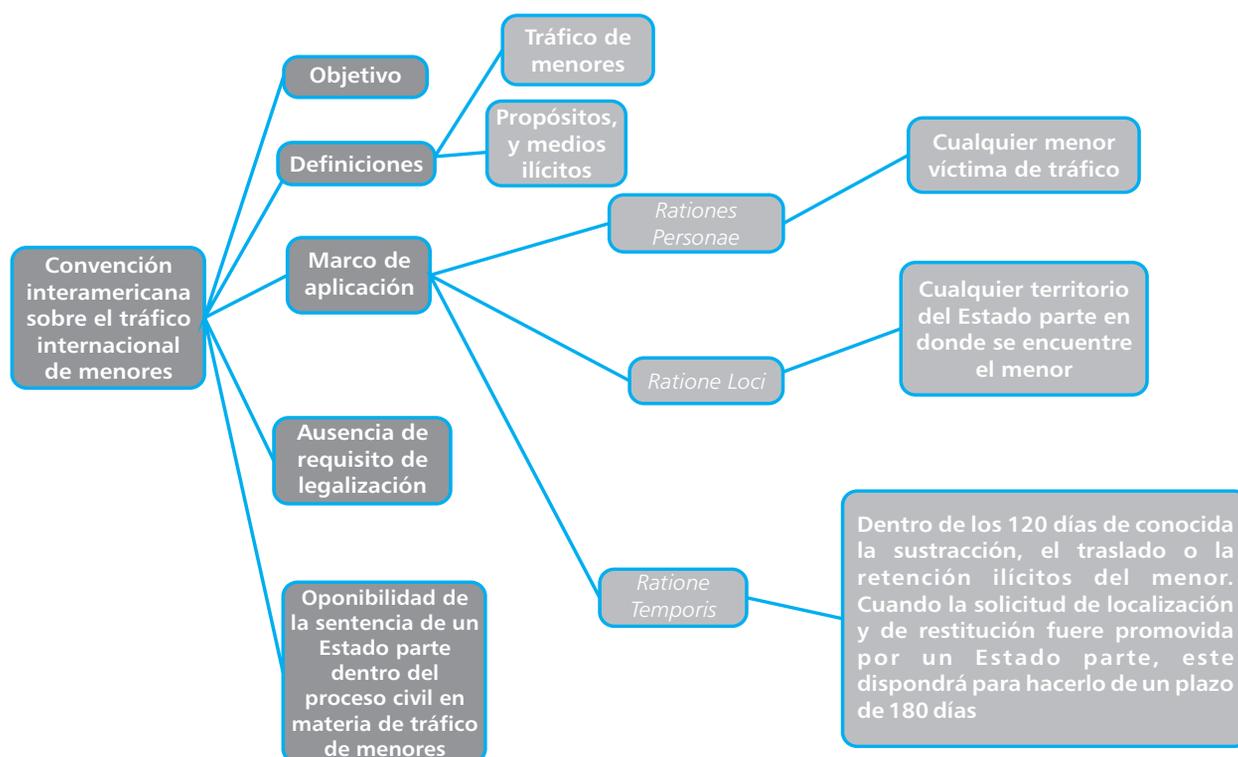
6.17.6.3 Determinación de los derechos protegidos

En el cuerpo de la Convención se establece un listado no exhaustivo de derechos de la mujer que están igualmente, contenidos en otros instrumentos internacionales del orden universal y regional.

6.17.6.4 Mecanismos de protección

En los artículos 11 y 12 de la Convención se establece la posibilidad de que los Estados la Comisión Interamericana de Mujeres, acudan a la CIDH en aras de solicitar su opinión consultiva, y de la misma manera se concede capacidad a cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, para que pueda presentar a la Comisión Interamericana de DDHH peticiones que contengan denuncias o quejas de violación del artículo 7º de la presente Convención por un Estado parte, y la Comisión las considerará de acuerdo con las normas y los requisitos de procedimiento para la presentación y consideración de peticiones estipulados en la Convención Americana sobre DDHH y en el Estatuto y el Reglamento de la Comisión Interamericana de DDHH.

6.17.7 Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores, ratificada por Colombia el 9 de enero de 2000



6.17.7.1 Objeto

El presente documento ratificado por Colombia el 23 de octubre de 2000, tuvo lugar en razón al constante incremento del tráfico de menores y la necesidad de fortalecer la cooperación internacional mediante mecanismos de prevención y sanción que permitan la restitución del menor víctima de tráfico internacional (arts. 3º y 4º).

6.17.7.2 Modo de aplicación

La solicitud de localización y de restitución del menor se realizará a instancias de los reclamantes, las autoridades judiciales o administrativas del Estado parte de residencia habitual del menor, o las del Estado parte donde se encontrare o se presuma que se encuentra retenido.

Cuando existan razones de urgencia a juicio de los reclamantes, podrá presentarse la solicitud ante las autoridades judiciales o administrativas del lugar donde se produjo el hecho ilícito.

6.17.7.2.1 Autoridad encargada de realizar el trámite

La solicitud de localización y de restitución se tramitará por intermedio de las autoridades centrales o directamente ante las autoridades competentes previstas en el artículo 13 de esta convención. Las autoridades requeridas acordarán los procedimientos más expeditos para hacerla efectiva. Recibida la solicitud respectiva, las autoridades requeridas dispondrán las medidas necesarias de conformidad con su derecho interno para iniciar, facilitar y coadyuvar con los procedimientos judiciales y administrativos relativos a la localización y restitución del menor. Además, se adoptarán las medidas para proveer la inmediata restitución del menor y, de ser necesario, asegurar su cuidado, custodia o guarda provisional, conforme a las circunstancias, e impedir de modo preventivo que el menor pueda ser trasladado indebidamente a otro Estado.

La solicitud fundada de localización y de restitución deberá ser promovida dentro de los ciento veinte días de conocida la sustracción, el traslado o la retención ilícita del menor. Cuando la solicitud de localización y de restitución fuere promovida por un Estado parte, este dispondrá para hacerlo de un plazo de ciento ochenta días (art. 14). En Colombia la autoridad encargada es el ICBF.

Cuando fuere necesario proceder con carácter previo a la localización del menor, el plazo anterior se contará a partir del día en que ella fuere del conocimiento de los titulares de la acción.

La presente convención se aplicará *ratione materiae*, *ratione temporis*, *ratione personae* de la siguiente forma:

- *Ratione materiae*: Sera competente el Estado que conozca sobre la comisión de un acto considerado de tráfico internacional contra dicho menor (art. 2º).
- *Ratione temporis*: la restitución deberá ser promovida dentro de los ciento veinte (120) días de conocida la sustracción, el traslado o la retención ilícitos del menor, o cuando la solicitud de localización y de restitución fuere promovida por un Estado parte, este dispondrá para hacerlo de un plazo de ciento ochenta (180) días.
- *Ratione personae*: Esta Convención se aplicará a cualquier menor que se encuentre o resida habitualmente en un Estado parte. Se entenderá por *menor*, todo ser humano cuya edad sea inferior a dieciocho años por, *tráfico internacional de menores*, la sustracción, el traslado o la retención, o la tentativa de sustracción, traslado o retención, de un menor con propósitos o medios ilícitos, por *propósitos ilícitos* incluyen, entre otros, prostitución, explotación sexual, servidumbre o cualquier otro propósito ilícito, ya sea en el Estado de residencia habitual del menor o en el Estado Parte en el que el menor se halle localizado y por *medios ilícitos* el secuestro, consentimiento fraudulento o forzado, la entrega o recepción de pagos o beneficios ilícitos con el fin de lograr el consentimiento de los padres, las personas o la institución a cuyo cargo se halla el

menor, o cualquier otro medio ilícito ya sea en el Estado de residencia habitual del menor o en el Estado parte en el que el menor se encuentre (art. 3º).

Los Estados competentes para conocer el delito serán:

- El Estado parte donde tuvo lugar la conducta ilícita;
- El Estado parte de residencia habitual del menor;
- El Estado parte en el que se hallare el presunto delincuente si este no fuere extraditado;
- El Estado parte en el que se hallare el menor o la menor víctima de dicho tráfico.

Tendrá preferencia a los efectos del párrafo anterior el Estado parte que hubiere prevenido en el conocimiento del hecho ilícito.

6.17.7.3 Ausencia de formalidad

En las solicitudes de cooperación comprendidas en esta Convención transmitidas por vía consular o diplomática o por intermedio de las autoridades centrales, será innecesario el requisito de legalización u otras formalidades similares. En el caso de solicitudes de cooperación cursadas directamente entre tribunales de la zona fronteriza de los Estados parte tampoco será necesario el requisito de la legalización. Asimismo, estarán exentos de legalización en el Estado parte solicitante los documentos que sobre el particular se devuelvan por las mismas vías (art. 15).

6.17.7.4 Obligación de tomar medidas para evitar el traslado del menor a otro Estado

Las autoridades competentes de un Estado parte que constaten en el territorio sometido a su jurisdicción la presencia de una víctima de tráfico internacional de menores deberán adoptar las medidas inmediatas que sean necesarias para su protección, incluso aquellas de carácter preventivo que impidan el traslado indebido del menor a otro Estado.

Estas medidas serán comunicadas por medio de las autoridades centrales a las autoridades competentes del Estado de la anterior residencia habitual del menor. Las autoridades intervinientes adoptarán cuantas medidas sean necesarias para que los titulares de la acción de localización y restitución del menor estén informados de las medidas adoptadas (art. 16).

6.17.7.5 Anulación de adopciones

Las adopciones y otras instituciones afines constituidas en un Estado parte serán susceptibles de anulación cuando su origen o fin fuere el tráfico internacional de menores.

En la respectiva acción de anulación, se tendrá en cuenta en todo momento el interés superior del menor. La anulación se someterá a la ley y a las autoridades competentes del Estado de constitución de la adopción o de la institución de que se trate.

6.18 AUTOEVALUACIÓN DE LA UNIDAD 1

Lea atentamente los siguientes extractos de la sentencia Penal Castro Castro de la CIDH y conteste las preguntas que se plantean a continuación:

“Los hechos expuestos por la Comisión en la demanda habrían ocurrido a partir del 6 de mayo de 1992 y se refieren a la ejecución dentro del Penal Miguel Castro Castro, durante el cual el Estado, supuestamente, produjo la muerte de al menos 42 internos, hirió a 175 internos, y sometió a trato cruel, inhumano y degradante a otros 322 internos.

Se informó que “los presos aceptaban el traslado con la condición de que estuvieran presentes en el acto representantes de la Comisión de Derechos Humanos de la OEA y de la Cruz Roja”. Al día siguiente se comunicó esta información personalmente al Ministro de Justicia, pero nunca se recibió respuesta de este. Las más altas autoridades gubernamentales estaban al tanto del ofrecimiento de los presos aceptando el traslado.

En razón al presunto amotinamiento, las autoridades encargadas de llevar a cabo la operación abrieron fuego y bombardearon el penal.

Después de esos hechos, las autoridades peruanas no suministraron inmediatamente una relación de heridos, fallecidos y sobrevivientes. No se permitió el ingreso al centro penal Castro Castro, pero sí a la prisión de Santa Mónica, a la morgue y al Hospital de la Policía. Cuando se visitó la prisión de Santa Mónica, a donde fueron trasladadas algunas sobrevivientes de los hechos se observó que estas mujeres “estaban todavía sucias con el polvo del penal y salpicadas de sangre”.

Las mujeres sospechosas de pertenecer a Sendero Luminoso se encontraban recluidas en el pabellón 1A. Era conocido en la prisión que las autoridades habían decidido reubicar a las mujeres presas por delitos contra la seguridad en una nueva prisión de alta seguridad. Existían rumores sobre la realización de una requisita de grandes proporciones. La policía lanzaba granadas desde el techo, que explotaban afuera de las ventanas para mantener a los internos lejos de estas; también lanzaba granadas fulminantes desde helicópteros a través de los ventiladores, que transportaban más soldados al interior del penal. Por la intensidad del ataque durante el primer día se cree que la intención era matar a las mujeres. Estas trataron de huir por los conductos al pabellón 4 para salvar sus vidas.

El calor era insoportable, había cuerpos de mujeres en el suelo, y las que sobrevivían pedían ayuda. Se usaron bombas incendiarias, que contienen gas de fósforo blanco que al contacto con el cuerpo humano produce ardor en las partes descubiertas, en las fosas nasales, así como también provoca asfixia y “quemazón” química de los órganos internos y la piel.

El tercer día los eventos se intensificaron. Las autoridades juntaron a los prisioneros de los pabellones 6A, 6B y 5, y fueron obligados a salir al patio a sentarse en fila sin moverse durante 18 horas. Durante ese tiempo un testigo pudo escuchar en las noticias que el entonces Presidente Fujimori no tenía intención de negociar. Hacia el final del “operativo” el testigo escuchó que el Coronel Cajahuanca, quien estaba al mando de la operación, dio la orden de matar a todos los que se estaban rindiendo. Después, los internos volvieron al pabellón 6A. El pabellón 1A estuvo cerrado durante dos o tres meses para ser reconstruido.

Durante muchos años esos hechos fueron negados o calificados de diversas formas tanto por distintas autoridades estatales como por algunos sectores de la sociedad civil y los medios de comunicación, y en múltiples ocasiones fueron enmarcados como legítimos dentro de la “lucha contra el terrorismo”.

De conformidad con los hechos narrados anteriormente,

¿Cuál sería el criterio de atribución del hecho internacionalmente ilícito al Estado peruano que más se ajusta a los hechos enunciados?

¿Cuáles fueron las obligaciones internacionales violadas por el Estado peruano a través de las acciones arriba descritas?

¿A la luz de los principios enunciados anteriormente, la utilización de la fuerza por parte de las autoridades peruanas fue la indicada?

7. UNIDAD 2

Elementos esenciales de los mecanismos internacionales de protección de DDHH

7.1 OBJETIVO GENERAL DE LA UNIDAD

- Identificar los mecanismos de protección de DDHH del orden regional y universal y determinar su operatividad

7.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS DE LA UNIDAD

- Analizar los procedimientos propios de los órdenes regional y universal en materia de protección de DDHH.
- Estudiar lo concerniente al cumplimiento de los fallos internacionales en lo atinente a las violaciones a los DDHH

7.3 Mecanismos regionales de protección de DDHH: Sistema interamericano de protección de DDHH

Bajo el concepto de protección internacional de los DDHH, se articula la construcción de los sistemas de protección de esos derechos: del Sistema Universal de Protección, articulado dentro del marco de la Organización de las Naciones Unidas (ONU); de los Sistemas Regionales de Protección, dispuestos desde tres niveles geográficos: el Sistema Interamericano de Protección, construido en el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA); el Sistema Europeo de Protección, construido bajo el marco del Consejo de Europa; y el Sistema Africano de Protección, en construcción, bajo el marco de la Organización de la Unidad Africana.

Se denomina Sistema Interamericano de Protección de los DDHH, al conjunto de tratados internacionales y de organismos e instituciones internacionales, articulados dentro del marco de la Organización de Estados Americanos (OEA), destinados a la protección de los DDHH en la región. Los principales instrumentos internacionales que conforman el sistema y sus órganos, de conformidad con las descripciones de Botero y Guzmán son¹⁰²:

- **Convención Americana sobre DDHH.** También llamada “Pacto de San José”, suscrita dentro del marco de la Conferencia Especializada sobre DDHH, celebrada en San José de Costa Rica entre el 7 y el 22 de noviembre de 1969. Este instrumento fue aprobado por Colombia mediante la Ley 16 de 1972, siendo ratificado el 31 de julio de 1973. Cuenta como fecha de entrada en vigor el 18 de julio de 1978.
- **Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre DDHH en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.** También denominado “Protocolo de San Salvador”, adoptado por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos en San Salvador, el 17 de noviembre de 1988. Este instrumento fue aprobado por Colombia mediante la Ley 319 de 1996, con control de constitucionalidad realizado por Sentencia C-251 de 1997¹⁰³, siendo ratificado en diciembre de 1997. Cuenta como fecha de entrada en vigor el 16 de noviembre de 1999.
- **Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.** Adoptada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos en Cartagena de Indias, el 17 de diciembre de 1985. Este instrumento fue aprobado por Colombia

¹⁰² A continuación se reseñan los principales tratados que conforman el sistema, desde la enunciación contenida en Botero, Catalina y Guzmán, Diana, Guía práctica del sistema internacional de protección de los derechos humanos, de Justicia, Bogotá, 2007, p. 55 a 62.

¹⁰³ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-251 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

mediante la Ley 409 de 1997, con control de constitucionalidad realizado por Sentencia C-351 de 1998¹⁰⁴, siendo ratificada el 19 de enero de 1999. Cuenta como fecha de entrada en vigor para Colombia el 18 de febrero de 1999.

- **Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.** Adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994. Este instrumento fue aprobado por Colombia mediante la Ley 707 de 2001, con control de constitucionalidad realizado por Sentencia C-580 de 2002¹⁰⁵, siendo ratificada el 12 de abril de 2005. Cuenta como fecha de entrada en vigor para Colombia el 12 de mayo de 2005.
- **Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.** También denominada "Convención de Belém do Pará". Adoptada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1995. Este instrumento fue aprobado por Colombia mediante la Ley 248 de 2001, con control de constitucionalidad realizado por Sentencia C-408 de 1996¹⁰⁶, siendo ratificada el 15 de noviembre de 1996. Cuenta como fecha de entrada en vigor para Colombia el 15 de noviembre de 1996.

Como ocurre con cualquier sistema normativo en el que se adopten derechos y se fije el compromiso de su observancia, el Sistema Interamericano ha dispuesto al lado de los derechos y las garantías contenidos en los distintos tratados, una serie de órganos creados para proteger y hacer efectivos tales enunciados, para el caso, la Comisión Interamericana de DDHH y la Corte Interamericana de DDHH.

- **La Comisión Interamericana de DDHH**

Según lo reseñan Botero y Guzmán, la Comisión "Está conformada por siete miembros independientes, que desempeñan sus funciones a título personal, es decir que no representan a ningún Estado. Estos son elegidos por la Asamblea General de la OEA de las designaciones hechas por los Estados. Tienen un período fijo de cuatro años y pueden ser reelegidos por un período"¹⁰⁷. Entre otros asuntos, son funciones de la Comisión, las de analizar la situación de los DDHH en la región; elaborar informes acerca de la situación de esos derechos por países; tramitar casos individuales desde las denuncias que les sean formuladas; adoptar medidas cautelares en los casos concretos de su conocimiento y elaborar informes temáticos.

- **La Corte Interamericana de DDHH (CIDH)**

La historia de la Corte Interamericana es relativamente reciente¹⁰⁸ y se deriva de la adopción de la Convención Americana sobre DDHH, donde fueron dispuestas la existencia y las competencias de la Comisión, y de la Corte Interamericana. La primera había sido creada en el año 1959, mientras que la segunda tan solo cobró existencia, tras la Convención. La primera reunión de la Corte se llevó a cabo en junio de 1979 en la sede de la Organización de Estados Americanos en Washington. No obstante y previo ofrecimiento del Estado de Costa Rica, la sede de la Corporación fue fijada en la ciudad de San José, donde funciona desde el año 1979.

La Corte se define a sí misma, como "una institución judicial autónoma de la Organización de Estados Americanos cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre DDHH y de otros tratados concernientes al mismo asunto (...). Está formada por juristas de la más alta autoridad moral y reconocida competencia en materia de DDHH elegidos a título personal"¹⁰⁹.

¹⁰⁴ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-351 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz.

¹⁰⁵ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-580 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁰⁶ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-408 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁰⁷ Botero, Catalina, Guzmán, Diana, op. Cit, p. 115.

¹⁰⁸ Parte de esta información está disponible en <http://www.corteidh.or.cr/inf.general>.

¹⁰⁹ Esta definición está en <http://www.corteidh.or.cr/inf.general>. Visita de enero 20 de 2009.

7.4 NATURALEZA Y FINALIDAD DEL PROCEDIMIENTO

Como órgano de justicia, la Corte cumple básicamente dos funciones, una consultiva y otra contenciosa. Por la primera son expedidas las opiniones consultivas solicitadas por los Estados miembros de la Organización o por la Comisión, permitiéndose así, la fijación “de los criterios interpretativos fundamentales respecto de la Convención Americana, que no puede comprenderse ni aplicarse hoy sin conocer ni tener en cuenta lo que la Corte ha dicho”¹¹⁰.

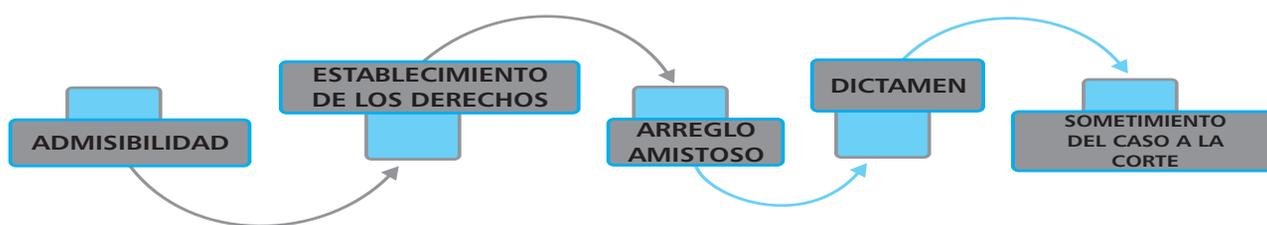
En virtud de la segunda competencia, la contenciosa, la Corte señala “la responsabilidad de los Estados partes, denunciados por la Comisión o por otros Estados partes, por la alegada violación de los DDHH”¹¹¹. Aunque, en principio, a la competencia contenciosa de la Corte tan solo pueden acceder los Estados o la Comisión, existe la idea de dar paso a dicha competencia desde la actividad directa de las víctimas.

En ejercicio de su función contenciosa la Corte emite sentencias con carácter definitivo y obligatorio para los Estados afectados quienes están en la obligación de adoptar las medidas necesarias para su cumplimiento en sus ordenamientos jurídicos internos, para lo cual gozan de un amplio margen de discrecionalidad en la medida en que las sentencias carecen de fuerza ejecutiva. Para efectos del presente documento y en razón de la extensión de las temáticas tratadas, se desarrollará únicamente lo concerniente al proceso contencioso del sistema interamericano de protección de DDHH.

7.4.1 Etapas del procedimiento contencioso

7.4.1.1 Proceso ante la comisión

En lo que podríamos denominar la primera fase del procedimiento contencioso se encuentra la Comisión de DDHH (en adelante Com.IDH), que se encarga, entre otras cosas, de recibir las quejas o comunicaciones individuales. El trámite que se surte ante la Com.IDH en procedimiento contencioso se realiza en cinco (5) etapas esenciales a saber:



7.4.1.1.1 Admisibilidad

Los artículos contenidos en la Convención Americana de DDHH (en adelante CADH) requieren que, para que una queja sea admitida, se hayan agotado previamente los recursos internos, de conformidad con los principios de derecho internacional general reconocidos (art. 46.1).

La jurisprudencia del Tribunal de La Haya ha sostenido en cuanto al tema de agotamiento de recursos internos, en su sentencia Interhalden de marzo de 1959 que, “la regla según la cual se deben agotar recursos internos antes de acudir a un procedimiento

¹¹⁰ Gros, Héctor. “Una reflexión sobre el sistema regional americano de protección de los DDHH” En Derechos Humanos: Corte Interamericana. Opiniones Consultivas, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2000, p. 32.

¹¹¹ Gros, Héctor, op. cit, p. 32.

internacional es una regla bien establecida del derecho internacional consuetudinario, ha sido generalmente observada en los casos en que un Estado ha hecho suya la causa de sus súbditos cuyos derechos han sido lesionados en otro Estado en violación del derecho internacional. Antes de recurrir a la jurisdicción internacional, se ha considerado necesario en semejante caso que el Estado en que se ha cometido la lesión pueda remediarla por sus propios medios, en el cuadro de su marco jurídico interno”¹¹².

7.4.1.1.1 Naturaleza sustantiva o procesal del agotamiento de recursos internos

Se ha discutido si la regla de agotamiento de recursos internos es de carácter procesal o sustantivo, esto es, si el no agotamiento de recursos internos impide que nazca el hecho internacionalmente ilícito, -tesis sustancial-, o si por el contrario, el no agotamiento solo impediría la admisibilidad del mismo en instancias internacionales, -tesis procesal-.

En el informe de 1980, presentado por el profesor Roberto Ago a la Comisión de Derecho Internacional se dio prelación a la primera tesis, que parte de la idea de que el Estado, en ejercicio de su independencia y soberanía es quien debe, en principio, remediar la situación de conculcación de derechos por sus propios medios, a través de los mecanismos jurisdiccionales propios de su derecho interno. Los actos que realiza la jurisdicción interna se presumen conformes al derecho internacional; para que la instancia internacional pueda conocer el asunto que se le presenta, se debe demostrar que las autoridades del Estado no ejercieron su actividad conforme a derecho internacional.

7.4.1.1.2 Obligación de agotar recursos internos

En cuanto a la obligatoriedad de agotar recursos internos es pertinente decir que puede ser descartada por los Estados interesados, en la medida en que no constituye en sí misma norma *ius cogens*, sino una norma de carácter dispositivo.

7.4.1.1.3 Obligación de agotar recursos internos cuando el Estado no ofrece garantías mínimas de administración de justicia

Al respecto la Comisión de derecho Internacional ha sostenido que la existencia de recursos eficaces y suficientes en derecho interno es requisito para que pueda operar el agotamiento de los mismos. Con el fin de decidir sobre la admisibilidad del asunto la Comisión verificará si se han interpuesto y agotado los recursos de la jurisdicción interna, conforme a los principios del derecho internacional generalmente reconocidos. Así el artículo 32 del Reglamento de la Comisión establece que:

1. Las disposiciones del párrafo precedente no se aplicarán cuando:
 - a. no exista en la legislación interna del Estado en cuestión el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alegan han sido violados;
 - b. no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos;
 - c. haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.

Cuando el peticionario alegue la imposibilidad de comprobar el cumplimiento del requisito señalado en este artículo, corresponderá al Estado en cuestión demostrar que los recursos internos no han sido agotados, a menos que ello se deduzca claramente del expediente.

¹¹² CIJ, Recueil., Caso Interhalden, 1959, serie A/B , 76, p. 18.

Así en el artículo 46.2 de la CADH se establecen como casos de excepción aquellos en los cuales no exista en la legislación interna del Estado el debido proceso legal para la protección el derecho cuya violación se alega; o no se haya permitido a la víctima acceder a los recursos de la jurisdicción interna o se le haya impedido agotarlos o bien haya un retraso injustificado en la decisión de los tribunales internos.

7.4.1.1.4 Término para la presentación de la queja

De conformidad con el artículo 46.1, la queja debe ser presentada dentro del plazo de seis (6) meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva. En los casos en los cuales resulten aplicables las excepciones al requisito del previo agotamiento de los recursos internos, la petición deberá presentarse dentro de un plazo razonable, a criterio de la Comisión. A tal efecto, la Comisión considerará la fecha en que haya ocurrido la presunta violación de los derechos y las circunstancias de cada caso.

Con respecto al plazo razonable, la Corte no ha entrado a definir perentoriamente cuál es el tiempo específico a ser considerado como plazo razonable.

No obstante en sentencias concernientes a los casos *López Álvarez v. Honduras*, y *Masacre de Ituango v. Colombia* – determinó que un plazo razonable debe ser aquel en el cual no se dilate la protección de los DDHH, no se pierda la búsqueda de la verdad de los hechos y se haya obtenido una sentencia en firme una vez se haya iniciado un proceso de manera efectiva.

En ese mismo sentido en sentencia del caso *Acosta Calderón v. Ecuador*, consideró que el plazo razonable debe ser valorado a la luz de criterios concernientes a la complejidad del asunto, actividad procesal del interesado y la conducta de las autoridades judiciales.

La Corte ha relacionado también el plazo razonable con la *debida diligencia* que debe existir al momento de esclarecer y determinar la situación específica, y brindarles solución a las personas o individuos afectados. Es necesario que los recursos que existan a nivel interno sean efectivos para la protección de los derechos de sus ciudadanos y no es suficiente con que existan¹¹³. El plazo razonable debe ser entendido como la realización de actuaciones diligentes para el esclarecimiento de los hechos, lo que implica el tiempo prudente que tendría el Estado para brindarle una respuesta pertinente a los afectados.

7.4.1.1.5 Otros requisitos de admisibilidad

La demanda no puede ser anónima y debe ser presentada por escrito. Debe contener al menos el nombre, la nacionalidad, la profesión, el domicilio y la firma de la persona o personas o del representante legal de la entidad que somete la petición (art. 46.1.d) CADH).

La petición no debe incurrir en la prohibición *non bis in idem*, en el sentido que no debe consistir en una misma petición presentada a la Comisión o a otra instancia similar con anterioridad, en cuanto a la víctima, el derecho violado y los hechos denunciados. Esta prohibición se circunscribe a aquellas instancias internacionales que tengan una naturaleza jurídica equivalente.

La comisión podrá rechazar quejas manifiestamente mal fundadas o abusivas, o cuando sean absolutamente improcedentes.

Esta fase procesal finaliza con una decisión final de la Comisión sobre la admisibilidad de la petición.

¹¹³ CIDH, Caso Palamara Iribarne v. Chile.

7.4.1.1.2 Establecimiento de los hechos e investigación

Al momento en que la Comisión admite la petición, se enviarán las partes esenciales de la misma al Estado interesado y le solicitará que le envíe información al respecto en un plazo razonable (art. 48.1.a). Seguidamente se entrará a verificar si subsisten los motivos fundados de la petición, en caso contrario se procederá al archivo del expediente; de la misma manera, si con posterioridad a la admisión se reciben pruebas sobrevinientes sobre la improcedencia de la petición, se podrá declarar inadmisibles (art. 48.1.c.).

Confirmada la admisibilidad de la petición, la Comisión realizará con conocimiento de las partes, un examen del asunto, incluida una investigación, para la cual deberá solicitar la cooperación del Estado interesado (art. 48.1.d). En este examen contradictorio, la Comisión recibirá informaciones complementarias de los Estados y podrá recibir audiencias orales de todos los interesados (art. 48.1.e). Tratándose de casos urgentes, si cuenta con el consentimiento del Estado interesado, la Comisión podrá realizar una investigación inmediata de los hechos, sobre la base de una petición que haya reunido todos los requisitos formales de admisibilidad¹¹⁴.

7.4.1.1.3 Arreglo amistoso

Investigados los hechos, la Comisión se pone a disposición de las partes interesadas para llegar a una solución amistosa con base en el respeto a los DDHH reconocidos en la CADH (art. 48.1.f).

Si se logra una solución amistosa, la Comisión aprobará un informe con una breve exposición de los hechos y de la solución lograda, lo transmitirá a las partes y lo publicará. Antes de aprobar dicho informe, la Comisión verificará si la víctima de la presunta violación o, en su caso, sus derechohabientes, han dado su consentimiento en el acuerdo de solución amistosa. En todos los casos, la solución amistosa deberá fundarse en el respeto de los DDHH reconocidos en la Convención Americana sobre DDHH, la Declaración Americana y otros instrumentos aplicables (art. 41 Reglamento de Com.IDH). De no lograrse la solución amistosa la Comisión continuará con el trámite de la petición o caso.

7.4.1.1.4 Dictamen o decisión sobre el fondo

Esta instancia se surte en los casos en que las partes no pudieron llegar a ningún arreglo amistoso, para lo cual la Comisión redactará un informe en el que expondrá los hechos y sus conclusiones, así como las recomendaciones que juzgue oportunas. Este informe tendrá la calidad de confidencial y será enviado únicamente a los Estados interesados para su consideración (art. 50).

La comisión hará un informe provisional que será transmitido al Estado cuando considere que hay una o más violaciones, y en el cual propondrá y recomendará al Estado las medidas pertinentes relacionadas con las violaciones, y el Estado deberá informar sobre la adopción de las correspondientes medidas (art. 43 del reglamento de la Com.IDH).

7.4.1.1.5 Sometimiento del caso a la Corte

Si el Estado en cuestión ha aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana, de conformidad con el artículo 62 de la CADH, y la Comisión considera que no ha cumplido las recomendaciones del informe aprobado de acuerdo al artículo 50 del referido instrumento, someterá el caso a la Corte, salvo por decisión fundada de la mayoría absoluta de los miembros de la Comisión (art. 44 Reglamento de la Comisión).

¹¹⁴ Villán Durán, Carlos. *Curso de derecho internacional de DDHH*, Trotta, Madrid, 2004, p. 543.

La Comisión considerará fundamentalmente la obtención de justicia en el caso particular, fundada entre otros, en los siguientes elementos: la posición del peticionario; la naturaleza y gravedad de la violación; la necesidad de desarrollar o aclarar la jurisprudencia del sistema; el eventual efecto de la decisión en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros; y la calidad de la prueba disponible (art. 44 Reglamento de la Comisión).

7.5 PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE

El procedimiento ante la Corte se puede sintetizar en las siguientes fases o procedimientos:



7.5.1 Procedimiento escrito

7.5.1.1 Introducción de la causa

La introducción de la causa se hará de conformidad con lo establecido en el artículo 61.1 de la CADH, ante la Secretaría de la Corte y en los idiomas de trabajo de la misma (art. 33 Reglamento de la Corte. IDH).

La Comisión, al igual que los Estados que han aceptado la jurisdicción de la Corte, puede presentar la correspondiente demanda ante ella, siempre y cuando se hubiesen agotado los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50 de la CADH.

El escrito de la demanda debe contener:

- Las pretensiones (incluidas las referidas a las reparaciones y costas); b) las partes en el caso; c) la exposición de los hechos; d) las resoluciones de apertura del procedimiento y de admisibilidad de la denuncia por la Comisión; e) las pruebas ofrecidas con indicación de los hechos sobre los cuales versarán; f) la individualización de los testigos y peritos y el objeto de sus declaraciones; g) los fundamentos de derecho y las conclusiones pertinentes. Además, la Comisión deberá consignar el nombre y la dirección de las presuntas víctimas o sus representantes debidamente acreditados en caso de ser posible. Deben relacionarse los nombres de los agentes o de los delegados y en caso de que esta información no sea señalada en la demanda, la Comisión será la representante procesal de las presuntas víctimas como garante del interés público bajo la Convención Americana, para evitar la indefensión de las mismas (art. 34).

7.5.1.1.1 Examen preliminar de la demanda

Si en el examen preliminar de la demanda el Presidente observare que los requisitos fundamentales no han sido cumplidos, solicitará al demandante que subsane los defectos dentro de un plazo de veinte (20) días (art. 35 Reglamento de la Corte. IDH).

7.5.1.1.2 Notificación de la demanda

El Secretario comunicará la demanda al Presidente y los jueces de la Corte, al Estado demandado; a la Comisión, si no es ella la demandante, la presunta víctima, o sus representantes debidamente acreditados si fuere el caso.

El Secretario informará sobre la presentación de la demanda a los otros Estados partes, al Consejo Permanente de la OEA a través de su Presidente, y al Secretario General de la OEA. Junto con la notificación, el Secretario solicitará que en el plazo de 30 días los Estados demandados designen al o a los agentes respectivos y, a la Comisión, el nombramiento de sus delegados. Mientras los delegados no hayan sido nombrados, la Comisión se tendrá por suficientemente representada por su Presidente para todos los efectos del caso (art. 36 Reglamento de la Corte. IDH).

7.5.1.1.3 Contestación de la demanda

El demandado contestará por escrito, conjuntamente, la demanda y las solicitudes, argumentos y pruebas, dentro del plazo improrrogable de 2 meses contado a partir de la recepción de este último escrito y sus anexos. La contestación contendrá los mismos requisitos señalados en el artículo 34 de este reglamento. Dicha contestación será comunicada por el Secretario a las personas mencionadas en el artículo 36.1 del mismo.

El demandado deberá declarar en su contestación si acepta los hechos y las pretensiones o si los contradice, y la Corte podrá considerar como aceptados aquellos hechos que no hayan sido expresamente negados y las pretensiones que no hayan sido expresamente controvertidas.

7.5.1.1.4 Excepciones preliminares

Las excepciones preliminares solo podrán ser opuestas en el escrito de contestación de la demanda. Al oponer excepciones preliminares, se deberán exponer los hechos referentes a las mismas, los fundamentos de derecho, las conclusiones y los documentos que las apoyen, así como el ofrecimiento de los medios de prueba que el promovente pretende hacer valer.

La presentación de excepciones preliminares no suspende el procedimiento en cuanto al fondo ni los plazos ni los términos respectivos.

Las partes en el caso que deseen presentar alegatos escritos sobre las excepciones preliminares, podrán hacerlo dentro de un plazo de 30 días contados a partir de la recepción de la comunicación. Cuando lo considere indispensable, la Corte podrá fijar una audiencia especial para las excepciones preliminares, después de la cual decidirá sobre las mismas. La Corte podrá resolver en una sola sentencia las excepciones preliminares y el fondo del caso, en función del principio de economía procesal (art. 38 Reglamento de la Corte. IDH).

7.5.2 Procedimiento oral

7.5.2.1 Apertura del proceso y metodología de los debates

El Presidente señalará la fecha de apertura del procedimiento oral y fijará las audiencias que fueren necesarias (art. 42). La dirección de los debates la realizará el presidente y dispondrá las medidas que sean pertinentes para la mejor realización de las audiencias. Los jueces podrán formular las preguntas que estimen pertinentes a toda persona que comparezca ante la Corte. Las presuntas víctimas, los testigos, los peritos y toda otra persona que la Corte decida oír podrán ser interrogados, bajo la moderación del Presidente (art. 43).

El Presidente estará facultado para resolver sobre la pertinencia de las preguntas formuladas y para dispensar de responderlas a la persona a quien vayan dirigidas, a menos que la Corte resuelva otra cosa. No serán admitidas las preguntas que induzcan las respuestas (art. 44).

7.5.2.2 Sentencia

El proceso terminará ordinariamente mediante sentencia; sin embargo, existe la posibilidad de que termine anticipadamente por allanamiento del Estado o por desistimiento del demandante (art. 56).

En los demás casos la Corte emitirá una sentencia que contendrá: El nombre del Presidente y de los demás jueces que la hubieren dictado, del Secretario y del Secretario Adjunto; la identificación de las partes y sus representantes; una relación de los actos del procedimiento; la determinación de los hechos; las conclusiones de las partes; los fundamentos de derecho la decisión sobre el caso; el pronunciamiento sobre las reparaciones y costas, si procede; el resultado de la votación; la indicación sobre cuál de los textos hace fe (art.59).

Todo juez que haya participado en el examen de un caso tiene derecho a unir a la sentencia su voto razonado, concurrente o disidente. Estos votos deberán ser presentados dentro del plazo fijado por el Presidente, de modo que puedan ser conocidos por los jueces antes de la notificación de la sentencia. Dichos votos solo podrán referirse a lo tratado en las sentencias.

Cuando en la sentencia de fondo no se hubiere decidido específicamente sobre reparaciones, la Corte fijará la oportunidad para su posterior decisión y determinará el procedimiento. Si la Corte fuere informada de que las partes en el caso han llegado a un acuerdo respecto al cumplimiento de la sentencia sobre el fondo, verificará que el acuerdo sea conforme con la Convención y dispondrá lo conducente (art. 60).

EJERCICIO No. 9. REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD

Dentro del proceso adelantado ante la Comisión Interamericana de DDHH (CIDH) por la ONG Comisión Internacional de Desplazados por la violencia en el Estado de Alsacio. El Estado Alsacio no da cumplimiento cabal al informe enviado para los efectos por la CIDH, motivo por cual esta última encuentra mérito suficiente para someter el caso ante la Corte Interamericana de DDHH (CoDH). Una vez la CoDH asume el conocimiento del caso, ordena a la Secretaría dar traslado de la demanda a las partes para que presenten las excepciones preliminares a que haya lugar. El Estado de Alsacio presenta excepción preliminar de agotamiento de recursos internos, haciendo alusión de forma general a la existencia de recursos efectivos en su derecho interno, y manifestando que no presentó el mismo ante la CIDH por cuanto no deseaba enervar esta posibilidad con un posible prejuzgamiento de la CIDH que impidiera su conocimiento por parte de la CoDH. Igualmente manifestó la falta de competencia de la CoDH para conocer del caso en la medida en que la CIDH violó el debido proceso, por cuanto omitió el deber de agotar la posibilidad de un arreglo amistoso como requisito de procedibilidad para poder llevar el caso ante la CoDH.

PREGUNTA DEL TALLER

A la luz de lo estudiado en el presente capítulo y de la jurisprudencia de la CoDH, analice si son válidos los argumentos esgrimidos por el Estado. (Para la resolución de este caso es recomendable consultar jurisprudencia de la CoDH).

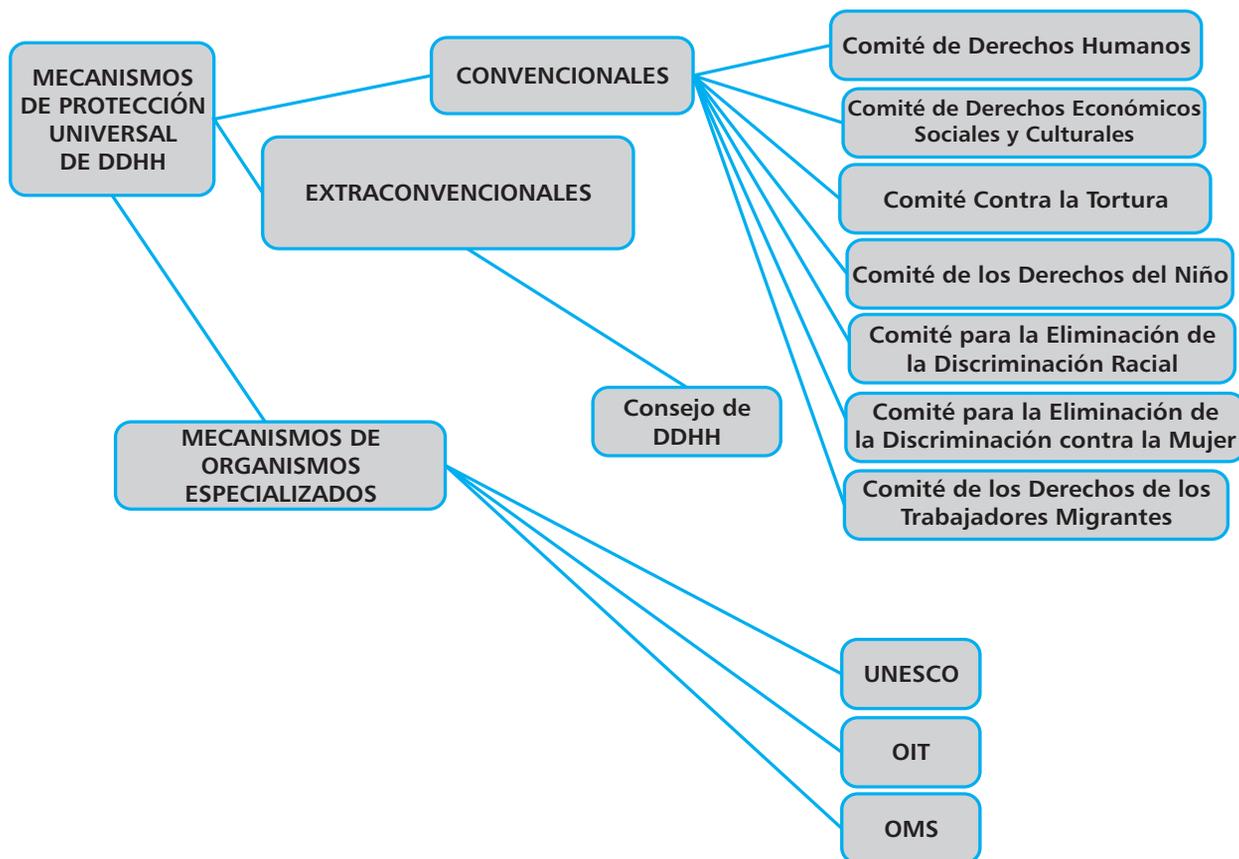
7.6 MECANISMOS UNIVERSALES DE PROTECCIÓN DE DDHH: SISTEMA DE NACIONES UNIDAS

7.6.1 Introducción

Dentro del sistema universal DDHH existen dos tipos de mecanismos de protección que atienden a la naturaleza del instrumento que los crea. Así, existen en la actualidad mecanismos *convencionales de protección* de DDHH, que nacen de tratados internacionales, y de otro lado, mecanismos *extra convencionales de protección* que surgen de resoluciones de órganos de Naciones Unidas y no tienen su origen en tratados. Los tratados internacionales de DDHH crean los Comités de control convencional de Naciones Unidas, cuya función es vigilar el cumplimiento del instrumento que les dio origen. Los Comités son órganos cuya competencia, funciones y alcance están determinados por dichos tratados.

Conjuntamente con los mecanismos *convencionales* y *extra convencionales* de protección existen otros mecanismo creados en el seno de *organismos especializados* que son: i) la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO); ir) la Organización Mundial de la Salud (OMS); y iii) la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Si bien estos organismos detentan un papel muy importante en la protección de DDHH, -como es el caso de la OIT, ya que sus decisiones tienen un gran impacto en Colombia, en razón a la fuerza que la Constitución del 91 le ha otorgado a ciertas recomendaciones emitidas por este organismo-, la especialidad y amplitud de las temáticas que maneja no permiten ser abordadas en el presente documento.

El presente esquema dará un panorama general del sistema de protección universal de DDHH:



7.6.2 Mecanismos convencionales de protección de DDHH

En general, y salvo algunas excepciones, los comités tienen tres funciones principales:

- a. Analizar los informes periódicos que deben presentar los Estados parte de las respectivas convenciones.
- b. Interpretar los tratados de DDHH respectivos; y
- c. Resolver las quejas individuales que les presenten, por la violación de los derechos consagrados en las convenciones.

7.6.2.1 Examen de informes

Al momento en que los Estados forman parte de los tratados internacionales de DDH se obligan a presentar informes periódicos, en donde se analiza el cumplimiento de las obligaciones convencionales asumidas por el Estado y se buscan soluciones para facilitar la aplicación de los instrumentos en el plano interno. En definitiva, la función de los Comités cuando analizan los informes periódicos de los Estados, además de propender a la promoción de los derechos contenidos en los tratados, busca prevenir futuras violaciones del mismo, a través de la superación de los impases que hacen difícil su aplicación interna. El Estado colombiano debe presentar informes periódicos a los siguientes comités: i) *Comité de DH*; ii) *Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*; iii) *Comité contra la Tortura*; iv) *Comité de los Derechos del Niño*; v) *Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial*; vi) *Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer*; y vii) *Comité para la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares*.

Durante muchos años los Comités fueron renuentes a concluir el análisis de los informes de cada Estado, en razón a la oposición de los entonces Estados socialistas, para evitar cualquier tipo de crítica o cuestionamiento que pudiese ser catalogada como intromisión en asuntos internos. Sin embargo, el Comité de DH decidió a partir de 1992 empezar a adoptar Observaciones Finales al terminar el estudio de los informes periódicos, conducta que fue seguida por los demás Comités convencionales de protección, los cuales adoptaron esta práctica y en la actualidad utilizan una estructura estándar de observaciones finales. Las observaciones finales o recomendaciones sintetizan los avances o inconvenientes encontrados para la efectiva aplicación del instrumento, con el fin de realizar un diagnóstico lo más preciso posible de la situación real de disfrute de los derechos en el Estado respectivo.

7.6.3 Función interpretativa a través de observaciones generales

Los Comités han venido adoptando paulatinamente un sistema de comentarios u observaciones generales que equivalen a un ejercicio de interpretación de los contenidos y alcance del tratado internacional, que ha desplazado, en cierta medida, a la regla general de interpretación exclusiva en cabeza de los Estados¹¹⁵. Esta medida ha sido bien recibida por los Estados quienes han adoptado favorablemente, en la mayoría de los casos, las interpretaciones realizadas por el órgano de control.

7.6.4 Estudio de quejas individuales

Dentro del sistema de protección de Naciones Unidas la capacidad del individuo para presentar quejas contra el Estado en cuya jurisdicción se generó la situación de violación de las obligaciones contenidas en la convención o pacto se presenta en cinco de los siete comités. Estos son: i) *el Comité de DH*, en virtud del Protocolo Facultativo del PIDCP; ii) *el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial*, en virtud del artículo 14 de la CEDR; iii) *el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer*, en virtud del Protocolo Facultativo de la CEDAW; iv) *el Comité contra la Tortura*, en virtud del artículo 22 de la CAT; y v) *el Comité para la protección de los trabajadores migratorios y sus familiares*, en virtud del artículo 77 de la CTM.

¹¹⁵ Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, arts. 31 a 33.

Para que el Comité respectivo pueda conocer y tramitar las quejas de particulares es necesario que el Estado haya aceptado expresamente la competencia de este órgano, esto implica que un Estado puede ser parte en una convención y aun así no reconocer competencia del Comité respectivo para tramitar *quejas individuales* en su contra. Colombia ha reconocido competencia para conocer *quejas individuales* al Comité de DH y al Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.

7.6.5 Características comunes del procedimiento de quejas en los cinco (5) convenios¹¹⁶

- *Carácter facultativo del procedimiento*: es potestativo del Estado manifestar su voluntad de aceptar la competencia del Comité para que conozca y tramite las quejas individuales.
- *Procedimiento reglado y obligatorio*: una vez aceptado por el Estado se generan obligaciones del Estado de cumplir con los términos impuestos por el Comité; y es reglado porque se regula dentro de unos parámetros previamente establecidos esencialmente escritos.
- *Confidencial*: tiene este carácter durante la mayor parte del proceso, aunque las decisiones o dictámenes finales pueden ser publicados por los Comités en sus decisiones finales.
- *Procedimiento contencioso de apariencia judicial*: el procedimiento tiene carácter contradictorio en el cual las partes enfrentan sus posiciones ante el Comité, y este se pronuncia sobre el fondo que redacta en forma de sentencia, aunque no detente la condición de órgano judicial.
- *Procedimiento más sancionatorio que preventivo*: la finalidad del procedimiento es de protección más que de prevención, en tanto que al determinar la responsabilidad del Estado, se conmina al mismo a reparar los perjuicios causados a la víctima con ocasión de la violación.

7.6.6 Procedimiento para interponer comunicaciones individuales

Dado que en la actualidad solamente los Comités de DH y de Eliminación de la Discriminación contra la Mujer son los únicos habilitados por el Estado colombiano para conocer quejas individuales, analizaremos los requisitos necesarios para su interposición. En términos generales los requisitos procesales son esencialmente los mismos en todos los Comités. Para ello presentamos la siguiente tabla que contiene los elementos transversales de los procedimientos en los dos Comités.



¹¹⁶ Villán Durán, Carlos. Curso de derecho internacional de DDHH, Trotta, Madrid, 2004, pp. 456-457.

7.6.6.1 Admisibilidad

7.6.6.1.1 *Ratione personae*

La comunicación o queja debe ser presentada por escrito y no ser anónima. Debe ser registrada en la secretaría del Comité DH y debe provenir de la víctima o su representante legalmente acreditado. Las víctimas deben ser, exclusivamente, personas naturales, -se rechazará cualquier queja que proceda de personas jurídicas que se pretendan víctimas-. El denunciante debe presentar todas las pruebas de apoyo para que su alegación sea declarada admisible.

7.6.6.1.2 *Ratione materiae*

La comunicación debe ser fundada conforme a derecho y compatible con las disposiciones del PIDCP (art. 90.d del reglamento), es decir que debe estar relacionada con derechos consagrados en el pacto.

7.6.6.1.3 *Ratione temporis*

La queja se debe referir a los hechos que hayan sucedido después de la entrada en vigor del protocolo facultativo para el Estado al que se denuncia. Se exceptúan aquellos hechos que continúan produciéndose después de la fecha, aunque hayan acaecido antes de la entrada en vigor del instrumento.

7.6.6.1.4 *Ratione loci*

La queja debe ser presentada por la víctima o el representante legal, hallándose bajo la jurisdicción del Estado al que se denuncia o al menos encontrándose bajo esta jurisdicción en el momento de producirse los hechos que se denuncian. La norma *ratione loci* del CEDCM es más rigurosa que la del PIDCP en la medida en que excluye la legitimación por activa de la víctima o su representante legal, si este no se encuentra, efectivamente, bajo la jurisdicción del país donde se presenta la queja, lo cual impide que personas o grupos de personas que huyen puedan presentar comunicaciones o quejas en el exilio (art. 2 del reglamento CEDM).

7.6.6.1.5 *Non bis in idem*

Es una regla general en estos procesos que las instancias internacionales se inhiban de conocer asuntos que simultáneamente están siendo estudiados por otros organismos de la misma naturaleza. Para que este principio sea procedente es necesario que exista una coincidencia entre el denunciante o denunciantes, los hechos denunciados, los derechos pretendidos y la naturaleza jurídica de las instancias internacionales.

Las comunicaciones o quejas redactadas en términos insultantes con la autoridad del Estado pueden ser rechazadas por el Comité.

7.6.6.1.6 Agotamiento de recursos internos

Opera de la misma manera que en el sistema de protección interamericana de DDHH.

El Estado tiene seis (6) meses para presentar por escrito al Comité DH explicaciones o declaraciones relativas a la admisibilidad y al fondo del asunto (art. 91 del reglamento PIDCP). La fase de admisibilidad culmina con la decisión del Comité de admitir la comunicación, la cual es en principio definitiva.

7.6.6.2 Determinación de los hechos

Adoptada la decisión positiva de admisibilidad, el Comité la tramitará al Estado quien tiene seis (6) meses para responder las cuestiones de fondo planteadas en la comunicación. El Comité determinará qué hechos se consideran probados de conformidad con toda la información disponible, procedente tanto del Estado como del particular interesado.

7.6.6.3 Opinión sobre el fondo

Una vez determinados los hechos de la queja, el Comité estará en capacidad de dar su opinión mediante dictamen cuya redacción se podrá encargar a un Grupo de Trabajo de cinco (5) miembros o a un Relator Especial. Al realizar la opinión sobre el fondo, el Comité realiza un ejercicio de calificación jurídica en el cual analiza si la conducta del Estado se ajustó o no a lo exigido por la obligación internacional. Este es un procedimiento de naturaleza que podríamos denominar “*cuasi contenciosa*”¹¹⁷, en la medida en que adopta la forma de un proceso judicial aunque en términos jurídicos no lo sea, ya que ni el Comité tiene estatutariamente esa competencia jurisdiccional, ni el dictamen emitido por el órgano puede ser homologable, en cuanto a su ejecutoriedad, a una sentencia del orden interno.

7.6.6.4 Publicación y seguimiento

Dentro de las nuevas iniciativas realizadas por los Comités convencionales de protección, se encuentra la posibilidad de publicar la decisión o fallo una vez concluido en proceso. De esta forma se da a conocer al público en general la doctrina de los Comités en materia de DDHH, a la cual apelan Tribunales internos, e incluso la Comisión de Derecho Internacional en el Proyecto de Responsabilidad Internacional de los Estados.

La publicación también sirve como mecanismos de sanción moral para los Estados, en la medida en que no existen sistemas sancionatorios centralizados y supranacionales encargados de hacer efectivas las medidas. Las decisiones de los Comités conminan al Estado a cumplir de buena fe la decisión tomada e imponen un término de aproximadamente seis (6) meses para su ejecución. Existen mecanismos paralelos como el del Relator Especial para el seguimiento, creado por el reglamento del Comité DH el cual se encarga de monitorear el cumplimiento interno de la decisión.

7.6.6.5 Circunstancias especiales de urgencia o confidencialidad¹¹⁸

Todos los comités están facultados para tomar medidas urgentes si de no hacerlo se causarían daños irreparables antes de que el caso fuera examinado con arreglo al procedimiento habitual. La característica común es que el Comité puede enviar una petición al Estado parte, en cualquier momento antes del examen del caso, para que este adopte lo que se conoce como «medidas provisionales» a fin de impedir cualquier daño irreparable.

Lo más corriente es que se envíen tales peticiones para impedir actos cuyas consecuencias son irreversibles, por ejemplo la ejecución de una sentencia de muerte o la deportación de una persona que corre el riesgo de ser torturada. Si se desea que el comité considere la posibilidad de solicitar medidas provisionales conviene hacerlo constar de manera expresa. En cualquier caso, se deben exponer con el máximo cuidado y detalle que sea posible las razones por las que se considera que semejante acción es necesaria.

¹¹⁷ Villán Durán, Carlos. *Curso de derecho internacional de DDHH*, Trotta, Madrid, 2004, p. 481.

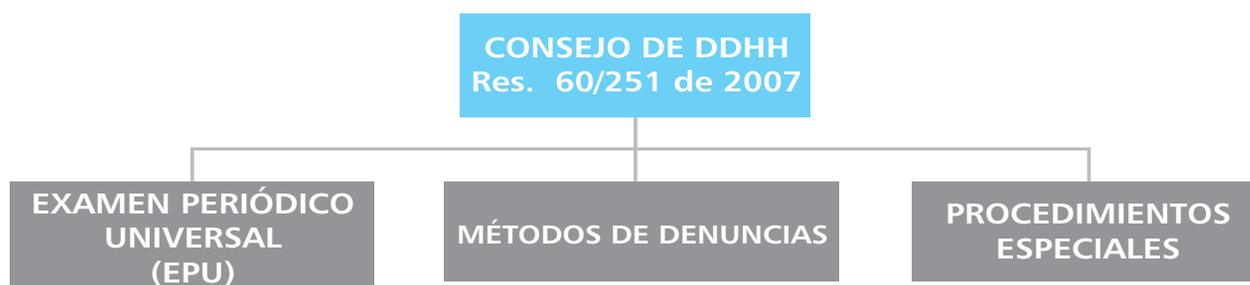
¹¹⁸ Al respecto ver http://www2.ohchr.org/spanish/about/publications/docs/fs7_s.pdf

Si en la denuncia figuran asuntos especialmente delicados de carácter privado o personal, se puede solicitar que el comité omita en su decisión final elementos de identificación, de manera que su identidad no llegue al conocimiento público. El comité también puede eliminar por su propia iniciativa estos asuntos u otros durante su examen de la denuncia.

7.7.1 MECANISMOS EXTRA CONVENCIONALES DE PROTECCIÓN DE DDHH

Dentro de los *órganos extra convencionales* del orden universal se encuentra el Consejo de DDHH de Naciones Unidas que fue creado mediante Resolución 60/251 de la Asamblea General, compuesto por 47 Estados con el objetivo principal de considerar las situaciones de violaciones de los DDHH y hacer recomendaciones al respecto.

Para el cumplimiento de sus funciones el Consejo cuenta tres (3) tipos de procedimientos encaminados a la prevención y protección de DDHH que se pueden apreciar en el siguiente cuadro:



7.7.2 Examen Periódico Universal (EPU)¹¹⁹

El EPU es un proceso único en su género que implica la revisión periódica del cumplimiento de los DDHH de los 192 Estados miembros de Naciones Unidas. Este proceso es dirigido por los mismos Estados, con el auspicio del Consejo de DDHH, que brinda la oportunidad para cada Estado de declarar qué tipo de acciones y medidas se han llevado a cabo para mejorar el goce de los DDHH en el plano interno.

Dentro de las perspectivas en el mediano y largo plazo el procedimiento busca reducir los índices de politización en los procesos de DDHH y cooperar con los Estados que tienen problemas para la implementación de sus obligaciones internacionales en material de DDHH.

El Estado que va a ser sujeto a examen tendrá que preparar un informe que estará conformado por información suministrada por el Estado, el alto comisionado de Naciones Unidas para los DDHH y por otros organismos relevantes en material de DDHH, del orden interno e internacional.

El examen se realiza en Ginebra en el seno del Grupo de trabajo del EPU compuesto por los 47 miembros del Consejo de DDHH. El procedimiento se desarrolla mediante un diálogo interactivo entre el Estado y los miembros del Grupo de Trabajo y Estados observadores. El Grupo de Trabajo convoca a un número de 48 Estados por año para ser examinados.

¹¹⁹ Al respecto ver stakeholders, which are referred to in resolution 5/1, include, inter alia, NGOs, national human rights institutions, human rights defenders, academic institutions and research institutes, regional organizations, as well as civil society representatives, en www.ohchr.org/EN/HRBodies/UPR/Documents/TechnicalGuideEN.pdf, consulta del 5 de mayo de 2009.

Una vez realizado el diálogo interactivo con el Estado, el Grupo de Trabajo elabora un documento final el cual será socializado con el Estado implicado a efectos de determinar cuáles serán las conclusiones y recomendaciones finales.

7.7.2 Método de denuncias¹²⁰

El procedimiento de denuncia ante el Consejo de DDHH es conocido también como «procedimiento 1503» por la resolución del Consejo Económico y Social en virtud de la cual fue establecido, es el mecanismo de denuncias sobre DDHH más antiguo del sistema de las Naciones Unidas que se ocupa de situaciones genéricas de violación de DDHH en los países en lugar de denuncias individuales.

En virtud del procedimiento de denuncia el Consejo de DDHH, a través de sus órganos competentes, tiene el mandato de examinar los cuadros persistentes de violaciones manifiestas y fehacientemente probadas de los DDHH y las libertades fundamentales en todos los países. Cualquier individuo o grupo que afirme ser víctima de tales violaciones de los DDHH puede presentar una denuncia, así como cualquier otra persona o grupo que tenga conocimiento directo y fiable de esas violaciones. Cuando una ONG presenta una denuncia, debe actuar de buena fe y de conformidad con los principios reconocidos de DDHH. Además, la organización debe tener pruebas fundadas y directas de la situación que describe.

Para que se surta en debida forma el proceso, el denunciante debe facilitar sus datos personales, pues la denuncia no puede ser anónima. Debe dirigir su denuncia a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los DDHH, preferiblemente especificando su deseo de que se tramite según el procedimiento 1503. Debe indicar el propósito de la denuncia y los derechos supuestamente vulnerados. Esta información se puede remitir por correo ordinario, fax o correo electrónico.

En cada denuncia se deben exponer con el mayor grado de detalle posible los hechos pertinentes, proporcionando los nombres de las supuestas víctimas, las fechas, los lugares y cualquier otra prueba. Dado que con este procedimiento se examinan fundamentalmente cuadros persistentes de violaciones en lugar de violaciones individuales propiamente dichas, se aconseja que la denuncia no se centre en un caso concreto sino que, cuando sea posible, se extienda a un conjunto o serie de casos similares. No basta con referirse a informaciones de los medios de difusión, sino que deben proporcionarse pruebas concretas. En resumen, debe acreditarse que hay indicios razonables de que existe un cuadro persistente de violaciones manifiestas de los DDHH.

La principal ventaja de este procedimiento es que se pueden presentar denuncias contra cualquier país sin necesidad de comprobar si este ha ratificado un determinado tratado o establecido reservas en cuanto a las obligaciones derivadas del mismo. Una vez formulada la denuncia, no es preciso presentar posteriormente información adicional —la denuncia inicial es suficiente—. Mediante el procedimiento 1503 es posible que su denuncia llegue al nivel más alto de la maquinaria de las Naciones Unidas en materia de DDHH, o sea la Comisión de DDHH. Así pues, puede ser útil para presionar eficazmente a un Estado a fin de que modifique leyes, políticas o prácticas que vulneren DDHH garantizados internacionalmente.

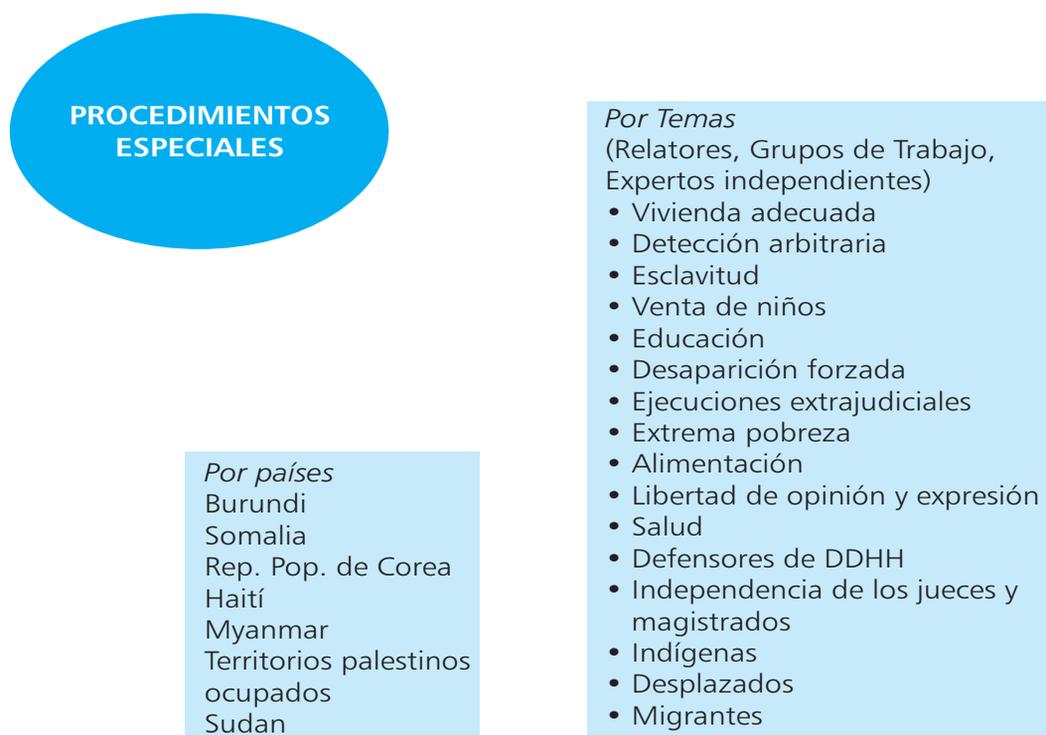
7.7.2.1 Procedimientos especiales

Los “procedimientos especiales” aglutinan a todos aquellos mecanismos de la antigua Comisión de Derechos Humanos y asumidos por el Consejo de Derechos Humanos cuya finalidad era hacer frente a situaciones concretas de violación de DDHH países específicos o, a temáticas de violaciones de especial interés para la Comunidad internacional en su conjunto.

¹²⁰ Al respecto ver ONU, *Derechos Humanos, Procedimientos para presentar denuncias*, en www2.ohchr.org/spanish/about/publications/docs/fs7_s.pdf, consulta del 4 de mayo de 2009.

Actualmente, hay 30 mandatos temáticos y 8 mandatos por país. La Oficina del Alto Comisionado para los DDHH presta apoyo a estos mecanismos facilitándoles el personal y el apoyo logístico y de investigación necesarios para el desempeño de sus mandatos.

En el presente cuadro se podrán apreciar algunos de los mandatos más importantes:



7.7.2.2 Operatividad de los mecanismos especiales

Los procedimientos especiales pueden estar integrados por una persona (denominada “Relator Especial”, “Representante Especial del Secretario General”, “Representante del Secretario General” o “Experto Independiente”), o por un grupo de trabajo compuesto por lo general de cinco miembros (uno de cada región). Los mandatos de los procedimientos especiales son establecidos y definidos por la resolución que los crea.

Mediante comunicación o queja interpuesta ante el Relator Especial, Representante Especial del Secretario General, Representante del Secretario General o Experto Independiente o grupo de trabajo, se puede lograr una intervención directa ante el gobierno para tratar denuncias concretas por violaciones de DDHH abarcadas por sus mandatos.

La intervención puede referirse a una violación ya cometida, que esté ocurriendo o que tenga un alto riesgo de producirse. El proceso, en general, implica el envío de una carta al gobierno en cuestión en la que se solicita información y comentarios sobre la denuncia, y, en caso necesario, se pide que se tomen medidas preventivas o de instrucción¹²¹.

¹²¹ Al respecto ver OHCHR, *Recomendaciones de los procedimientos por país*, en, www2.ohchr.org/spanish/bodies/chr/special/index.htm

La decisión de intervenir se deja a discreción del titular del mandato del procedimiento especial y dependerá de los diversos criterios establecidos por él o ella, así como de los criterios determinados en el Código de Conducta¹²².

Los criterios por lo general se refieren a: la fiabilidad de la fuente y la credibilidad de la información recibida, los detalles facilitados y el alcance del mandato. Sin embargo, hay que recalcar que los criterios y procedimientos utilizados para dar respuesta a una denuncia individual varían, de modo que es necesario presentar una comunicación de conformidad con los requisitos específicos establecidos por cada procedimiento especial.

Para que las comunicaciones puedan evaluarse, deberán proporcionar a todos los procedimientos especiales la siguiente información mínima:

- la identificación de la(s) presunta víctima(s);
- la identificación de los presuntos autores de la violación;
- la identificación de la(s) persona(s) u organización(es) que envían la comunicación (esta información se mantendrá confidencial);
- fecha y lugar del incidente;
- una descripción detallada de las circunstancias del incidente en que se produjo la presunta violación¹²³.

EJERCICIO No. 10. ADMISIÓN DE QUEJA

La ONG, -persona jurídica-, denominada "Salvación Nacional", interpone una queja ante el Comité DH, alegando la violación de los artículos 6º (derecho a la vida), 7º (tortura), 9º (detención arbitraria), 12 (libertad de circulación), por parte del Estado de Mauricio, en la medida en que ha sido objeto de persecución sistemática por parte de agentes de ese Estado, llegando en algunos casos a desaparecer y torturar a algunos de sus miembros. La ONG alega que acude directamente ante el Comité DH sin agotar previamente recursos internos por cuanto no existen garantías de debido proceso en dicho Estado, y de existir, no se les permitiría el acceso a los mismos dada la persecución a la cual han sido sometidos, (no obstante lo anterior la mencionada ONG no presenta pruebas que corroboren su afirmación en cuanto a la inexistencia de tales procesos). En documento anexo a la queja, la ONG manifiesta que en reiteradas ocasiones ha solicitado protección internacional ante la relatora de Naciones Unidas para la Tortura quien en reiteradas ocasiones ha conminado al Estado a tomar medidas tendentes a la protección efectiva de los derechos de los miembros de la ONG.

PREGUNTA DEL EJERCICIO

A la luz de lo estudiado, analice las posibilidades que tiene la ONG "Salvación Nacional", de que su queja sea admitida o no ante el Comité DH.

¹²² Ídem, www.ohchr.org/spanish/bodies/chr/special/index.htm, consulta del 7 de mayo de 2009.

¹²³ *Ibidem*, www.ohchr.org/spanish/bodies/chr/special/index.htm, consulta del 7 de mayo de 2009.

7.8 CUMPLIMIENTO DE LOS FALLOS INTERNACIONALES EN PUNTO A LAS VIOLACIONES A LOS DDHH DENTRO DEL ESQUEMA DEL SISTEMA INTERAMERICANO

7.8.1 Introducción

Los mecanismos internacionales de protección de DDHH, ya sea dentro de la esfera regional o universal, convencional o extra convencional ha venido adoptando paulatinamente una serie de decisiones o fallos dirigidos al Estado implicado con el fin de reparar los perjuicios causados por la violación o adoptar medidas para hacer efectivo el goce de los DDHH en el plano interno. Al margen de la juridicidad que puedan detentar estas decisiones es necesario reflexionar en torno al cumplimiento de estas decisiones por parte de los Estados en tanto que de ello se desprende su efecto útil frente a la impunidad.

En razón a la dimensión y complejidad del tema, nos centraremos en el estado de cumplimiento de las sentencias emitidas contra el Estado colombiano, con el fin de determinar cuáles han sido los elementos más recurrentes que han dificultado la ejecución de las sentencias del alto tribunal internacional.

7.8.2 Obligatoriedad del cumplimiento de los fallos de organismos internacionales para el Estado colombiano

Convencionalmente el artículo 68.1 de la CADH estipula que los Estados partes se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes. Las obligaciones convencionales de los Estados partes vinculan a todos los poderes y órganos del Estado.

En ese sentido el presente artículo recoge el principio general de derecho internacional denominado *pacta sunt servanda*, según el cual, los Estados deben cumplir sus obligaciones internacionales de buena fe y no pueden alegar razones de orden interno para dejar de asumir su responsabilidad internacional ya establecida, de manera que las disposiciones contenidas en la parte resolutive de las sentencias sea cumplida como corolario del *effet utile* que de ellas se desprende, de manera que la protección a los derechos sea verdaderamente práctica y eficaz, teniendo presente la naturaleza especial de los tratados de DDHH.

Así las cosas las sentencias de la Corte, según lo establecido en el artículo 67 de la Convención Americana, deben ser prontamente cumplidas por el Estado en forma íntegra y son inapelables.

7.8.3 Análisis del cumplimiento de las sentencias objeto de seguimiento por la CIDH

Dentro de las funciones jurisdiccionales que posee la CIDH está la de supervisar el cumplimiento de sus decisiones, en cabeza de los Estados miembros, quienes deben hacerlo de buena fe.

En ese esquema de supervisión que realiza la CIDH, existen una serie de obligaciones respecto de las cuales el Estado colombiano ha manifestado dificultades para su cumplimiento. Esas obligaciones, en términos generales son las siguientes:

- Continuación o apertura de los procedimientos judiciales por la desaparición y presunta muerte de las personas mencionadas y su sanción conforme a su derecho interno.
- Investigación y sanción de los responsables de la desaparición y presunta muerte de las víctimas.
- Localización de los restos de las víctimas y su entrega a sus familiares.
- Brindar gratuitamente servicio de salud especializada.

En términos generales el cumplimiento de las obligaciones de indemnizar por perjuicios materiales y morales, y los pagos concernientes a los gastos y costas del proceso se han desarrollado de forma progresiva, a través de la entrega a las víctimas de los

dineros adeudados mediante la figura de CDT's consignados en entidades bancarias de conocida reputación, lo cual ha permitido que, en términos generales, esta obligación sea cumplida, aunque de forma parcial.

En lo relativo a la forma de reparación por satisfacción, si bien se demuestra la voluntad del Estado en dar cumplimiento a la misma, los acuerdos con las víctimas en cuanto al tipo de monumento que se pretende erigir e incluso quién debe ser el representante del Estado que de las excusas públicas por los hechos causados, ha generado imposibilidad de cumplimiento cabal a esta obligación.

En el cuadro que se presenta a continuación se establecen la forma de reparación que más frecuentemente aplica la CIDH.

Finalmente como elementos relevantes para tener en cuenta en cuanto al cumplimiento de fallos de instancias internacionales podemos enunciar los siguientes:

- Los Estados no pueden alegar su ordenamiento interno como justificación para incumplir con sus obligaciones internacionales: es muy frecuente que los operadores justifiquen su actuar en la imposibilidad jurídica de su orden interno¹²⁴.
- La consecuencia directa de la responsabilidad internacional es el nacimiento de nuevas obligaciones para el Estado, de manera que el incumplimiento de la sentencia, implica que el Estado continuará siendo responsable hasta que no la cumpla a cabalidad.
- El cumplimiento de los estándares internacionales de Naciones Unidas en lo relativo a la búsqueda e identificación de personas desaparecidas, como el Plan Nacional de Búsqueda aprobado en febrero de 2007 por la Comisión de Búsqueda de personas desaparecidas, son esenciales para validar el proceso de búsqueda¹²⁵.

¹²⁴ Al respecto ver Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 2007 Caso Caballero Delgado y Santana V. Colombia Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.

¹²⁵ Resolución de la Presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de noviembre de 2008 Caso de la Masacre de Pueblo Bello V. Colombia Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.

CUADRO 1

	RESTITUCIÓN	INDEMNIZACIÓN	SATISFACCIÓN	INCONVENIENTES ENCONTRADOS PARA EL CUMPLIMIENTO DE LOS FALLOS
<p>Caballero Delgado y Santana V. Colombia</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Continuar los procedimientos judiciales por la desaparición y presunta muerte de las personas mencionadas y su sanción conforme a su derecho interno. - Investigación y sanción de los responsables de la desaparición y presunta muerte de las víctimas. - Localización de los restos de las víctimas y su entrega a sus familiares 	<ul style="list-style-type: none"> - Pago de justa indemnización a los familiares de las víctimas y a resarcirles los gastos en que hayan incurrido en sus gestiones ante las autoridades colombianas con ocasión de este proceso, conjuntamente con el daño moral que se hubiese causado. 	<ul style="list-style-type: none"> - N/A 	<ul style="list-style-type: none"> - <i>Indemnización:</i> no se tomaron las medidas necesarias, tal como lo había requerido la Corte, para realizar la inversión de manera que se garantizara el mejor beneficio para el menor (víctima). Específicamente, se refirieron a las diferentes tasas de cambio e intereses. - <i>Restitución:</i> en relación con la localización de los restos de las víctimas y su entrega a sus familiares, el Estado informó sobre la realización de diligencias de prospección, en las que se obtuvo un resultado negativo de presencia de fosas, y que se está considerando realizar una nueva búsqueda. Se evidenció falta de planificación y organización en la búsqueda. En relación con la posibilidad de interposición de un recurso de revisión, se evidenció una imposibilidad para su realización en tanto que el CPP obliga a que una instancia internacional haya declarado un incumplimiento "protuberante" de las obligaciones del Estado de investigar en forma seria e imparcial las violaciones de DDHH y esa violación no se encuentra establecida en la sentencia.
<p>19 comerciantes V. Colombia.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - El Estado debe, en un plazo razonable, investigar efectivamente los hechos del presente caso, con el fin de identificar, juzgar y sancionar a todos los autores materiales e intelectuales de las violaciones cometidas en perjuicio de los 19 comerciantes. - El Estado debe efectuar, en un plazo razonable, una búsqueda seria, en la cual realice todos los esfuerzos posibles para determinar con certeza lo ocurrido con los restos de las víctimas y, en caso de ser posible, para entregarlos a sus familiares. - El Estado debe brindar gratuitamente, a través de sus instituciones de salud especializadas, el tratamiento médico y psicológico requerido por los familiares de las víctimas, en los términos de los párrafos. - Seguridades y garantías a la vida, integridad y seguridad de las personas que rindieron declaración ante el Tribunal y sus familias, y deber de proveerles la protección necesaria frente a cualesquiera personas, tomando en cuenta las circunstancias de este caso. 	<ul style="list-style-type: none"> - Indemnización por perjuicios materiales y morales causados a las víctimas. 	<ul style="list-style-type: none"> - El Estado debe erigir un monumento en memoria de las víctimas y, mediante una ceremonia pública y en presencia de los familiares de las víctimas, debe poner una placa con los nombres de los 19 comerciantes. - El Estado debe realizar un acto público de reconocimiento de su responsabilidad internacional en relación con los hechos de este caso y de desagravio a la memoria de los 19 comerciantes, en presencia de los familiares de las víctimas, en el cual también deberán participar miembros de las más altas autoridades del Estado. 	<ul style="list-style-type: none"> - <i>Restitución:</i> no existe evidencia, de acuerdo a la documentación brindada por el Estado, sobre el avance de los procesos penales y disciplinarios que se están adelantando actualmente por los jueces ordinarios", ni información posterior a la decisión de 6 de marzo de 2008. Que respecto a la obligación de efectuar, en un plazo razonable, la búsqueda de los restos de las víctimas y, en caso de ser posible, entregarlos a sus familiares, se determinó que información aportada resulta insuficiente para establecer las modalidades y avances en la concreción de las diligencias de búsqueda realizadas y, en su caso, evaluar su efectividad. Que en cuanto a la obligación de brindar gratuitamente, a través de sus instituciones de salud especializadas, el tratamiento médico y psicológico requerido por los familiares de las víctimas se encuentra realizando las gestiones conducentes para acoger la propuesta de los familiares de las víctimas y contratar en principio con una entidad privada <i>Satisfacción:</i> en relación con la obligación de erigir un monumento en memoria de las víctimas y, mediante una ceremonia pública y en presencia de los familiares de las víctimas, poner una placa con los nombres de los 19 comerciantes, se están realizando acuerdos con las víctimas para su realización pero no se ha podido llevar a cabo.
<p>Gutiérrez Soler V. Colombia</p>	<ul style="list-style-type: none"> El Estado debe cumplir las medidas dispuestas relativas a su obligación de investigar los hechos denunciados, así como identificar, juzgar y sancionar a los responsables. El Estado debe brindar gratuitamente, a través de las instituciones de salud que el propio Estado designe, tratamiento psicológico y psiquiátrico. El Estado debe adoptar las medidas que sean necesarias para fortalecer los Mecanismos de control existentes en los centros estatales de detención. 	<ul style="list-style-type: none"> El Estado tiene el deber de pagar indemnización en razón a los perjuicios materiales y morales y los gastos y costas del proceso. 	<ul style="list-style-type: none"> El Estado debe publicar dentro del plazo de seis meses, contados a partir de la notificación de la [...] Sentencia, al menos por una vez, en el Diario Oficial, y en otro diario de circulación nacional, la Sección de esta Sentencia denominada Hechos Probados. El Estado debe implementar en los cursos de formación de los servidores públicos de la jurisdicción penal militar y de la fuerza pública un programa dirigido al análisis de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los DDHH. 	<ul style="list-style-type: none"> - <i>Restitución:</i> En cuanto a la obligación de reabrir el proceso penal para identificar, juzgar y sancionar a los responsables, se interpuso recurso de revisión por la Procuraduría General de la Nación ante Corte Suprema de Justicia que se ha tardado mucho en resolverse (más allá del plazo razonable). En cuanto a la obligación de brindar servicios de salud, física y psicológica las víctimas consideran que no les ha sido proporcionado.

CUADRO 1 (Cont.)

	RESTITUCIÓN	INDEMNIZACIÓN	SATISFACCIÓN	INCONVENIENTES ENCONTRADOS PARA EL CUMPLIMIENTO DE LOS FALLOS
Las Palmeras V. Colombia	<p>El Estado debe concluir efectivamente el proceso penal en curso por los hechos relativos a la muerte de las víctimas y que generaron las violaciones a la Convención Americana en el presente caso, identificar a los responsables materiales e intelectuales, así como a los eventuales encubridores, y sancionarlos, y publicar el resultado del proceso.</p> <p>Realizar todas las diligencias necesarias para la identificación de las víctimas dentro de un plazo razonable, así como localizar, exhumar y entregar sus restos a sus familiares.</p> <p>Que el Estado deben devolver los restos de Hernán Lizcano Jacnamejoy sus familiares, para que éstos les den una adecuada sepultura.</p>	<p>El Estado tiene el deber de pagar indemnización en razón a los perjuicios materiales y morales y los gastos y costas del proceso.</p>	<p>Que el Estado debe publicar en el Diario Oficial y en un boletín de prensa de la Policía Nacional y de las Fuerzas Armadas de Colombia, por una sola vez, la sentencia de fondo dictada el 6 de diciembre de 2001 por la Corte.</p>	<p><i>Restitución:</i> en cuanto a la localización, exhumación y entrega de los restos a sus familiares, y el pago del monto adeudado por el Estado a los familiares de la víctima el Estado informó que a partir de 2005 el ingreso a la zona no había sido posible por graves perturbaciones de orden público en la región.</p> <p>No obstante lo anterior, en el informe estatal de 6 de octubre de 2006 Colombia indicó que la Fiscalía General de la Nación continúa adelantando labores para la ubicación de los restos mortales de N.N./Moisés "sin que se tengan resultados"</p>
Masacre de Pueblo Bello V. Colombia	<p>Realizar inmediatamente las debidas diligencias para activar y completar eficazmente, en un plazo razonable, la investigación para determinar la responsabilidad de todos los partícipes en la masacre.</p> <p>Disponer de garantías judiciales, con el fin de evitar la repetición de hechos tan graves como los que ocurrieron en la masacre de Pueblo Bello.</p> <p>El Estado debe adoptar inmediatamente las medidas pertinentes para buscar e identificar a las víctimas desaparecidas, así como para entregar los restos mortales a sus familiares y cubrir los gastos de entierro de aquéllos, en un plazo razonable.</p> <p>Garantizar que, independientemente de las acciones específicas señaladas en el punto resolutivo anterior, las entidades oficiales correspondientes hagan uso de dichas normas internacionales como parte de su instrumental para efectos de la búsqueda e identificación de personas desaparecidas o privadas de la vida.</p>	<p>Pago a la víctimas de indemnizaciones por los daños materiales y morales cometidos así como las costas y gastos del proceso</p>	<p>Realizar, en el plazo de un año, contado a partir de la notificación de la Sentencia, un acto de disculpa pública y reconocimiento de responsabilidad internacional, en relación con las violaciones declaradas en la misma y de desagravio a las personas desaparecidas, a las privadas de la vida y a sus familiares.</p> <p>Construir, en el plazo de un año, contado a partir de la notificación de la Sentencia, un monumento apropiado y digno para recordar los hechos de la masacre de Pueblo Bello.</p> <p>El Estado debe publicar, dentro del plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, por una vez, en el Diario Oficial y en otro diario de circulación nacional, la sección de [la] Sentencia denominada Hechos Probados.</p>	<p><i>Restitución:</i> en relación con el deber de realizar inmediatamente las debidas diligencias para activar y completar eficazmente, en un plazo razonable, la Investigación para determinar la responsabilidad de todos los partícipes en la masacre de Pueblo Bello, así como la de quienes hubiesen sido responsables por acción o por omisión del incumplimiento de la obligación estatal de garantizar los derechos violados.</p> <p>Los representantes manifestaron respecto de este punto que la Unidad de Apoyo de Derechos Humanos de la Fiscalía de Medellín se habría abstenido de emitir las órdenes de captura respecto de personas implicadas, de quienes existen elementos para individualizarlas y que indican dónde pueden encontrarse localizadas las víctimas.</p> <p>En cuanto a la obligación de adoptar inmediatamente las medidas pertinentes para buscar e identificar a las víctimas desaparecidas, los representantes señalaron que, según el propio informe del Estado, la Fiscalía General de la Nación no había incorporado en el proceso de búsqueda e identificación de las personas desaparecidas el Protocolo de Naciones Unidas en lo relativo a la búsqueda e identificación de personas desaparecidas, ni tampoco mecanismos internos de búsqueda como el Plan Nacional de Búsqueda aprobado en febrero de 2007 por la Comisión de Búsqueda de personas desaparecidas, en la cual participó la propia Fiscalía General de la Nación, tal como había sido ordenado por la Corte en la Sentencia.</p>

AUTOEVALUACIÓN UNIDAD 2

Realice un cuadro comparativo entre los mecanismos de protección convencional y extra convencional de DDHH determinando sus similitudes y diferencias.

8. UNIDAD 3

Elementos Esenciales de DIH

8.1 OBJETIVO GENERAL DE LA UNIDAD

Estudiar y analizar las obligaciones del Estado Colombiano en materia de DIH contenidas en los principales instrumentos internacionales.

8.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS DE LA UNIDAD

- Analizar los instrumentos internacionales concernientes a las víctimas de conflictos armados y conducción de hostilidades.
- Estudiar lo concerniente a la comisión internacional de encuesta en asuntos humanitarios.

8.3 INTRODUCCIÓN

En la presente unidad se busca brindar un panorama general del DIH con base en el análisis de los instrumentos internacionales aplicables a los conflictos armados internos, esto es, el artículo 3º común a las Convenciones de Ginebra y el Protocolo II Facultativo a esas convenciones¹²⁶, para lo cual se abordará en primer lugar lo concerniente al artículo 3º común a las convenciones de Ginebra, una breve reseña sobre los principios que lo rigen y posteriormente se hará una pequeña descripción de las convenciones más relevantes en la materia.

Lo sucinto del desarrollo del DIH atiende a la necesidad de no incurrir en repeticiones innecesarias sobre temas que serán objeto de capacitaciones más profundas en la materia.

8.4 CARÁCTER ESENCIALMENTE CONSUECUDINARIO DEL DIH Y ARTÍCULO 3º COMÚN

En primer lugar es necesario establecer que, si bien el DIH se encuentra hoy en día positivizado en varios tratados internacionales, lo cierto es que para su aplicación a la totalidad de los Estados, no es necesario que estos hayan ratificado los instrumentos.

La Corte Internacional de Justicia, en su Opinión Consultiva sobre la legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares¹²⁷, determinó que el todo que conforma el derecho internacional de los conflictos armados, es decir, las regulaciones de La Haya y las Convenciones de Ginebra, constituyen costumbre internacional. También estableció, que sus disposiciones son normas intransgredibles de derecho internacional, y en esta medida, el espectro de aplicación se amplía para vincular a todos los Estados del mundo que no hayan demostrado una objeción persistente¹²⁸.

¹²⁶ Todos los instrumentos han sido ratificados por Colombia y la Corte Constitucional ha examinado favorablemente su constitucionalidad.

¹²⁷ Corte Internacional de Justicia, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 257, para. 79, en www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&k=e1&p3=4&case=95, consulta del 4 de mayo de 2009.

¹²⁸ Sin embargo, esta posibilidad se encuentra en duda en virtud del concepto de: "intransgressible norms".

8.5 DESCRIPCIÓN GENERAL DEL ARTÍCULO 3º COMÚN

Como bien lo señala el Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos (ACNUDH), el artículo 3º común es el único aplicable a los conflictos no internacionales, siempre que un acuerdo especial entre las partes no ponga total o parcialmente en vigor, para ambas partes, otras disposiciones convencionales¹²⁹.

El artículo 3º Común, como muchas otras normas del derecho internacional público en general y del DIH en particular, está contenido tanto en el derecho convencional como en el derecho consuetudinario¹³⁰. Esta característica hace posible su aplicación sin necesidad de verificar vínculos convencionales entre los Estados. De esta forma, un Estado que recién nace a la vida jurídica internacional, si bien no deberá respetar el principio de inmunidad de la población civil en virtud del derecho convencional, de todos modos estará obligado a hacerlo, por constituir dicho principio, al igual que todo el contenido del artículo 3º Común, parte del derecho consuetudinario.

A continuación se hace un análisis particular de los elementos más importantes que incluye el texto del artículo 3º Común:

“En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas partes Contratantes, cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

1. *Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable, basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo.*

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

- a) *Los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;*
 - b) *la toma de rehenes;*
 - c) *los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;*
2. *Las condenas dictadas y las ejecutadas sin previo aviso ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables para los pueblos civilizados.*

Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos.

Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer su servicio a las partes en conflicto. Además, 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.

La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las partes en Conflicto”.

¹²⁹ Valencia Villa, Alejandro (editor y compilador), *Compilación de Jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*, vols. I y III, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2007, Vol. III, p. 20.

¹³⁰ I.C.T.F.Y., Appeals Chamber, *The Prosecutor v. Dusko Tadic c/k/a “Dule”*, Decision of 2 October 1995, par. 98, p. 54.

8.5.1 Obligaciones para cada una de las partes

El artículo 3º Común da cuenta del progreso que en los últimos años ha tenido el derecho internacional público. En efecto, en etapas anteriores, se hubiera hecho imposible imaginar un acuerdo internacional obligando a partes no signatarias e incluso inexistentes. El artículo 3º Común de manera intencional se redacta para cubrir a todas las partes del conflicto, eliminando de esta forma, el principio de reciprocidad que limitaba la aplicación de los Convenios, al respeto que la otra parte tuviera de estos.

8.5.2 De las obligaciones en particular

Antes de empezar a estudiar cada una de las obligaciones contenidas en el artículo 3º común, es necesario aclarar que estas disposiciones representan mínimos obligatorios, es decir, constituyen un estándar que no permite reducción. Sin embargo, también es de aclarar que la cláusula "*como mínimo*", representa un estímulo para superar esas condiciones esenciales de cumplimiento.

8.5.2.1 Trato humano

La primera obligación que consagra el artículo 3º común es, además, el fundamento mismo de los 4 convenios de Ginebra y por eso consta en cada uno de esos instrumentos. No obstante, los convenios no definen en qué consiste un trato humano. Sin embargo, esta deficiencia es suplida con 4 prohibiciones absolutas que nos ayudan a entender, lo que no es un trato humano.

El artículo 3º común, señala como prohibidas "*en todo tiempo y lugar*" cuatro tipos de violaciones a DDHH. Las letras a) y c), establecen de manera intencional, una enumeración amplia y general que pretende no restringir los actos absolutamente prohibidos que afecten la vida, la integridad corporal y la dignidad humana.

Las letras b) y d), dan cuenta de acciones comunes en tiempos de guerra. Con respecto a estas, la toma de rehenes hace que la responsabilidad se vuelva colectiva y por ende, va en contra de los principios de justicia; las condenas proferidas afectando el derecho a un juicio justo tienen el mismo reproche pues incrementan en una medida insoportable, el riesgo de error judicial¹³¹.

8.5.2.2 Obligación de recoger y asistir a los heridos y enfermos

Al incluir esta obligación en cada uno de los Convenios de Ginebra, se expande a los civiles la protección que en algún tiempo sólo existió a favor de los heridos y enfermos de las fuerzas militares.

8.5.2.3 Del Comité Internacional de la Cruz Roja

El segundo párrafo de este numeral, representa en la esfera práctica de los conflictos armados internos, una posibilidad para los organismos internacionales no solo del CICR, de prestar asistencia humanitaria sin que esta sea considerada como una injerencia indebida en los asuntos internos de los Estados. No obstante, los Estados conservan aun su facultad soberana de rehusar dichos servicios.

¹³¹ Es importante aclarar, que con esta garantía únicamente se pretende acabar con la justicia sumaria, es decir, no se otorga ningún tipo de inmunidad a los actores del conflicto. Solo se pretende que las prácticas de la guerra, no dejen más víctimas de las que por su misma naturaleza esta origina. Por tanto, el Estado conserva incólume su derecho a enjuiciar, condenar y castigar a los infractores, desde luego, dentro de los límites de la ley.

8.5.2.4 Acuerdos especiales

El artículo 3º común, no puede entenderse como restrictiva de las obligaciones que en virtud del DIH, el Estado puede asumir. En efecto, cada parte es libre de declarar su intención de aplicar, además de las disposiciones del artículo 3º, cuantas más disposiciones de los convenios, como desee o considere necesarias.

8.5.2.5 La aplicación de las disposiciones no genera ningún efecto sobre el estatuto de las partes en el conflicto

Este apartado del artículo 3º común, tiene la particularidad de ser en pocas palabras, la causa eficiente de que se su contenido se hubiera votado favorablemente. En efecto, responde a la preocupación de los Estados, de verse mermados en su capacidad para combatir la insurrección en caso de guerra civil; asimismo, de que se le asignara unos simples insurgentes y bandidos la protección y poder que da el estatus de beligerancia.

El último apartado del artículo 3º común, da cuenta del objetivo esencialmente humanitario de los convenios de Ginebra y que bajo ninguna circunstancia buscan afectar los asuntos internos de los Estados¹³². Por tanto, el hecho de que un Gobierno legítimo aplique el artículo 3º común, no implica bajo ninguna circunstancia una aceptación o reconocimiento táctico del poder de su contrincante, como consecuencia, tampoco le implica una limitación a su capacidad como Gobierno legal, de reprimir por medios lícitos, los atentados contra el régimen.

El artículo opera de igual manera para los grupos insurrectos, para estos, el hecho de aplicar el artículo 3º común, no les asigna una protección especial ni un estatus jurídico diferente al que por su naturaleza tenga el grupo¹³³.

8.5.4 Instrumentos internacionales relevantes en materia de DIH

- Convenio I de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña
- Convenio II de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en el Mar
- Convenio III de Ginebra del 12 de agosto de 1949 Relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra
- Convenio IV de Ginebra del 12 de agosto de 1949 Relativo a la Protección Debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra

¹³² El ACNUDH ha expresado que el artículo 3º común, solo tiene por objeto el individuo y el trato físico debido a su condición de ser humano, independientemente de las otras calidades de las que está revestido, pero carece de efecto sobre el trato jurídico o político que puede acarrearle su comportamiento. Ver, Supra nota 8, p. 34.

¹³³ Para estos efectos, no importa la denominación que los integrantes le asignen al grupo insurreccional.

8.5.4.1 Convenio I de Ginebra del 12 agosto de 1949 para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña

Fue Aprobado el 12 de agosto de 1949 por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949 y entró en vigor el 21 de octubre de 1950. En Colombia el 8 de mayo de 1962. Fue Aprobado en Colombia mediante la Ley 5 de 1960 y ratificado el 8 de noviembre de 1961.

Este Convenio se aplica a los conflictos internacionales, es decir, los que surgen entre dos o más Estados. Su objetivo específico, es la protección en todo momento durante la campaña, de los enfermos y heridos de las fuerzas armadas.

Según el artículo 2º común a todos los Convenios de Ginebra, las disposiciones contenidas en estos, se aplicarán en todos los casos de guerra declarada o cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varios Estados y aunque una de las partes no reconozca el estado de guerra. Lo mismo ocurrirá en los casos de ocupación total o parcial del territorio de un Estado, aunque dicha ocupación no encuentre resistencia militar (art. 2º).

8.5.4.1.1 Ámbito de aplicación personal

Las disposiciones del Convenio se aplicaran a los náufragos, heridos y a los enfermos en el mar, siempre y cuando, se encuadren en alguna de las categorías del artículo 13¹³⁴.

El Convenio establece como garantías mínimas para las personas protegidas, un trato humano y libre de discriminación basada en cualquier criterio. Se prohíbe todo atentado contra la vida o acto de tortura en su contra, experimentos biológicos y privaciones deliberadas de la atención médica necesaria (art. 12).

Se prevé así mismo, la posibilidad de pactar acuerdos respecto de circunstancias que se quieren zanjar, siempre y cuando no perjudiquen la situación de los enfermos y heridos, ni de los náufragos, personal sanitario o religioso (art. 6º). Para estas personas, el Convenio establece de manera expresa, una prohibición para renunciar total o parcialmente a los derechos que les reconoce. Tampoco podrán renunciar a los derechos que se adquirieran en virtud de los acuerdos especiales ya mencionados (art. 7º).

El Convenio faculta de manera expresa al Comité Internacional de la Cruz Roja, o cualquier otro organismo humanitario imparcial, para tomar medidas encaminadas a la protección de los heridos y enfermos, náufragos, o de los miembros del personal sanitario o religioso (art. 9º).

8.5.4.2 Convenio II de Ginebra del 12 agosto de 1949 para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en el Mar

Fue aprobado el 12 de agosto de 1949 por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949 y entró en vigor el 21 de octubre de 1950 y en Colombia el 8 de mayo de 1962.

El convenio se aplica a los conflictos internacionales, es decir, los que surgen entre dos o más Estados. Su objetivo específico, es la protección de los náufragos, los enfermos y los heridos en el mar¹³⁵.

¹³⁴ Buscar en, http://www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/q_genev2_sp.htm

¹³⁵ No se hará referencia a los puntos ya tratados con ocasión del análisis del Convenio I.

El convenio establece que a los heridos, enfermos y náufragos de un beligerante que estén en poder del adversario, se les aplicará el estatuto de prisioneros de guerra. En estos casos, el respectivo captor deberá decidir, según las circunstancias, retenerlos o enviarlos a un puerto de su país de origen, de un Estado neutral o incluso a un puerto adversario. En este último caso, una vez devueltos a su país, no podrán volver a participar en las hostilidades (art. 16).

8.5.4.2.1 Ámbito de aplicación

Las disposiciones del convenio serán aplicables a todo naufragio sin importar las circunstancias en que se produzca, se incluyen, el amaraje forzoso o la caída en el mar (art. 12).

En general, el Convenio II reproduce las disposiciones del Convenio I, incluyendo las disposiciones necesarias para dar cumplimiento a su objeto específico¹³⁶.

8.5.4.3 Convenio III de Ginebra del 12 agosto de 1949 Relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra

Fue aprobado el 12 de agosto de 1949 por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949 y entró en vigor el 21 de octubre de 1950 y para Colombia el 8 de mayo de 1962.

El Convenio tiene como objetivo proteger a un grupo específico de personas: los prisioneros de guerra. Con respecto a estos, existe una obligación permanente de trato humano (art. 13), igualmente la de respetar en todo momento los derechos al respeto de su persona y honor (art. 14). Se considera infracciones graves al convenio los actos u omisiones que comporten la muerte del capturado o que pongan en grave peligro su salud.

Se establece así mismo, la prohibición para los prisioneros de guerra, de renunciar en todo o en parte a los derechos consagrados por el convenio o en virtud de los acuerdos especiales del artículo 6º (art. 7º).

8.5.4.3.1 Prisionero de guerra

Serán prisioneros de guerra según el Convenio, todos los combatientes que caigan en manos del enemigo. Por tanto, se protegen las siguientes categorías de personas:

- Miembros de las fuerzas armadas de una parte en conflicto, incluyéndose, los miembros de las milicias y los cuerpos de voluntarios de esas fuerzas armadas.
- Los miembros de otras milicias o cuerpos de voluntarios, incluyendo movimientos de resistencia organizados, siempre y cuando estén subordinados a un mando responsable, porten de manera permanente signos distintivos, lleven las armas a la vista y dirijan sus actuaciones conforme a las costumbres y leyes de la guerra.
- La población de un territorio no ocupado, que al acercarse el enemigo, haya tomado espontáneamente las armas para combatir las tropas invasoras sin poder constituirse en fuerzas regulares. Todo lo anterior, siempre que porten las armas a la vista y dirijan sus actuaciones conforme a las leyes y costumbres de la guerra¹³⁷.

¹³⁶ El cuerpo del convenio en, www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/q_genev2_sp.htm

¹³⁷ Para ver el listado completo de categorías, www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/91_sp.htm

Las personas mencionadas, gozarán de la protección que brinda el convenio, desde que sean capturadas y hasta que sean liberadas o repatriadas de forma definitiva. Para efectos de conceder el estatus de prisionero de guerra, de existir duda respecto de la calidad de beligerante, este deberá concederse a esperas de que un tribunal declare lo contrario (art. 5º).

8.5.4.4 Convenio IV de Ginebra del 12 agosto de 1949 Relativo a la Protección Debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra

Aprobado el 12 de agosto de 1949 por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949 y entró en vigor el 21 de octubre de 1950 y para Colombia el 8 de mayo de 1962.

El Convenio IV tiene como objeto proteger a las personas que sin participar directamente en la hostilidades, en cualquier momento y circunstancia, estén, en caso de conflicto o de ocupación, en poder de una Parte en conflicto o de una potencia Ocupante de la cual no sean súbditas (art. 4º).

Para las personas protegidas se reconoce el derecho en toda circunstancia, a que su persona, su honor, sus derechos familiares, sus convicciones y prácticas religiosas, sus hábitos y sus costumbres sean respetados. Siempre serán tratadas con humanidad y protegidas especialmente contra cualquier acto de violencia o de intimidación. Todo lo anterior, sin distinción de ningún tipo basada en el género, sexo, color, religión o cualquier otra índole (art. 27).

Para las personas que por la naturaleza de sus actos, se encuentren por fuera de la protección del Convenio IV, se reconoce en todo tiempo y lugar, el derecho a ser tratados con humanidad y en caso de ser colocadas ante instancias penales, a gozar de un juicio justo (art. 5º).

Estas personas no podrán bajo ninguna circunstancia, renunciar parcial o totalmente a los derechos consagrados en el Convenio o en los acuerdos especiales del artículo 6º (art. 8º).

8.5.4.4.1 Protección especial

El Convenio IV protege de manera especial a los heridos y los enfermos, así como a los inválidos, las mujeres encintas y lo niños (art. 16). Con respecto a ellos, se motiva a las partes para concertar acuerdos para lograr su evacuación desde las zonas sitiadas o cercadas (art. 17). Por las mismas razones, se encuentran absolutamente prohibidos los ataques contra hospitales civiles, siempre y cuando, estos se utilicen únicamente para labores humanitarias. De todos modos, en caso de que un hospital civil sea utilizado con fines militares, deberán llevarse a cabo actos de intimidación que brinden un plazo razonable, antes de iniciar cualquier ataque (arts. 18-19).

Igual protección que los hospitales, tendrán los vehículos terrestres o marítimos empleados para trasladar heridos y enfermos civiles. De todos modos deberán utilizar el emblema distintivo del que habla el artículo 38 del Convenio I (art. 21).

8.5.4.4.2 Responsabilidad general del Estado

El Convenio IV establece de manera expresa que los Estados en conflicto, en cuyo poder se encuentren personas protegidas, serán responsables del trato que les den sus agentes, sin perjuicio de las responsabilidades individuales en que pudieran incurrir (art. 29).

8.5.4.4.3 Ámbito de aplicación temporal

El Convenio IV será aplicable desde el inicio del conflicto u ocupación y hasta que se verifique el cese general de las operaciones militares. Sin embargo, en caso de ocupación, la protección terminará un año después del cese general de las actividades militares (art. 6°).

Se dejan por fuera de la protección del Convenio IV, a las personas sobre las cuales existan serias sospechas, o esté comprobado, que desarrollan actividades que ponen en peligro la seguridad del Estado. Lo mismo ocurre con personas que en territorio ocupado, sean capturadas llevando a cabo actos de espionaje o sabotaje, para estas, incluso los derechos de comunicación podrán ser privados cuando la seguridad militar lo requiera necesariamente (art. 5°).

AUTO EVALUACIÓN

Realice un mapa conceptual de los principios que informan el artículo 3° Común, enunciado anteriormente, y de los elementos más importantes de los instrumentos de DIH desarrollados en la presente unidad.

9. Bibliografía general del módulo

Botero, Catalina y Guzmán, Diana, *Guía práctica del sistema internacional de protección de los derechos humanos*, De Justicia, Bogotá, 2007.

Cançado, Antonio Augusto, *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2003.

Cappelaere, Geert, *Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil*. Washington, ONU, Instituto Interamericano del Niño, s.f., en www.iin.oea.org/cad_RIAD.pdf, consulta del 25 de mayo de 2009.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-358/ 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-820/ 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Comité DESC, documento HRI/GEN/I/Rev.9 (Vol.II) p. 61 y E/1999/22.

Comité DH 13º período de sesiones (1981) Observación general Nº 5 Suspensión de las obligaciones (artículo 4) HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I) P. 171.

Corte Interamericana de DDHH caso Blake, sentencia de reparaciones del 22 de enero de 1999.

Corte Interamericana de DDHH caso Loaiza Tamayo, sentencia de reparaciones del 27 de noviembre de 1998.

Corte Interamericana de DDHH, caso Godínez Cruz, sentencia del 20 de enero de 1989.

Corte Interamericana de DDHH, caso Velásquez Rodríguez v. Honduras, sentencia de 21 de julio de 1989.

Corte Internacional de Justicia, *Caso personal Diplomático y consular en Teherán*, 1984.

Corte Internacional de Justicia, *Caso canal de Corfú*, fondo, 1949.

Corte Internacional de Justicia, *Caso Intercalen*, 1959.

Corte Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, Cámara de Apelaciones *Te Prosecutor v. Dusko Tadic c/k/a "Dule"*, Decisión de octubre 2 1995, par. 98, p. 54.

Gros, Héctor. "Una reflexión sobre el sistema regional americano de protección de los DDHH" En *Derechos Humanos: Corte Interamericana. Opiniones Consultivas*, ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2000.

Henckaerts, Jean-Marie. "Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario: una contribución a la comprensión y al respeto del derecho de los conflictos armados", *Separata de la Revista Internacional de la Cruz Roja*, 2005, (volumen 87, número 857).

Jiménez de Arechaga, Eduardo, *"El Derecho Internacional Contemporáneo"*, Tecnos, Madrid, 1980.

Marzal, Antonio, *El Núcleo duro de los DDHH*, Editorial Bosch, ESADE Facultad de Derecho, Madrid, 2000.

Naciones Unidas, Comité DH, informe de Estados Unidos, A/50/40, par. 282 (1995), en *Derecho Internacional de los DDHH, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para la Protección de los DDHH*.

Naciones Unidas, Comité DH, Observación General N° 6 de 16° período de sesiones (1982) sobre el Derecho a la vida (artículo 6°), p. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I) p. 209.

Nieto Navia, Rafael y Nieto Loaiza, María Teresa, *Colombia y el sistema de interamericano de protección de los DDHH y la Corte penal internacional*, Agencia de Cooperación Alemana para el Desarrollo GTZ y el Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, 2007.

O'Donnell, Daniel, *Derecho internacional de los derechos humanos normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2004.

Pastor Ridruejo, José A, *Curso de derecho Internacional Público y Obligaciones Internacionales*, Tecnos, Madrid, 2003.

Qwigley, John, "U.S. Ratification of the Convention on the Rights of the Child", *St. Louis University Public Law Review*, 2003, N° 403.

Rodríguez Pinzón, Diego, *La dimensión internacional de los derechos humanos guía para la aplicación de normas internacionales en el derecho interno*, Ed. BID, Washington, 1999.

Steiner, Henry J., Alston, Philip., Goodman, Ryan, *International Human Rights in Context*, Oxford University Press, Oxford Third Edition, 2008.

Uprimny Yepes, Rodrigo, *Módulo de formación auto dirigida en derechos humanos y derecho internacional humanitario*, Ed. Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, 2006.

Valencia Villa, Alejandro (editor y compilador), *Compilación de Jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*, vols. I y III, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2007.

Valencia Villa, Alejandro (editor), *Compilación de instrumentos internacionales derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional*, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2007.

Valencia Villa, Alejandro, *Derecho internacional humanitario conceptos básicos: infracciones con el conflicto armado colombiano*, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2007.

Villán Durán, Carlos. *Curso de derecho internacional de DDHH*, Trotta, Madrid, 2004.

Concepto y normatividad en derecho internacional humanitario y su aplicación al caso colombiano



Libertad y Orden

Vicepresidencia
República de Colombia



**Koninkrijk
der Nederlanden**



UNIVERSIDAD DEL ROSARIO
Acreditación institucional de alta calidad
Ministerio de Educación Nacional



ideamérica

Instituto para la Democracia,
el Desarrollo
y los Derechos Humanos en América Latina.

Contenido

	PÁG.	
1.	PRESENTACIÓN	125
2.	SINOPSIS LABORAL Y PROFESIONAL DE LOS AUTORES	126
3.	JUSTIFICACIÓN	126
4.	OBJETIVOS GENERALES DEL MÓDULO	127
5.	OBJETIVOS ESPECÍFICOS DEL MÓDULO	127
6.	UNIDAD 1: MARCO JURÍDICO GENERAL RELACIONADO CON EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO	128
6.1.	Objetivos generales de la unidad	128
6.2.	Objetivos específicos de la unidad	128
6.3.	Definición y objeto del derecho internacional humanitario	129
6.4.	Ámbito de aplicación del DIH	130
6.5.	Fuentes del Derecho Internacional Humanitario	132
6.5.1.	Derecho consuetudinario	132
6.5.2.	Tratados internacionales en materia de DIH	133
6.5.3.	Cuadro 1 Marco normativo convencional en materia de DIH	134
6.5.4.	Ámbito de aplicación del marco normativo referenciado en materia de DIH	135
6.6.	El Derecho Internacional humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos	137
6.6.1.	Principales diferencias entre el DIH y DIDH	137
6.6.2.	Interrogantes planteados por la aplicación simultánea de estos dos ordenamientos jurídicos en los casos de conflictos armados internos	139
6.6.3.	Gráficas nociones fundamentales en materia de DIH	141
6.7.	Autoevaluación	142
7.	UNIDAD 2 NORMATIVIDAD EN MATERIA DE DIH QUE REGULA LA CALIFICACIÓN DE UNA VIOLENCIA INTERNA COMO UN CONFLICTO ARMADO NO INTERNACIONAL	144
7.1.	Objetivo general de la unidad	144
7.2.	Objetivos específicos de la unidad	144
7.3.	Importancia del estudio de la noción de conflicto armado no internacional	145
7.4.	Noción de conflicto armado no internacional en el artículo 3º común a los cuatro convenios de Ginebra de 1949	145
7.5.	Noción de conflicto armado no internacional en el Protocolo Adicional II a los convenios de Ginebra	146
7.6.	Noción del conflicto armado no internacional en la Jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales	148
7.7.	Noción de conflicto armado en el Estatuto de Roma	150

7.7.1.	Comparación de las normativas internacionales en materia de DIH que establecen los requisitos para la existencia de un conflicto armado no internacional	151
7.7.2.	Cuadro 2: comparativo de la noción de conflicto interno en los instrumentos internacionales en materia de DIH	152
7.8.	Aplicación al caso colombiano	153
7.8.1.	Aspectos considerados por la Corte Constitucional relacionados con la definición de conflicto armado no internacional	153
7.8.2.	Derecho Internacional Humanitario y bloque de constitucionalidad	156
7.8.3.	Reconocimiento del conflicto armado interno a nivel de la normatividad y la jurisprudencia colombiana	159
7.8.4.	Aspectos de interés para el caso colombiano: conflicto armado y terrorismo	162
7.8.5.	Autoevaluación	162
8.	UNIDAD 3 VÍNCULO ENTRE LA CONDUCTA VIOLATORIA DEL DIH Y LA SITUACIÓN DE CONFLICTO ARMADO INTERNO	167
8.1.	Objetivo general de la unidad	167
8.2.	Objetivos específicos de la unidad	167
8.3.	Conducta “con ocasión y en desarrollo de conflicto armado”	167
8.3.1.	Se trata de un elemento normativo – jurídico del tipo penal	167
8.3.2.	El delito debe cometerse no solamente con ocasión, sino que además debe sumarse el que sea recorrido el tipo penal en desarrollo de una situación de orden público calificable como conflicto armado.	168
8.3.3.	Desde el punto de vista de la activación del cuerpo normativo constitutivo del DIH, es decir, desde la perspectiva <i>Ratione Temporis</i> , las violaciones graves en su contra solamente pueden presentarse cuando se dé el supuesto de hecho consistente en la existencia de conflicto armado	170
8.3.4.	En el Código Penal colombiano no existe distinción entre los delitos que atentan contra las personas y bienes protegidos por el DIH según se trate de conductas que solamente puedan presentarse en situación de conflicto armado internacional o no internacional. Esto es, estas conductas pueden presentarse tanto en conflicto armado de carácter internacional, como interno	170
8.3.5.	Cuando se trata de conflicto armado interno, las normas del DIH se activan para todo el territorio nacional del Estado y no solamente para aquellas partes del territorio en el cual se presentan los combates o las hostilidades	170
8.4.	Diferencias entre el concepto de conflicto armado y otras figuras similares. beligerancia, tensiones internas y disturbios interiores	172
8.4.1.	Tensiones internas y disturbios interiores	172
8.4.2.	Reconocimiento de beligerancia	174
8.5.	Autoevaluación	179
9.	Bibliografía del módulo	180

1. PRESENTACIÓN

En Colombia, la existencia de una situación de violencia interna prolongada en la que han participado distintos grupos armados al margen de la ley, ha generado la necesidad de fortalecer el estudio de los conceptos relacionados con el derecho internacional humanitario, que si bien en este módulo han sido denominados básicos o fundamentales, generan importantes cuestionamientos en el momento de aplicarlos a estos contextos.

Este módulo, que hace parte de la estrategia desarrollada por el Proyecto de Lucha Contra la Impunidad del Programa Presidencial de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, pretende en primer lugar abordar el estudio de temas básicos en esta última materia, para luego estudiar los interrogantes que se pueden generar en el momento de aplicar estos aspectos en situaciones como la colombiana.

De tal forma, que quienes participan en el proceso de investigación, juzgamiento y sanción de las infracciones al derecho internacional humanitario identifiquen criterios que les permitan abordar interrogantes como: ¿A qué situaciones de violencia interna se les aplica el derecho internacional humanitario? ¿Cómo caracterizar una situación de violencia armada interna como un conflicto armado? ¿Cuáles son las características de este ordenamiento jurídico? ¿Cuál es el ámbito temporal y territorial de aplicación del derecho internacional humanitario, en situaciones en las que existen zonas del territorio de alta intensidad de violencia y zonas de normalidad? ¿En qué se diferencian el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos? ¿Cuál es el ámbito de aplicación de estos dos ordenamientos jurídicos en los conflictos armados internos?

Para el estudio de estos interrogantes este módulo está integrado por tres unidades. En la primera Unidad denominada *Marco jurídico internacional del derecho internacional humanitario*, se aborda el estudio de aspectos como: definición, ámbito de aplicación, fuentes de este ordenamiento jurídico, entre otros aspectos. Al final de esta unidad se analiza la temática relacionada con las similitudes y diferencias entre el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, así como los interrogantes relacionados con la aplicación de estos dos ordenamientos jurídicos en los conflictos armados internos.

En la segunda unidad, *normatividad en materia de derecho internacional humanitario que regula la calificación de una violencia interna como un conflicto armado no internacional*, se analizan las disposiciones en materia de derecho internacional humanitario que permiten calificar o catalogar una situación de violencia interna como un conflicto armado no internacional. Se busca que las operadoras u operadores jurídicos identifiquen los criterios de carácter normativo a partir de los cuales deben valorar la situación de violencia en la que se desarrollan los hechos que son puestos bajo su estudio y determinar si es posible que estos constituyan una infracción al derecho internacional humanitario. Para ello, el primer supuesto que se debe analizar es si tal situación de violencia interna puede ser catalogada como conflicto armado dado que es esta situación fáctica el eje para que se pueda hablar de infracciones a este ordenamiento.

En esta unidad también se hará un análisis de las situaciones en las que en un conflicto armado alguna de las partes realiza actos terroristas. A pesar de la polémica que se ha generado en los últimos tiempos en torno a este, en esta unidad se busca estudiar los criterios normativos que permitan resolver los interrogantes relacionados con el desarrollo de actos terroristas como método de combate.

La tercera unidad de este módulo denominada *vínculo entre la conducta violatoria del derecho internacional humanitario y la situación de conflicto armado interno*, aborda un aspecto fundamental para la investigación y juzgamiento de las infracciones a este ordenamiento jurídico tanto en materia penal como disciplinaria, esto es, el alcance que debe tener la conexión entre la conducta que presuntamente constituye una infracción el derecho internacional humanitario y la situación de conflicto armado. En este sentido, se pretende que quienes participan en los procesos de investigación, juzgamiento y sanción de las infracciones al derecho internacional humanitario identifiquen criterios de carácter jurídico que les permitan establecer cuándo existe o no esta conexión y con base en ello definir si se trata de una infracción a este ordenamiento.

En el proceso de lucha contra la impunidad en el orden interno y específicamente en el caso de las infracciones al derecho internacional humanitario, el estudio de los aspectos fundamentales de esta normativa y el análisis de los interrogantes relacionados con su aplicación en el caso de los conflictos armados internos, son un elemento fundamental para la operadora y el operador jurídico dado que les permite desarrollar criterios de carácter normativo para identificar cuándo se está frente a una infracción al derecho internacional humanitario de forma independiente a las discusiones políticas que en torno al tema se presenten.

2. SINOPSIS LABORAL Y PROFESIONAL DE LOS AUTORES

JEAN CARLO MEJÍA AZUERO

Abogado MCL. ha sido Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada. Presidente de la asociación colombiana de facultades de Derecho (ACOFADE); Candidato a Ph'D en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Docente investigador en Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario, Derecho Penal Internacional y Derecho internacional penal. Con estudios en defensa jurídica del Estado de la Universidad de Salamanca, formador de formadores en técnicas de juicio oral para la Agencia de los Estados Unidos de América para el Desarrollo Internacional (United States Agency for International Development – USAID).

JUAN VALCARCEL TORRES

Abogado de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia, candidato a Magíster en Derecho Penal de la Universidad Santo Tomás en convenio con la Universidad de Salamanca. Investigador, Docente y Jefe del Área Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada.

ADRIANA CÁRDENAS MISERQUE

Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana, con conocimientos en victimología y antropología del conflicto. Es consultora del Instituto para la democracia, el desarrollo y los derechos humanos en América Latina – IDEAMERICA- en programas de capacitación dirigidos a las fuerzas militares en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario.

Este módulo contó con la colaboración de **Diana Prado** estudiante de la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

3. JUSTIFICACIÓN

Este módulo busca fortalecer los conocimientos en materia de derecho internacional humanitario, de tal forma que se cuente con una herramienta que ayude en la investigación, el juzgamiento y la sanción de las infracciones a esta normatividad. Para esto el presente trabajo abordará tres interrogantes que se presentan a continuación:

¿Qué es el derecho internacional humanitario y cómo se relaciona con el derecho internacional de los derechos humanos, en los casos de conflictos armados internos? Este primer cuestionamiento será tratado en la unidad *Marco jurídico general relacionado con el derecho Internacional Humanitario*. Si bien este aparte del módulo aborda temas considerados como básicos que van desde definición, marco normativo, ámbito de aplicación, entre otros aspectos, la realidad colombiana muestra que lo que en el campo teórico puede ser de fácil comprensión, su aplicación práctica no es sencilla. Es por ello que en esta unidad se estudiarán los conceptos que fundamentan esta rama del derecho internacional público, sus principales características y los criterios para identificar cuándo es procedente su aplicación en los casos de conflictos armados no internacionales en los que operan simultáneamente el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno.

Así el estudio de las características del derecho internacional humanitario permitirá en primer lugar valorar una conducta que presuntamente constituye una infracción al mismo de acuerdo con la naturaleza y finalidad de este ordenamiento y, en segundo lugar, otorgará criterios para analizar si una situación fáctica constituye o no una infracción a esta normatividad.

El segundo interrogante que desarrolla este módulo se relaciona con la aplicación del derecho internacional humanitario en el caso de los conflictos armados que no tienen carácter internacional, a saber: *¿Cuándo una situación de violencia interna puede considerarse como un conflicto armado intraestatal?* Este cuestionamiento es fundamental para la aplicación de este ordenamiento y por lo tanto para la investigación, juzgamiento y la sanción de las presuntas violaciones al mismo. Si no existe claridad respecto de si trata de una situación de violencia que puede catalogarse como conflicto armado interno de acuerdo con el derecho internacional humanitario, no se podrá entonces identificar si un conjunto de hechos constituyen una infracción a esta normativa. Esta será la problemática que se analizará en la segunda unidad: *Normatividad en materia de derecho internacional humanitario que regula la calificación de una situación de violencia interna como un conflicto armado no internacional.*

En este sentido, se estudian los instrumentos jurídicos internacionales que definen un “conflicto armado no internacional”, de tal forma que se cuenten con los criterios normativos para calificar una situación de violencia como un conflicto armado interno. El estudio de los criterios definidos en la normatividad internacional se ve fortalecido por el análisis que se realiza en la unidad de la jurisprudencia internacional y nacional que ha tratado el tema, así como de aspectos relacionados con la temática de terrorismo y conflicto armado.

Por último, el módulo desarrolla un tercer interrogante: *¿Cuál es la conexión que debe existir entre una conducta y el conflicto armado, para que esta pueda considerarse una infracción al derecho internacional humanitario?* Este aspecto es complementario a los temas abordados en la segunda unidad, de tal forma que la operadora y el operador jurídico cuenten con criterios que les permitan: (i) valorar si una situación de violencia interna puede calificarse como un conflicto armado y (ii) identificar si existe conexión entre una conducta que presuntamente infringe el derecho internacional humanitario con el conflicto armado.

4. OBJETIVOS GENERALES DEL MÓDULO

- Estudiar las principales características del Derecho Internacional Humanitario¹.
- Identificar el ámbito de aplicación de DIH.

5. OBJETIVOS ESPECÍFICOS DEL MÓDULO

- Estudiar los aspectos fundamentales relacionados con el DIH.
- Reforzar los conceptos relacionados con el DIH y su diferenciación con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos².
- Identificar los aspectos relacionados con las condiciones exigidas por la normatividad internacional para la aplicación del DIH en los conflictos armados no internacionales.
- Estudiar lo relacionado con la conexión que debe existir entre la conducta que presuntamente constituye una infracción al DIH y la situación de conflicto armado.

¹ En adelante DIH.
² En adelante DIDH.

6. UNIDAD 1

Marco Jurídico General Relacionado con el Derecho Internacional Humanitario.

6.1. Objetivos generales de la unidad

- Estudiar los aspectos fundamentales relacionados con el DIH.
- Reforzar los conceptos relacionados con la noción de DIH y su diferenciación con el DIDH

6.2. Objetivos específicos de la unidad

- Identificar el concepto del DIH.
- Identificar la normatividad internacional relacionada con el DIH.
- Identificar las relaciones y diferencias que existen entre el DIH y el DIDH.

Caso relacionado con la aplicación de los conceptos fundamentales del DIH.

Esta unidad abordará el estudio de los siguientes interrogantes ¿qué es el DIH? ¿qué normas lo integran? ¿cuál es su ámbito de aplicación? y ¿en qué se diferencia con el DIDH? estas temáticas que han sido denominadas básicas o fundamentales, no son de fácil aplicación a la realidad colombiana. Por ello antes del estudio de los temas descritos se propone la lectura de los hechos relacionados con la explosión ocurrida en la Escuela Superior de Guerra (cantón del norte –Bogotá) y la resolución de las preguntas que proponen al final del mismo:

El jueves 19 de octubre del año 2006, en horas de la mañana en el Cantón del Norte (Bogotá) ocurrió una explosión como consecuencia de una camioneta bomba. 23 personas resultaron heridas a causa de la explosión. 11 de estas eran estudiantes de la Universidad Militar y 7 militares³. También resultaron afectados psicológicamente los niños del Colegio Patria.

La revisión de las cámaras muestra a un hombre vestido con el uniforme de la Armada Nacional que entra al lugar del atentado hacia las 6:00 a.m.⁴. La camioneta ingresó al parqueadero de la Escuela Superior de Guerra y se ubicó aproximadamente a tres metros de las primeras aulas de la Universidad Militar Nueva Granada, a unos doscientos metros del Colegio Patria, a setecientos metros de la catedral castrense y a unos quinientos metros de edificios civiles.

El carro utilizado en el ataque llevaba 60 kilos de un explosivo granulado denominado R-1 que iba cubierto de papel aluminio para dificultar que perros entrenados lo detectaran. Este fue activado por temporizador⁵.

5 vehículos resultaron afectados por la explosión del carro bomba al interior de la Universidad Militar. Destruyó los cristales de la fachada de los edificios de oficinas y aulas⁶. El daño producido se estima en 171.000 dólares.

³ Reporte de RCN, “Los interrogantes que deja el atentado en Bogotá”, en El País, Colombia, 2006, en <http://www.elpais.com.co/paisonline/notas/Octubre192006/atentado.html> consulta del 18 de junio de 2009.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Lastra, Javier. “Proyecto de acuerdo No. 609 DE 2008”. En Concejo de Bogotá, Colombia, 2008, en http://www.gobiernobogota.gov.co/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=388&Itemid=46, consulta 18 de junio de 2009.

⁶ *Ibidem*.

Por estos hechos se vinculó al proceso de investigación iniciado por la Fiscalía a Marilú Ramírez Vaquero, dado que de las pruebas recolectadas en el proceso se le considera como presunta autora material de la explosión ocurrida en la Escuela Superior de Guerra (Cantón Norte)⁷.

Esta mujer señalada como integrante de los escuadrones mimetizados que tenía en Bogotá las Farc. Su vinculación se produjo por los datos encontrados en el computador de un miembro de esta organización "Carlos Antonio Lozada", quien fue gravemente herido en una acción del Ejército⁸.

Marilú Ramírez fue estudiante del exclusivo Curso Integral de Defensa Nacional (Cidenal) del 2005, había sido jefa de prensa de la cárcel de máxima seguridad de La Dorada (Caldas) y cursaba segundo semestre de derecho en la Universidad Militar Nueva Granada.

De acuerdo con los hechos planteados, considere y responda los siguientes interrogantes. Si tiene duda respecto de los criterios para responder estas preguntas anótelas e intente resolverlas cuando haya finalizado el estudio del módulo.

- a. ¿Encaja la situación fáctica descrita dentro del ámbito de aplicación del DIH? ¿Por qué?
- b. En caso que su respuesta sea afirmativa ¿Cuál sería la normatividad en materia de DIH aplicable?
- c. Los hechos ocurridos fueron denominados actos terroristas, ¿tal denominación permite excluir la aplicación del DIH a los hechos narrados?
- d. Además de la responsabilidad penal interna que le corresponde a quienes planearon y realizaron el atentado, ¿es posible afirmar que el grupo responsable de los hechos ocurridos infringió el DIH?

6.3. Definición y objeto del derecho internacional humanitario

Antes de hacer referencia a la definición del DIH, debe resaltarse que esta expresión como se conoce hoy día es relativamente reciente⁹. Tradicionalmente, la doctrina ha distinguido entre el "derecho humanitario", previsto en los convenios de Ginebra y el derecho de la guerra contenido en las convenciones de La Haya¹⁰. Sin embargo, el DIH comprende hoy en día estos dos cuerpos normativos¹¹.

Hecha esta aclaración, el DIH se define como una rama del derecho internacional público, que tiene como propósito general limitar los efectos generados por las confrontaciones armadas¹². Esta normatividad no pretende eliminar completamente los

⁷ Vease: El Espectador, Mindefensa lamenta fallo a favor de 'infiltrada' de las FARC, en El Espectador, Colombia, 2006, en: <http://74.125.47.132/search?q=cache:PkzdZ2RhGKEJ:www.elespectador.com/noticias/judicial/articulo96051-mindefensa-lamenta-fallo-favor-de-infiltrada-de-FARC+FARC+%2B+CARRO+BOMBA+DEL+CANTON+NORTE&cd=12&hl=es&ct=clnk&gl=co> consulta del 18 de junio de 2009

⁸ Semana, "Uribe afirma que la historia le dio la razón al señalar a las FARC de la autoría del carro bomba a la Escuela Superior de Guerra", en Semana.com, Colombia, 2007, en <http://www.semana.com/noticias-on-line/uribe-afirma-historia-dio-razon-senalar-FARC-autoria-del-carro-bomba-escuela-superior-guerra/107695.aspx>, consulta de 18 de junio de 2009.

⁹ Nieto Navia Rafael, "Derecho imperativo internacional, derecho internacional humanitario y bloque de constitucionalidad", en Abello Galvis, Ricardo (ed. académico), Derecho internacional contemporáneo: lo público, lo privado, los derechos humanos, Liber Amicorum en homenaje a Germán Cavalier, Universidad del Rosario, Bogotá, 2006, p. 63.

¹⁰ En estricto sentido Derecho internacional de los conflictos armados – DICA-.

¹¹ Mejía Azuero, Jean Carlo, La Corte penal internacional y la fuerzas armadas de Colombia, una mirada desde la trincheras, Biblioteca jurídica DIKE, Medellín, 2006, p. 90.

¹² Comité Internacional de la Cruz Roja, What is International Humanitarian Law? 2004, en [http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/humanitarian-law-factsheet/\\$File/What_is_IHL.pdf](http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/humanitarian-law-factsheet/$File/What_is_IHL.pdf), consultada el 10 de junio de 2009.

efectos que provocan las situaciones de violencia, sino restringirlos, de tal forma que exista un mínimo de protección a la dignidad del ser humano¹³.

De manera más específica las normas que componen el DIH pretenden la protección de quienes no participan o han dejado de participar en la confrontación armada y restringen los medios y los métodos de guerra¹⁴. Igualmente, busca la protección de aquellos que participan en estas a través de las normas que rigen la conducción de hostilidades.

6.4. Ámbito de aplicación del DIH

El DIH es aplicable a situaciones de violencia que puedan calificarse como un conflicto armado de acuerdo con la normatividad relacionada con la materia. Desde el punto de vista jurídico estos conflictos se dividen en¹⁵: (i) conflictos armados internacionales y (ii) conflictos armados no internacionales¹⁶.

Las fuentes normativas básicas que describen las situaciones de violencia que se pueden calificar con un conflicto armado son:

- a. *El artículo 2º común de las cuatro convenciones de Ginebra de 1949 referente a los conflictos armados internacionales*¹⁷. Este artículo establece que estos convenios “se aplicarán en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias altas partes contratantes, aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra y en los casos de ocupación total o parcial del territorio de una alta parte contratante”.

El Comité Internacional de la Cruz Roja¹⁸ describió como elementos de la definición de un conflicto armado con carácter internacional los siguientes¹⁹.

- Es un conflicto entre Estados.
 - Ocurre desde que uno o más Estados recurren a la fuerza armada, sin tener en cuenta las razones o intensidad del enfrentamiento.
 - Las normas pertinentes del DIH pueden ser aplicables incluso si no hay hostilidades abiertas.
 - No hace falta que se haga oficialmente una declaración de guerra o un reconocimiento de la situación.
- b. *El artículo 3º común de los cuatro convenios de Ginebra de 1949 referente a los conflictos armados no internacionales*. Esta norma define que “en caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las

¹³ La regulación jurídica de la “guerra” no deja de suscitar inquietudes relacionadas con la aplicación efectiva de la normatividad relacionada con el tema a esta situación fáctica. Es por ello que algunos autores afirman que “el DIH no se instituyó para humanizar la guerra, ya que al ser por sí la guerra misma la negociación misma de todo principio de humanidad, no hay nadie que la humanice. El DIH se instituyó para humanizar al comandante, que es quien toma las decisiones, y quien de imbuir de este principio a su estado mayor y a los hombres de sus unidades subordinas. Javier Guisández Gómez “El principio de proporcionalidad y los daños colaterales, un enfoque pragmático”, Prieto Sanjuan, Rafael (editor académico), Conducción de hostilidades y el derecho internacional humanitario a propósito del centenario de los convenios de La Haya Bogotá D.C., Colombia. Ed. Biblioteca Jurídica DIKE 2007, p. 237.

¹⁴ Comité Internacional de la Cruz Roja, What is International Humanitarian Law?, op cit.

¹⁵ Comité Internacional de la Cruz Roja. ¿Cuál es la definición de “conflicto armado” según el derecho internacional humanitario? Documento de opinión, CICR, 2008, p. 1.

¹⁶ Recientemente se ha hecho referencia a los conflictos armados internacionalizados, sin embargo el CICR destaca que “Desde el punto de vista jurídico, no existe ningún otro tipo de conflicto armado. Sin embargo, es importante poner de relieve que una situación puede evolucionar de un tipo de conflicto armado a otro, según los hechos que ocurran en un momento dado. Comité Internacional de la Cruz Roja. ¿Cuál es la definición de “conflicto armado” según el derecho internacional humanitario? op cit, p. 1.

¹⁷ Protocolo Adicional I a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949, <http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/html/protocolo-II>, consulta del 10 de julio de 2009.

¹⁸ En adelante CICR.

¹⁹ Comité Internacional de la Cruz Roja. ¿Cuál es la definición de “conflicto armado” según el derecho internacional humanitario?.op cit, p1.

Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo”, las disposiciones contenidas en el mismo.

El CICR consideró que “*para hacer una distinción entre un conflicto armado en el sentido del artículo 3º común y formas menos graves de violencia, como las tensiones y los disturbios internos, los motines o los actos de bandidaje, la situación debe alcanzar cierto umbral de enfrentamiento*”²⁰. Respecto de esta temática se profundizará en la segunda unidad de este módulo en la que se estudia la definición de conflicto armado no internacional.

c. *El artículo 1º del protocolo Adicional II*²¹ a los cuatro convenios de Ginebra de 1949. En el que se dispone que:

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

“El presente Protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados”²².

Doctrinariamente se ha considerado que la noción de conflicto armado no internacional que presenta el Protocolo Adicional II es más restringida que la consagrada en el artículo 3º común a los cuatro Convenios de Ginebra. En efecto, el artículo 1º de este Protocolo establece una serie de elementos que condicionan la aplicación del mismo y que no se encontraban en el artículo 3º común que no define condiciones específicas de aplicabilidad y por lo tanto abarca una gama más amplia de situaciones de violencia²³.

Los aspectos relacionados con las diferencias entre las situaciones de violencia a las que se aplica el Protocolo II y el artículo 3º común, serán abordados en la siguiente unidad.

Identificadas las situaciones de violencia que constituyen el ámbito de aplicación del DIH, se hará referencia, de manera más específica, al ámbito temporal y geográfico de este ordenamiento jurídico.

Respecto de la aplicación en el tiempo de esta normatividad, se destaca que el DIH se aplica desde el inicio del conflicto armado y se extiende más allá de la cesación de hostilidades. En el caso de los conflictos armados internacionales hasta que se celebre un tratado general de paz; para los conflictos armados internos cuando se alcanza un acuerdo pacífico²⁴ para poner fin al enfrentamiento bélico.

²⁰ *Ibidem*, p. 3.

²¹ En adelante Protocolo Adicional II.

²² Protocolo Adicional II, art. 1º.

²³ Véase De Mulinen, Frédéric, “Manual sobre el derecho de la guerra para las Fuerzas Armadas”, Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 1991, p. 9.

²⁴ Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, sala de apelaciones, sentencia de segunda instancia del 02 de octubre 1995, caso Dusko Tadic No. IT-94-1-AR72, párrafo 70.

Con relación al ámbito geográfico de aplicación del DIH, el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia²⁵ precisó que esta normatividad se aplica en todo el territorio de los Estados en guerra o en el caso de los de conflictos armados internos en todo el territorio bajo control de una parte, independientemente de si están realizándose “combates” en un momento determinado²⁶.

El ámbito geográfico de aplicación resulta de suma importancia en el momento de tipificar una conducta realizada por las partes del conflicto como infracción al DIH. El TPIY al analizar esta temática estableció como criterio el que la conducta presuntamente violatoria de este marco jurídico se realizara en el “contexto de un conflicto armado”²⁷.

Por la importancia del tema y los interrogantes que se pueden plantear en relación con el nexo que debe existir entre la conducta que presuntamente infringe el DIH y el contexto del conflicto armado, se abordará esta temática en la tercera unidad de este módulo.

6.5. Fuentes del Derecho Internacional Humanitario

Las fuentes normativas del DIH se encuentran en la costumbre internacional y en los tratados internacionales relacionados con la materia²⁸, tal y como se estudia a continuación.

6.5.1. Derecho consuetudinario

El estatuto de la Corte Internacional de Justicia²⁹ en su artículo 38.1.b) establece que en la solución de las controversias que le sean sometidas, aplicará, entre otros, la costumbre internacional a la que considera como “una práctica generalmente aceptada como derecho”³⁰. En este sentido, son dos los elementos que se exigen para reconocer una norma como parte del derecho consuetudinario internacional: (i) práctica estatal y (ii) la convicción de que esa práctica se exige, prohíbe o se permite como derecho³¹. Adicionalmente, esta práctica debe ser “generalmente aceptada” por los Estados.

Como fuente del DIH, el derecho consuetudinario resulta de gran importancia. En primer lugar se destaca que muchas de las reglas que hoy se encuentran en los tratados relacionados con la materia eran ya normas consuetudinarias. Por ejemplo la mayoría de las disposiciones consagradas en las convenciones de La Haya de 1907 recogieron normas que constituían costumbre internacional relacionadas con la conducción de hostilidades³².

En segundo lugar, se tiene que algunas de las disposiciones que consagran los tratados o las convenciones internacionales relacionadas con el DIH, tienen el carácter de costumbre internacional y por lo tanto resultan de obligatorio cumplimiento para los Estados aunque estos no hayan ratificado estos instrumentos, así como para los grupos armados en el caso de un conflicto armado interno³³.

²⁵ En adelante TPIY.

²⁶ *Ibidem*, párrafo 70.

²⁷ *Ibidem*, párrafo 70.

²⁸ UK Ministry of Defence, *The Manual of the law of armed conflict*, Oxford University Press, New York, 2004, pp 4-6.

²⁹ En adelante CIJ.

³⁰ Estatuto de la CIJ artículo 38.1.b)

³¹ Véase Henckaerts Jean-Marie, “Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario: una contribución a la comprensión y al respeto del derecho de los conflictos armados” *Revista Internacional del Cruz Roja*, 2005, No 857, pp 175-212.

³² Los convenios de La Haya de 1907 vienen a sentar otro importante precedente de lo que hoy constituye el núcleo duro del DIH, el primero de ellos hace alusión a las leyes y costumbres de las guerras terrestres y fue signado el 17 de octubre. El segundo suscrito un día después se refiere a los derechos y a los deberes de las potencias y de las personas neutrales en caso de guerra terrestre. Uno tercero se denomina Convención relativa a la colocación de minas submarinas automáticas de contacto. La Haya, 18 de octubre de 1907. Finalmente ese mismo día se firmó la Convención relativa a ciertas restricciones en cuanto al ejercicio de derecho de captura en la guerra marítima. Mejía Azuero, Jean Carlo, *La Corte penal internacional y la fuerzas armadas de Colombia, una mirada desde la trincheras*, op cit, p. 80.

³³ Henckaerts Jean-Marie, “Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario: una contribución a la comprensión y al respeto del derecho de los conflictos armados”, op cit, pp. 175-212.

Por último, el desarrollo de la costumbre internacional en materia de DIH ha permitido la aplicación de ciertas normas a los conflictos armados no internacionales, que no se encuentran en los instrumentos internacionales que regulan estas situaciones de violencia y que en principio fueron solo aplicables a los conflictos armados con carácter internacional³⁴.

6.5.2. Tratados internacionales en materia de DIH

Existe un amplio número de tratados internacionales que integran el marco normativo del DIH. Es en el siglo XIX que se da inicio a la producción de instrumentos internacionales sobre la materia, en especial después del episodio histórico conocido como la batalla de Solferino³⁵ ocurrida en 1859³⁶.

En 1864, se suscribe la convención de San Petersburgo en la que se estableció la prohibición de ciertos proyectiles. Con posterioridad, en 1899 se suscribieron los primeros acuerdos de La Haya, los cuales fueron recogidos casi en su totalidad en 1907. Al día de hoy se han suscrito un número considerable de instrumentos internacionales que han precisado el marco jurídico del DIH.

A continuación se presenta una relación de los principales instrumentos jurídicos que hacen parte del marco normativo del DIH. Para facilitar su identificación, la presentación de los mismo se hará de acuerdo con la división que tradicionalmente ha hecho la doctrina: (i) derecho de La Haya y (ii) derecho de Ginebra. Sin embargo, se resalta que estas dos vertientes del DIH se consideran hoy como entrelazadas e inescindibles³⁷. Igualmente, se tendrá en cuenta que estas convenciones o tratados se han suscrito para regular las hostilidades y limitar los efectos de las confrontaciones armadas considerando el lugar donde estas se desarrollan, a saber tierra, mar o aire³⁸.

³⁴ Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, sala de apelaciones, sentencia de segunda instancia, 02 de octubre 1995, caso Dusko Tadic, "Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction", IT-94-1-AR72, párrafo 127.

³⁵ La batalla de Solferino (ciudad ubicada en la región septentrional de Lombardía y cerca de la ciudad de Mantua) adelantada en la cruenta guerra de reunificación de Italia, el día 24 de junio de 1859. Mejía Azuero, Jean Carlo, La Corte penal internacional y la fuerzas armadas de Colombia, una mirada desde la trincheras, op cit, p. 76.

³⁶ *Ibidem*, p.78.

³⁷ Mejía Azuero Jean Carlo, La Corte penal internacional y la fuerzas armadas de Colombia, una mirada desde la trincheras, op cit, p. 83.

³⁸ Se destaca que aunque las reglas de la guerra aérea, La Haya, diciembre de 1922 - febrero de 1923, no fueron aprobadas con carácter obligatorio, el derecho de la guerra aérea se encuentra desarrollado y regulado.

6.5.3. Cuadro 1 Marco normativo convencional en materia de DIH:

MARCO NORMATIVO EN MATERIA DE DIH		
DERECHO DE LA HAYA	DERECHO DE GINEBRA	OTROS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES
<p>Declaración para prohibir el empleo de las balas que se hinchan o aplastan fácilmente en el cuerpo Humano. La Haya, 29 de julio de 1899.</p> <p>Convención relativa al inicio de las hostilidades. La Haya, 18 de octubre de 1907.</p> <p>Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre. La Haya, 18 de octubre de 1907.</p> <p>Convención relativa a los derechos y a los deberes de las potencias y de las personas neutrales en caso de guerra terrestre. La Haya, 18 de octubre de 1907.</p> <p>Convención relativa al régimen de los navíos de comercio enemigos al principio de las hostilidades. La Haya, 18 de octubre de 1907.</p> <p>Convención relativa a la transformación de buques de comercio en barcos de guerra. La Haya, 18 de octubre de 1907.</p> <p>Convención relativa a bombardeo por las fuerzas navales en tiempo de guerra. La Haya, 18 de octubre de 1907.</p> <p>Convención relativa a ciertas restricciones en cuanto al ejercicio del derecho de captura en la guerra marítima. La Haya, 18 de octubre de 1907.</p> <p>Convención relativa a los derechos y a los deberes de las potencias neutrales en la guerra marítima. La Haya, 18 de octubre de 1907.</p> <p>Convención relativa a la colocación de minas submarinas de contacto. La Haya, 18 de octubre 1907.</p> <p>Declaración relativa a la prohibición de lanzar proyectiles y explosivos desde globos. La Haya, 18 de octubre de 1907.</p>	<p>Protocolo sobre la prohibición del uso, en la guerra, de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos (G.BC). Ginebra, 17 de junio de 1925.</p> <p>Convenio de Ginebra (I) para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña. 12 de agosto de 1949.</p> <p>Convenio de Ginebra (II) para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los naufragos de las Fuerzas Armadas en el mar. 12 de agosto de 1949.</p> <p>Convenio de Ginebra (III) relativo al trato debido a los prisioneros de guerra. 12 de agosto de 1949.</p> <p>Convenio de Ginebra (IV) relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra. 12 de agosto de 1949.</p> <p>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). 8 de junio de 1977⁴⁰.</p> <p>Anexo I (Protocolo I): Reglamento relativo a la identificación. 8 de junio de 1977.</p> <p>Anexo I (Protocolo I): Reglamento relativo a la identificación (según fue enmendado el 23 de noviembre de 1993).</p> <p>Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II). 8 de junio de 1977⁴¹.</p> <p>Anexo II (Protocolo I): Tarjeta de identidad de periodista en misión peligrosa. 8 de junio de 1977.</p> <p>Resolución sobre los sistemas de armas de pequeño calibre. Ginebra, 28 de septiembre de 1979.</p>	<p>Declaración de San Petersburgo de 1868</p> <p>Convención de neutralidad marítima (Habana). La Habana, 20 de febrero de 1928.</p> <p>Convenio sobre la protección de las instituciones artísticas y científicas y de los monumentos históricos (Washington). (Pacto Roerich). Washington, 15 de abril de 1935</p> <p>Acta que establece las reglas que deben observar los submarinos en tiempo de guerra respecto de los buques mercantes (London PV). Londres, 6 de noviembre de 1936.</p> <p>Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. 9 de diciembre de 1948.</p> <p>Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad. 26 de noviembre de 1968.</p> <p>Respecto de los derechos humanos en los conflictos armados. Resolución XXIII adoptada por la Conferencia Internacional de Derechos Humanos. Teherán, 12 de mayo de 1968.</p> <p>Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción. Abierta a la firma en Londres, Washington y Moscú el 10 de abril de 1972.</p> <p>Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles (ENMOD). 10 de diciembre de 1976.</p> <p>Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción. París, 13 de enero de 1993. Anexo sobre sustancias químicas.</p>

⁴⁰ Colombia, Congreso de la República, Ley 11 de 1992.

⁴¹ Colombia, Congreso de la República, Ley 171 de 1994.

Cuadro 1 (cont.)

MARCO NORMATIVO EN MATERIA DE DIH		
DERECHO DE LA HAYA	DERECHO DE GINEBRA	OTROS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES
<p>Reglas de la guerra aérea (H.AW). La Haya, diciembre de 1922 - febrero de 1923 (no fueron aprobadas con carácter obligatorio).</p> <p>Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado (H.CP). La Haya, 14 de mayo de 1954.</p> <p>Reglamento para la aplicación de la convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado (H.CP.R). La Haya, 14 de mayo de 1954.</p> <p>Protocolo para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado (H.CP.P). La Haya, 14 de mayo de 1954.</p> <p>Resoluciones de la Conferencia Intergubernamental sobre la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado. La Haya, 14 de mayo de 1954.</p> <p>Acta final de la Conferencia Intergubernamental sobre la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado. La Haya, 14 de mayo de 1954.</p> <p>Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado. La Haya, 26 de marzo de 1999³⁹.</p>	<p>Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados (CCW). Ginebra, 10 de octubre de 1980⁴².</p> <p>Protocolo sobre fragmentos no localizables (Protocolo I) (CCW.P.I). Ginebra, 10 de octubre de 1980.</p> <p>Protocolo sobre prohibiciones o restricciones del empleo de minas, armas trampas y otros artefactos (Protocolo II) (CCW.P.II). Ginebra, 10 de octubre de 1980.</p> <p>Protocolo sobre prohibiciones o restricciones del empleo de armas incendiarias (Protocolo III) (CCW.P.III). Ginebra, 10 de octubre de 1980.</p> <p>Acta final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que Puedan Considerarse Excesivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminados. Ginebra, 10 de octubre de 1980.</p> <p>Protocolo sobre armas láser cegadoras (Protocolo IV) (CCW.P.IV). Viena, 13 de octubre de 1995.</p> <p>Protocolo III adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la aprobación de un signo distintivo adicional. 08 de diciembre de 2005.</p>	<p>Manual de San Remo sobre el derecho internacional aplicable a los conflictos armados en el mar (San Remo Manual). Aprobado el 12 de Junio de 1994.</p> <p>Protocolo sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Minas, Armas Trampa y Otros Artefactos según fue enmendado el 3 de mayo de 1996. (Protocolo II según fue enmendado el 3 de mayo de 1996).</p> <p>Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción. Oslo, 18 de septiembre de 1997.</p> <p>Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, New York, 25 de mayo de 2000⁴³.</p> <p>Convención de Oslo relativo a los municiones de Racimo. 2008.</p>

6.5.4. Ámbito de aplicación del marco normativo referenciado en materia de DIH

Como se mencionó con anterioridad, es la situación de violencia que pueda ser caracterizada como un conflicto armado la que permite la aplicación del DIH. Sin embargo, esta normatividad regula de distinta manera los conflictos armados internacionales y los conflictos armados internos. En efecto, la aplicación de la normatividad referenciada en el *cuadro 1* dependerá de la clase de conflicto del que se trate.

La mayoría de la normatividad a la que se hizo referencia es aplicable a los conflictos armados con carácter internacional. Por su parte, los conflictos armados no internacionales tienen un marco jurídico convencional un poco más restringido, por ello se precisarán los tratados internacionales aplicables a estos últimos.

³⁹ Colombia, Congreso de la República, Ley 1130 de 2007.

⁴² Colombia, Congreso de la República, Ley 469 de 1998.

⁴³ Colombia, Congreso de la República, Ley 833 de 2003.

El derecho convencional aplicable a los conflictos armados no internacionales es⁴⁴:

- a. El artículo 3º común a los cuatro convenios de Ginebra de 1949⁴⁵.
- b. El Protocolo II adicional a los convenios de Ginebra de 1949.
- c. El artículo 4º de la Convención de La Haya para la protección de los bienes culturales.
- d. La convención de Ottawa de 1997 Sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción.
- e. Segundo Protocolo de la Haya sobre Propiedad Cultural.

Si se hace una revisión de la presentación que se realizó en el *cuadro 1* de los tratados y convenios internacionales en materia de DIH, se evidencia que la normatividad que regula los conflictos armados internacionales es mucho más amplia que la aplicable a los conflictos armados que no tienen esta calidad.

A pesar de este trato diferenciado, debe resaltarse que la evolución del derecho consuetudinario relacionado con el DIH ha ampliado las normas aplicables a los conflictos armados no internacionales, permitiendo la aplicación de normas que convencionalmente solo regulaban los conflictos armados de carácter internacional⁴⁶.

Este desarrollo se ha debido a que los conflictos armados internos se han vuelto más frecuentes y se han caracterizado por ser prolongados y por provocar graves daños a la población civil. Igualmente, la interdependencia de los Estados en la comunidad internacional ha generado que a los terceros Estados le sea mucho más difícil permanecer aislados frente a las confrontaciones armadas internas de un país⁴⁷.

También se destaca que la aplicación del principio establecido desde el derecho romano *"todo derecho se crea en beneficio de los seres humanos"* también ha propiciado la ampliación de la normatividad aplicable a los conflictos armados internos a través del derecho consuetudinario, dado que gradualmente la comunidad internacional ha aceptado que en lo que tiene que ver con la protección del ser humano la distinción entre las normas aplicables a los conflictos armados internacionales y a los conflictos internos está perdiendo cierto valor⁴⁸.

Sin embargo, la aplicación de normas de carácter consuetudinario a los conflictos armados que no tienen carácter internacional, no significa que este se regule por todo el cuerpo normativo que rige los conflictos armados internacionales. El TPIY precisó este tema en la decisión relativa a la apelación de la defensa concerniente a la excepción prejudicial de incompetencia de tribunal -en el caso de Dusko Tadic⁴⁹- estableciendo que *"La aparición de las reglas generales mencionadas, en conflictos armados internos, no implica que el conflicto interno se regule por el derecho internacional general en todos sus aspectos. Dos limitaciones particulares pueden observarse: (i) solo un número de reglas y principios que rigen los conflictos armados internacionales se han extendido gradualmente para aplicarse a los conflictos internos; y (ii) esta extensión no ocurre como trasplante completo y mecánico de esas reglas a los conflictos internos, es la esencia general de esas reglas lo que se ha vuelto aplicable a los conflictos internos, y no, la regulación detallada que estas puedan contener"*.

⁴⁴ Rogers, A.P.V., *Law on the battlefield*, 2 edición, Manchester University Press, Manchester, 2004, p. 217.

⁴⁵ El TPIY destacó que el artículo 3º común se aplica también a los conflictos armados internacionales. Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, sala de apelaciones, sentencia de segunda instancia del 02 de octubre 1995, caso Dusko Tadic "Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction" No. IT-94-1-AR72, párrafo 104.

⁴⁶ Véase Henckaerts Jean-Marie, "Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario: una contribución a la comprensión y al respeto del derecho de los conflictos armados" op cit, pp. 175-212.

⁴⁷ Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, sala de apelaciones, sentencia de segunda instancia, 02 de octubre 1995, caso Dusko Tadic, Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction" No. IT-94-1-AR72, párrafo 97.

⁴⁸ *Ibidem*, párrafo 97.

⁴⁹ *Ibidem*, párrafo 126.

En todo caso, el desarrollo del derecho consuetudinario ha ampliado las reglas aplicables en los conflictos armados internos, las cuales tratan temas como, la protección de civiles contra los hostilidades, especialmente contra ataques indiscriminados, la protección de bienes civiles, en particular bienes culturales, la protección de todos los que no (o ya no) participan directamente en las hostilidades, como también la prohibición de los medios de guerra proscritos en conflictos internacionales y la interdicción de ciertos métodos de conducción de hostilidades⁵⁰.

6.6. El Derecho Internacional humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

El DIH y el DIDH son regímenes jurídicos que comparten ciertos aspectos que permiten afirmar que estos cuerpos normativos no son completamente ajenos uno del otro y por el contrario se encuentran relacionados en algunas de sus características⁵¹.

En efecto, estos dos ordenamientos jurídicos hacen parte del derecho internacional público y tienen como finalidad común la protección de la persona humana y la preservación de su dignidad. De igual forma, ambos establecen una serie de normas de carácter jurídico que procuran el respeto de un conjunto de derechos que buscan la protección del ser humano en sus aspectos más esenciales⁵².

Sin embargo, a pesar de las relaciones y cercanías que se puedan encontrar entre estos dos marcos normativos, existen diferencias sustanciales entre ellos. Comprender estas diferencias y las relaciones que se pueden presentar entre ambos resulta de suma importancia para el operador jurídico que investiga, juzga o sanciona las violaciones a los DDHH e infracciones al DIH, dado que antes de realizar el juicio de responsabilidad por esta clase de violaciones, deberá identificar el marco normativo que rige la conducta del presunto responsable.

En este sentido, se presentarán las principales diferencias entre ambos ordenamientos con el fin de evidenciar la importancia de distinguir estos dos regímenes jurídicos. Se hará especial énfasis en el aspecto relacionado con el ámbito de aplicación del DIH y el DIDH, de tal forma que se identifiquen algunos criterios que le permitan al operador jurídico seleccionar el marco jurídico que debe tener en cuenta en el momento de evaluar una conducta que presuntamente vulnera alguno de estos ordenamientos.

6.6.1. Principales diferencias entre el DIH y DIDH

a. Marco normativo del DIDH y del DIH

El marco normativo que integra el DIH se encuentra compuesto por las normas convencionales a las que se hizo referencia en el aparte de este documento denominado *fuentes del DIH*, así como por las reglas que componen el derecho consuetudinario relacionado con la conducción de hostilidades y la protección de quienes no participan o dejaron de hacerlo en las mismas⁵³.

Por su parte el *corpus juris* del DIDH se encuentra integrado por un conjunto de instrumentos internacionales que establecen para los Estados una serie de deberes relacionados con la protección de un conjunto de Derechos Humanos⁵⁴ reconocidos en estos textos normativos. Respecto de este marco normativo debe tenerse en cuenta la opinión consultiva OC-16/99 de la Corte Interamericana

⁵⁰ *Ibidem*, párrafo 127.

⁵¹ Véase, Comité Internacional de la Cruz Roja, *Violencia y uso de la fuerza*, CICR, Ginebra, 2008, p. 8.

⁵² Véase Nieto Loaiza, Rafael, "caso colombiano", en Baldizón, Daniel (compilador), *derechos humanos y derecho internacional humanitario teoría y práctica en las Fuerzas Armadas, centro de estudios, capacitación y análisis en derecho humanos*, año 2005, p. 154.

⁵³ Véase UK Ministry of Defence, *op cit*, pp. 4-5.

⁵⁴ En adelante DDHH.

de DDHH⁵⁵ en la que se hace referencia a la existencia de este corpus juris en materia de DDHH y se afirma que está compuesto por un conjunto de instrumentos jurídicos (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones).⁵⁶ La descripción detallada de estas normas se encuentra en el texto de formación especializada en materia de investigación, juzgamiento y sanción de las violaciones a los DDHH e infracciones al DIH I, en la unidad *aspectos jurídicos esenciales de carácter internacional relacionados con los DDHH el DIH*⁵⁷.

b. Responsabilidad internacional por las violaciones al DIDH y al DIH

El DIH define deberes para quienes toman parte en un conflicto armado, ya sea de carácter internacional o no. En este sentido, son quienes participan en las hostilidades los que individualmente responden a nivel internacional por las violaciones a este marco jurídico.

Por su parte, es al Estado al que en principio le corresponde la protección de los DDHH. Por ello se acepta que a nivel internacional la responsabilidad por violaciones a los DDHH ocurre cuando funcionarios del Estado o particulares con el consentimiento de los primeros vulneran estos derechos⁵⁸.

c. Objetivos distintos

Estos dos ordenamientos tienen un sustento o base común “la protección de la dignidad humana”. Sin embargo, esta protección tiene un alcance distinto en cada uno de estos regímenes jurídicos. El DIH, aplicable sólo a los conflictos armados se limita a la protección de una serie de derechos básicos o esenciales del ser humano, dado que entiende que en una confrontación armada no es posible eliminar por completo las consecuencias adversas propias de estas situaciones y tampoco es viable asegurar la totalidad de los derechos que le corresponden a la persona humana⁵⁹ y por lo tanto protege sólo unos derechos mínimos.

La protección que hace el DIDH del ser humano y su dignidad tiene un alcance más amplio –derecho de máximos-. De tal forma que en situaciones de normalidad es posible o viable exigir que se generen las condiciones para promoción integral del ser humano.

d. Ámbito de aplicación

El DIH está diseñado para regular exclusivamente situaciones de conflicto armado. El marco jurídico en materia de DIH, ya sea convencional o consuetudinario, hace referencia en primer lugar a los conflictos armados que tienen carácter internacional. De igual forma, ciertas normas que integran este régimen jurídico serán aplicables a las situaciones de violencia interna que se puedan

⁵⁵ En adelante CortelDH.

⁵⁶ El corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Corte Interamericana de DDHH, opinión consultiva 16/99, 01 de octubre de 1999, párrafo 115.

⁵⁷ Forero Juan Carlos, Vanegas Mauricio, Mateus Andrea et al, Formación especializada en investigación, juzgamiento y sanción de violaciones a los derechos humanos e infracciones al DIH, Vicepresidencia de la República de Colombia, Bogotá, 2009, p. 85.

⁵⁸ (...) “en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención”. Corte Interamericana de DDHH, Caso Velásquez Rodríguez V. Honduras, Sentencia de fondo, 29 de julio de 1988.

⁵⁹ Véase Nieto Navia Rafael, “Derecho imperativo internacional, derecho internacional humanitario y bloque de constitucionalidad”, op cit, p. 154.

caracterizar como conflictos armados internos. Por eso el DIH es un derecho de excepción, para situaciones de anormalidad que vayan más allá de meros disturbios o tensiones internas.⁶⁰

Por su parte, DIDH consagra una serie de disposiciones que deben ser garantizadas por los estados en tiempos de normalidad o paz. De acuerdo con este marco jurídico, los Estados reconocen y se comprometen en el respeto y promoción de los derechos que preservan la dignidad de todo ser humano.

El marco jurídico que integra en DIDH se aplica en tiempos de paz y con las limitaciones necesarias y de acuerdo con los límites permitidos por este ordenamiento, durante estados de excepción, entre los cuales puede estar la guerra, una emergencia económica u otras situaciones.⁶¹

6.6.2. Interrogantes planteados por la aplicación simultánea de estos dos ordenamientos jurídicos en los casos de conflictos armados internos

A pesar de las diferencias mencionadas, la aplicación de estos dos ordenamientos jurídicos no es completamente aislada una de la otra, situación que plantea un conjunto de interrogantes que se abordarán en esta sección, de tal forma que se identifiquen criterios que permitan seleccionar el régimen jurídico aplicable a ciertos supuestos fácticos.

Los interrogantes que se pueden generar por la aplicación simultánea del DIDH y el DIH tienen especial importancia en los conflictos armados no internacionales. En este caso el Estado debe considerar las obligaciones que se derivan de los instrumentos internacionales que ha suscrito en materia de DIH, de DDHH y la normatividad interna⁶², debiendo establecerse con claridad el marco jurídico aplicable a las situaciones de hecho que se presentan dentro de su territorio.

En este sentido, quienes participan en las hostilidades deben identificar el ordenamiento jurídico a partir del cual planean y ejecutan las operaciones militares tendientes a la neutralización del adversario. Por su parte, quienes investigan, juzgan y sancionan las violaciones a los DDHH o las infracciones al DIH tienen que identificar con claridad el contexto en que se desarrollaron los hechos fácticos, de tal forma que puedan establecer la normatividad a partir de la cual realizarán el juicio de responsabilidad.

a. La existencia de un conflicto armado interno y la aplicación del marco normativo del DIH ¿excluye la aplicación del DIDH?

Este interrogante remite al estudio de las situaciones en las que es posible que el DIDH y el DIH se apliquen de forma simultánea, a pesar de las diferencias que se puedan encontrar en torno al ámbito de aplicación de estos dos ordenamientos.

El DIDH establece una serie de deberes a los Estados, los cuales hacen referencia a la protección de unos derechos que resguardan la dignidad de todo ser humano. Este deber de protección es impuesto al Estado en tiempo de paz, así como en escenarios excepcionales, dentro de los cuales se encuentra las situaciones de conflicto armado, pudiendo el Estado suspender temporalmente ciertos derechos de acuerdo con los requisitos establecidos en estos instrumentos jurídicos. Los tratados y convenciones en materia de DIDH hacen referencia a la suspensión, en estados excepcionales, de los derechos consagrados en los mismos, salvo ciertos derechos que no pueden ser objeto de este tipo de limitaciones y que deben ser protegidos y respetados por el Estado en todo tiempo⁶³.

⁶⁰ Nieto Navia Rafael, "Derecho imperativo internacional, derecho internacional humanitario y bloque de constitucionalidad", op cit p. 85.

⁶¹ Véase ibidem, p. 85.

⁶² Véase Rogers, A.P.V, Law on the battlefield op cit, p. 217.

⁶³ Véase Ramelli Arteaga, Alejandro, La constitución colombiana y el derecho internacional humanitario, 2 Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, pp. 95-100.

El artículo 27 de la Convención Americana de DDHH permite que en caso de guerra, peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad de un Estado, se suspendan las obligaciones contraídas en la convención, de acuerdo con las especificaciones establecidas en este artículo.

Sin embargo, no podrán ser objeto de suspensión los derechos a los que de manera expresa se refiere el artículo 27 de la Convención. Una disposición similar contempla el Pacto Internacional de los Derechos civiles y políticos⁶⁴, en el que se establece una cláusula que hace referencia a las situaciones excepcionales, así como a los derechos que no pueden ser objeto de suspensión en las mismas⁶⁵.

De acuerdo con lo establecido en estas normas, las obligaciones internacionales relacionadas con los derechos que no pueden suspenderse en situaciones excepcionales también hacen parte del marco jurídico que regula las situaciones de conflicto armado⁶⁶.

b. ¿Cómo se puede entender la aplicación simultánea del DIDH y del DIH a las situaciones de conflicto armado? El DIH como *Lex Specialis*

En un conflicto armado toda persona se encuentra protegida por las normas del DIDH y por las del DIH. Sin embargo, las disposiciones consagradas en el DIH regulan situaciones de anormalidad en las que la violencia alcanza ciertos niveles de intensidad y ante esta situación establece unos estándares mínimos de conducta que deben ser respetados por quienes participan en las hostilidades, de tal forma que se limiten los efectos negativos que se generan por una confrontación armada.

El DIH, al igual que DIDH pretende preservar el respeto por la dignidad de todo ser humano, pero en situaciones fácticas distintas, razón por la cual el DIH no impone los mismos niveles de protección que exigen los instrumentos internacionales en materia DIDH⁶⁷.

En las situaciones en las que se presenta la aplicación simultánea de estos ordenamientos jurídicos, el alcance de la protección a los DDHH consagrada en los instrumentos internacionales respectivos debe interpretarse de acuerdo con el DIH, dado este es *lex specialis* en los casos de conflicto armado.

Así lo reconoció la CIJ en la opinión consultiva relacionada con el uso de armas nucleares. En esa ocasión los defensores de la ilicitud de la utilización de las armas nucleares argumentaron que su uso violaba el derecho a la vida establecido en el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual dispone que “nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”⁶⁸.

En la Opinión, la CIJ determinó que el artículo 6 consagra un derecho inderogable; razón por la cual también se aplica en los conflictos armados, y está prohibido privar de la vida a una persona “arbitrariamente” incluso durante las hostilidades. Igualmente reconoce la primacía del DIH sobre el DIDH en los casos de conflictos armados, estableciendo que el DIH es *lex specialis* y en ese sentido el término “arbitrariamente”, en los casos de conflicto armado, debe definirse a la luz de este ordenamiento⁶⁹.

⁶⁴ En adelante PIDCP.

⁶⁵ Hans-Joachim Heintze, “La relación entre la protección conferida por el derecho de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario” Revista Internacional del Cruz Roja, 2004, No. 856.

⁶⁶ Véase Comité Internacional de la Cruz Roja, Violencia y uso de la fuerza, op cit., p. 8.

⁶⁷ El derecho de los conflictos armados y el derecho de los derechos humanos son complementarios. Ambos están destinados a proteger la vida, la integridad y la dignidad de las personas, aunque lo hacen de maneras distintas. Comité Internacional de la Cruz Roja, Violencia y uso de la fuerza, op cit., p. 8.

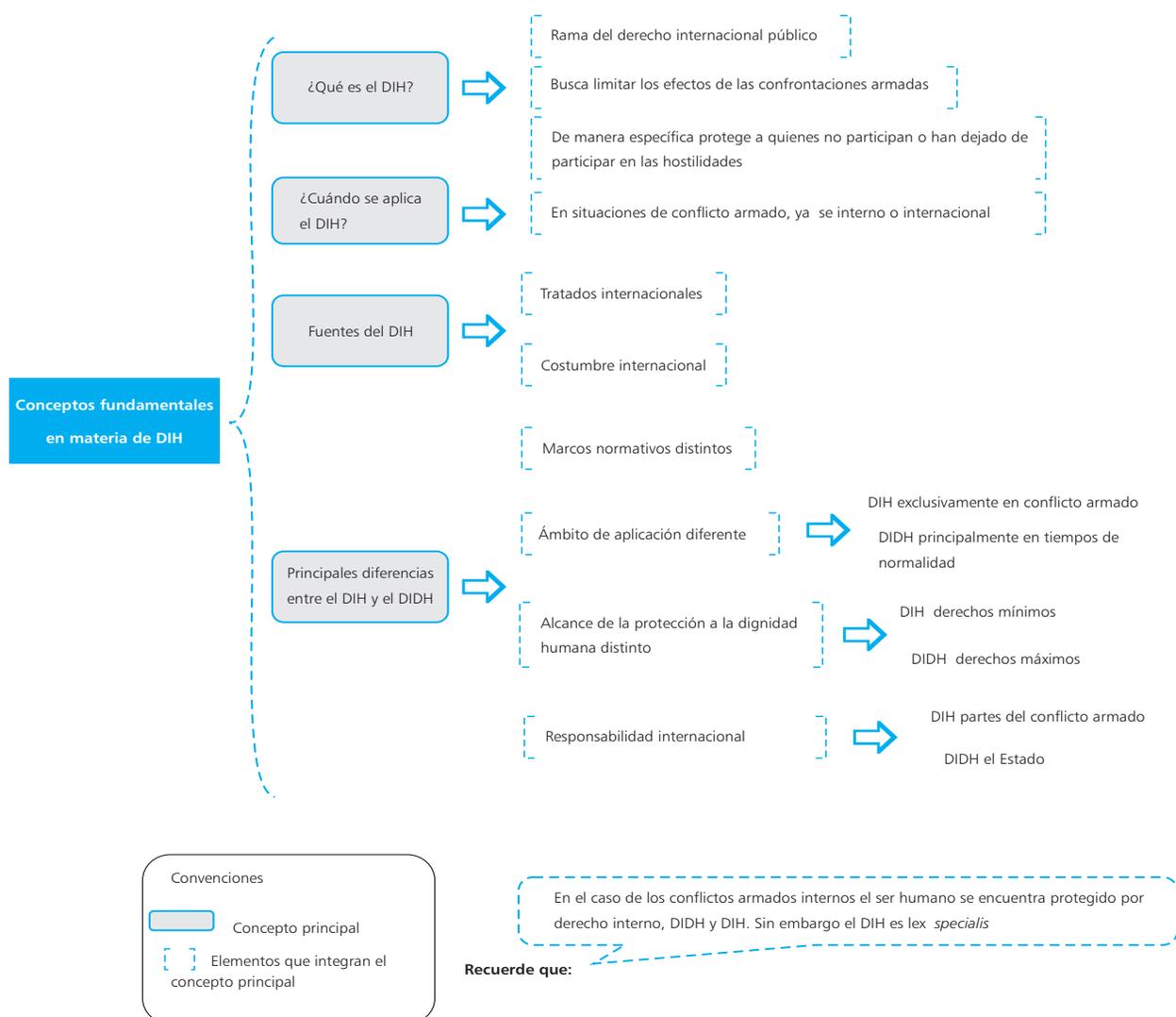
⁶⁸ Corte Internacional de Justicia, Opinión consultiva sobre la legalidad amenaza o el empleo de armas nucleares, 18 de julio de 1996.

⁶⁹ Hans-Joachim Heintze, “La relación entre la protección conferida por el derecho de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario” op cit.

Por ejemplo, en una situación de combate –en el contexto de un conflicto armado- la protección del derecho a la vida debe analizarse a luz del DIH. De esta forma, se tiene que las muertes generadas por actos de guerras lícitas no se deben entender como una violación al derecho a la vida⁷⁰. Igualmente, para la calificación de un acto lícito o ilícito en la conducción de hostilidades, quienes investigan, juzgan y sancionan estas violaciones deberán remitirse al DIH, el cual consagra las reglas para la realización de esta valoración.

En este sentido se tiene que: (i) en un conflicto armado toda persona se encuentra protegida por el marco normativo del DIDH y por el DIH y (ii) ante la convergencia entre el DIDH y DIH, debe entenderse este último como *lex specialis*.

6.6.3. Gráfica nociones fundamentales en materia de DIH:



⁷⁰ Ibidem.

6.7. Autoevaluación

1. Vuelva a leer el caso propuesto al inicio de esta unidad. De acuerdo con lo estudiado ¿cambiaría alguna de sus respuestas?
2. El Teniente Pérez del Ejército Nacional se encuentra realizando una operación de registro y control de área. Hace aproximadamente cuatro meses que no se presentan combates en la zona en la que se desarrolla esta operación. El armamento con el que cuenta el Teniente y su grupo de hombre se encuentra compuesto por fusiles, granadas de mano, una MGL, una M60 tipo comando y dos morteros tipo comando de 60 mm.

El Teniente en el patrullaje identifica dos casas en medio del “monte” y observa lo siguiente:

- Un grupo de hombres, aproximadamente cinco, que transportan unos tanques de gasolina sobre sus hombros.
- Cuatro hombres armados con fusiles AK 47, AK 103, FAL.
- Unos de fusiles del mismo tipo ubicados en un pabellón de armas.
- De la información obtenida de inteligencia militar se presumía que en la zona existían “campamentos” en los que se fabricaban explosivos.

El Teniente también nota que afuera de la segunda casa está una mujer de aproximadamente 55 años y un niño de 10 años. El Teniente informa por radio de la situación a su superior y queda a las espera de las ordenes a seguir.

Primera parte del caso: usted es el superior del teniente y tiene que seleccionar una de las opciones que se proponen:

Opción 1:

Como no existe una agresión directa del grupo de personas identificadas por el teniente y tampoco un “combate”, decide que se trata de una operación que debe desarrollarse en el marco jurídico de los derechos humanos y por lo tanto ordena que no se intervenga hasta que la policía se haga cargo. Explique su respuesta.

Opción 2:

Como no existe una agresión directa del grupo de personas identificadas por el teniente y tampoco un “combate”, decide que se trata de una operación que debe desarrollarse en el marco jurídico de los derechos humanos. Por lo tanto le ordena al teniente que el uso de la fuerza debe ser la última opción, y sólo si recibe una agresión directa podrá hacer uso de la misma en legítima defensa, en especial porque la posible presencia de presunta población civil obliga a que no se genere una situación de riesgo para la misma. Explique su respuesta.

Opción 3:

Las personas observadas portan armas iguales a las que usan los miembros de los grupos armados al margen de la ley y de las acciones observadas, así como de la información suministrada por inteligencia militar, es posible presumir que se está desarrollando una actividad que usualmente realizan estos grupos, razón por la cual decide que el marco jurídico principalmente aplicable es el de DIH y por lo tanto ordena que:

El Teniente no ha sido detectado y por lo tanto decide no perder esta ventaja táctica y ordena que dispare primero a quienes portan armas, asegure el armamento y realice las capturas correspondientes, por tratarse de un caso flagrancia.

Respecto de la presencia de presunta población civil, decide que no es viable dar aviso del ataque a realizar y ordena que en la medida de lo posible se aleje la situación de combate de estos.

Explique su respuesta.

Si encuentra otra opción puede ser utilizada para resolver el caso.

Segunda parte del caso: en espera de órdenes detectan la presencia del Teniente. Usted es el Teniente que hace:

Explique la opción seleccionada.

Opción 1:

Se retira dado que no puede garantizar la seguridad de la presunta población civil presente en la zona.

Opción 2:

Espera que le disparen para abrir fuego. ¿Qué tipo de armamento utilizaría? (tenga en cuenta la descripción realizada al inicio del caso)

Opción 3:

Ordena atacar inmediatamente.

Tercera parte: el teniente decidió atacar en el momento que fue detectado, en el cruce de disparos, murió el menor y la mujer quedo gravemente herida.

¿Considera que fue lícita la acción del teniente? ¿Por qué?

7. UNIDAD 2

Normatividad en Materia de DIH que Regula la Calificación de una Violencia Interna como un Conflicto Armado no Internacional

7.1. Objetivo general de la unidad

- Identificar los aspectos relacionados con las condiciones exigidas por la normatividad internacional para la aplicación del DIH en los conflictos armados no internacionales – CANI-

7.2. Objetivos específicos de la unidad

- Identificar la normatividad internacional en materia de DIH que define las situaciones de violencia interna que se pueden considerar como un conflicto armado no internacional.
- Identificar los aspectos jurídicos que integran la noción de conflicto armado no internacional

Caso relacionado con la calificación de una situación de violencia interna como un conflicto armado no internacional.

Antes de comenzar el estudio de esta unidad lea atentamente el siguiente caso y responda los interrogantes que se presentan a continuación:

El 14 de abril de 2009 el grupo guerrillero Sendero Luminoso realizó dos ataques en diferentes puntos de una localidad de Ayacucho. Sendero Luminoso perpetró dos emboscadas colocando dinamita en los caminos por los que transitaban unas patrullas militares, la cual hicieron estallar desde la parte alta de una montaña de la zona andina. Como resultado de esta acción murieron 14 militares. A esa fecha, se habían llevado a cabo 11 ataques atribuibles a este grupo durante el año 2009.

El jefe del grupo armado Sendero Luminoso en el valle de los ríos Apurímac y Ene (VRAE), Víctor Quispe Palomino, alias “Camarada José”, reclamó, presuntamente, la autoría de estos afirmando en un diario local de la región de Ayacucho lo siguiente: “El ejército revolucionario de obreros, campesinos y estudiantes, de resistencia nacional antiimperialista, ha tenido que emboscar el pasado jueves a dos patrullas militares”, (...) Las operaciones “son para sorprender, aprovechando que ellos (los soldados) están en movimiento hacemos planes de emboscadas, asaltos y ataques”, explicó el cabecilla senderista⁷¹.

El grupo comunista Sendero Luminoso fue fundado a finales de la década de 1960. Sin embargo con posterioridad a la captura de su líder, Abimael Guzmán Reynoso, en 1992, sólo ha tenido actuaciones esporádicas. Este grupo ha sido catalogado como terrorista por el gobierno del Perú, la Unión Europea, Estados Unidos y Canadá.

De acuerdo con los hechos planteados, considere y responda los siguientes interrogantes. Si tiene duda respecto de los criterios para responder estas preguntas anótelas e intente resolverlas cuando haya finalizado el estudio del módulo.

- a. A la luz del DIH ¿Qué criterios utilizaría para valorar la situación de violencia descrita?
- b. ¿Qué instrumentos internacionales, en materia de DIH, utilizaría para considerar si esta situación de violencia puede calificarse como un conflicto armado interno?

⁷¹ Sendero Luminoso asume ataque del jueves contra Ejército que dejó 14 muertos, Perú, 14 de abril de 2009, en <http://www.elcomercio.pe/noticia/273052/sendero-luminoso-asume-ataque-jueves-contra-ejercito-que-dejo-14-muertos> consulta del 06 de julio de 2009.

7.3. Importancia del estudio de la noción de conflicto armado no internacional⁷²

La comprensión de la noción de conflicto armado es uno de los aspectos esenciales para el estudio del DIH. En efecto, es la situación de violencia –internacional o interna- considerada como un conflicto armado, la que determina los límites del ámbito de aplicación de este régimen jurídico.

Esta unidad desarrolla la temática relacionada con la identificación y estudio de las normas internacionales en materia de DIH que definen lo que debe entenderse por conflicto armado interno. En sentido, se estudiarán las siguientes fuentes jurídicas:

- Artículo 3º común a los cuatro convenios de Ginebra de 1949⁷³.
- Protocolo Adicional II de 1977⁷⁴.
- Estatuto de Roma⁷⁵.

Identificar los parámetros establecidos en estas normas resulta de suma importancia toda vez que es a partir de estos que se deben calificar las situaciones de violencia como un conflicto armado interno e identificar el marco jurídico a partir de cual las y los operadores jurídicos evaluarán la conducta realizada por quienes participan en las hostilidades.

7.4. Noción de conflicto armado no internacional en el artículo 3 común a los cuatro convenios de Ginebra de 1949

El artículo 3 común a los cuatro convenios de Ginebra de 1949 sólo hace referencia a las obligaciones que deben cumplir quienes intervienen en un conflicto armado⁷⁶ no internacional, sin desarrollar los elementos a partir de los cuales se podría calificar una situación de violencia interna como un “conflicto armado”.

Sin embargo, del artículo del artículo 3 común se puede destacar en primer lugar que debe tratarse de una confrontación armada intraestatal. El segundo aspecto que debe considerarse es el de la intensidad que debe tener una situación de violencia para que pueda ser catalogada como una confrontación armada de carácter interno y que permita distinguirla de circunstancias menos graves, en las que si bien existen actos violentos, no le es aplicable el marco normativo del DIH.

Aunque el artículo 3º común no hace referencia a elementos que permitan identificar el nivel de intensidad que debe tener una situación de violencia para que sea considerada como conflicto armado, el CICR en los comentarios a este artículo destaca que no fue la intención de los redactores que este se aplicara a cualquier acto de violencia armada, como actos de anarquía, motines, o de criminalidad ordinaria, sino sólo a conflictos armados consistentes en hostilidades entre las fuerzas armadas de dos o más facciones, es decir, conflictos armados que, al margen de la personalidad jurídica internacional de las partes contendientes, tienen una naturaleza similar a las guerras internacionales, aunque ocurran en el territorio de un único Estado o tengan como eje central ese territorio.

De manera más reciente, el CICR consideró que para que una situación de violencia sea calificada como un conflicto armado no internacional debe alcanzar cierto umbral de enfrentamiento. El umbral o nivel de intensidad de violencia más bajo que no puede

⁷² Para hacer referencia a una confrontación armada de carácter interno pueden utilizarse los términos conflicto armado no internacional, conflicto armado interno o conflicto armado intraestatal o por las siglas CANI.

⁷³ Artículo 3º común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 referente a los conflictos armados internacionales.

⁷⁴ Artículo 1º del Protocolo Adicional II a los cuatro convenios de Ginebra de 1949.

⁷⁵ Artículo 8.2.d y artículo 8.2.f del Estatuto de Roma.

⁷⁶ Olásolo Alonso, Héctor, *Ataque contra personas o bienes civiles y ataques desproporcionados*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, p. 55.

catalogarse como un conflicto armado interno son los disturbios y las tensiones internas. Esta limitación se encuentra en el artículo 1 del Protocolo Adicional II, la cual, de acuerdo con CICR también se aplica al artículo 3 común⁷⁷.

En este sentido, este organismo describe dos de los criterios que se han utilizado para identificar el nivel mínimo de intensidad que debe tener una situación de violencia para que pueda caracterizarse como conflicto armado interno y por lo tanto sé de aplicación al DIH⁷⁸:

- Por una parte, las hostilidades deben alcanzar un nivel mínimo de intensidad. Puede ser el caso, por ejemplo, cuando las hostilidades son de índole colectiva o cuando el gobierno tiene que recurrir a la fuerza militar contra los insurrectos, en lugar de recurrir únicamente a las fuerzas de policía.
- Por otra, los grupos ilegales que participan en el conflicto deben ser considerados “partes en el conflicto”, en el sentido de que disponen de fuerzas armadas organizadas. Esto significa, por ejemplo, que estas fuerzas tienen que estar sometidas a cierta estructura de mando y tener la capacidad de mantener operaciones militares.

De acuerdo con lo anterior se resaltan los siguientes aspectos relacionados con la definición de conflicto armado no internacional en el artículo 3 común:

- El artículo 3 común a los cuatro convenios de Ginebra consagra un conjunto de normas aplicables a los conflictos armados no internacionales, sin embargo no establece una serie de criterios que permitan evaluar si una situación de violencia puede tener tal carácter.
- Sin embargo, siguiendo al CICR deben tenerse en cuenta dos elementos para considerar que una situación de violencia pueda ser calificada como un conflicto armado interno, de acuerdo con el artículo 3 común: (i) que se trate de una situación de violencia que tiene cierto nivel de intensidad el cual debe superar por los menos el de los disturbios y tensiones internas y (ii) que las fuerzas opuestas al gobierno tengan una cierta organización militar (grupos armados organizados).

Por último, debe resaltarse que la existencia de un conflicto armado interno en los términos del artículo 3 común a los cuatro convenios de Ginebra no produce ningún efecto sobre el estatuto jurídico de las partes en conflicto, razón por la cual no tiene como consecuencia el reconocimiento de la beligerancia de los grupos que intervienen en el mismo. Este aspecto aunque no está directamente relacionado con la definición de conflicto armado no internacional, es un punto que tienen especial importancia para los estados que viven una confrontación armada interna, dado que esta disposición que contiene el artículo 3 insta a los gobiernos al reconocimiento de un conflicto armado y a la aplicación de DIH a partir de la realidad fáctica y no desde las discusiones políticas.

7.5. Noción de conflicto armado no internacional en el Protocolo Adicional II a los convenios de Ginebra

El Protocolo Adicional II a los cuatro convenios de Ginebra complementa el artículo 3 común y desarrolla la normatividad aplicable a los conflictos armados que no tienen carácter internacional.

Al delimitar su ámbito de aplicación, el Protocolo Adicional II establece una noción de conflicto armado no internacional en la que recoge un conjunto de aspectos o criterios que caracterizan las situaciones de conflicto armado interno y que las distingue de otras que, a pesar de involucrar la realización de hechos violentos, como las tensiones o disturbios internos, no le es aplicable el DIH.

⁷⁷ Comité Internacional de la Cruz Roja. ¿Cuál es la definición de “conflicto armado” según el derecho internacional humanitario? op cit, p. 3.

⁷⁸ *Ibidem*, pp. 3-4.

Es el artículo 1º del Protocolo Adicional II el que describe el conjunto de criterios a partir de los cuales deben valorarse las situaciones de violencia interna a las que es aplicable este instrumento internacional, como se muestra a continuación:

- a. **Criterio territorial:** El Protocolo Adicional II es aplicable “a las situaciones de violencia que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante”. Este primer criterio es una condición idéntica a la establecida en el artículo 3º común a los cuatro convenios de Ginebra. Al respecto sólo se destaca que la aplicación del Protocolo Adicional II no cambia por el hecho de que los grupos armados organizados o las fuerzas armadas disidentes partan de un territorio extranjero o tengan allí su base de operaciones⁷⁹.
- b. **Criterio subjetivo referente a las características que deben tener las partes enfrentadas en el conflicto armado.** Las hostilidades deben desarrollarse “entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados, que bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo”. Este es el aspecto relevante y diferenciador de la noción de conflicto armado no internacional consagrada en el Protocolo Adicional II. En efecto describe las características que deben cumplir quienes participan en una situación de violencia que se califica como conflicto armado interno, aspecto que no se encuentra en el artículo 3º común.

Respecto de los grupos armados organizados que participan en el conflicto armado interno, el Protocolo Adicional II referencia en primer lugar que deben tener un mando responsable, es decir, cierto grado de organización interna, lo que incluye una cierta estructura jerárquica que asegure tanto el control táctico y operacional como el control disciplinario que permita aplicar la normativa de este Protocolo⁸⁰. Esta condición relacionada con el mando responsable permite diferenciar un conflicto armado de otras situaciones de violencia en las que se presentan líderes pero que no ejercen un verdadero mando sobre quienes intervienen en los hechos violentos⁸¹.

En segundo lugar, se exige que se ejerza un control sobre un territorio de forma que los grupos armados puedan realizar operaciones militares sostenidas y concertadas. En este sentido las operaciones que realizan estos grupos no deben ser esporádicas y deben responder a la ejecución de un plan o estrategia acordada con antelación.

Respecto de las actividades que realiza el grupo armado, esto es *operaciones militares sostenidas y concertadas*, se destaca que una operación implica un conjunto de acciones y por lo tanto se excluyen actos de violencia esporádicos y la caracterización como militares implica una jerarquía de mando. Por su parte el término “sostenidas” está ligado al factor temporal y comprende las actuaciones del grupo armado durante un periodo de tiempo en el cual las fuerzas militares del Estado no han sido capaces de hacerle desistir de su empeño. Por último la expresión “concertadas” implica que la operación requiere de organización y planeamiento previos a la ejecución⁸².

En cuanto a la exigencia del “control territorial” muy pocas situaciones de confrontación armada interna cumplen a cabalidad con este requisito, salvo casos como los presentados en el Congo Belga o la Guerra Civil Española, razón por la cual se considera como uno de los elementos más difíciles de constatar⁸³.

⁷⁹ Ramelli Arteaga, Alejandro, La constitución colombiana y el derecho internacional humanitario, op cit, p. 62.

⁸⁰ Olásolo Alonso, Héctor, Ataque contra personas o bienes civiles y ataques desproporcionados, op cit, p. 56.

⁸¹ Ramelli Arteaga, Alejandro, La constitución colombiana y el derecho internacional humanitario op cit, p. 68.

⁸² Guisández Gómez, Javier, “La protección de las víctimas en los conflictos de carácter no internacional, en memorias del III curso de asesores jurídicos operacionales, realizado del 04 al 07 de octubre de 2004, p. 444.

⁸³ *Ibidem*, p. 67.

La jurisprudencia del TPIY ha desarrollado una noción de conflicto armado interno en la que se omite este último requisito. El alcance que le ha dado la jurisprudencia al término conflicto armado interno se estudiará con mayor detalle en el siguiente apartado.

- c. **Criterio de intensidad de la violencia:** En el numeral 2 del artículo 1º del Protocolo se dispone que *no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados.*

Respecto del nivel de violencia, el Protocolo de manera expresa excluye de la definición de conflicto armado a las situaciones como las tensiones y disturbios internos, así como otros de violencia análogos.

Se ha estimado que la intensidad de la violencia es uno de los elementos que determina la aplicación del protocolo II, al considerarse que este instrumento internacional regula los conflictos armados internos de alta intensidad. En este sentido, la intensidad del conflicto tiene incidencia en la identificación de la norma aplicable a una situación de violencia interna, así a un conflicto armado interno de alta intensidad le es aplicable el protocolo II, así como el artículo 3º común. Mientras que un “conflicto armado” no internacional de “menor intensidad”, que no sean tensiones internas o disturbios, se regula solo por el artículo 3º común a los cuatros convenios de Ginebra⁸⁴.

7.6. Noción del conflicto armado no internacional en la Jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales

La jurisprudencia del TPIY ha aportado importantes elementos a la noción de conflicto armado no internacional. En la decisión sobre la jurisdicción del caso Tadic de 1995, la sala de apelaciones del Tribunal recogió la definición de conflicto armado interno que consideró más ajustada a la evolución de la costumbre internacional desde la aprobación del Protocolo Adicional II⁸⁵.

En la providencia mencionada este Tribunal Penal Internacional hace referencia a los conflictos armados internacionales y a los conflictos armados internos, manifestando que “existe un conflicto armado siempre que se recurra a la fuerza armada entre dos Estados o violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados, o entre tales grupos dentro de un Estado⁸⁶”.

Esta definición contenida en la mencionada decisión tienen dos aspectos que deben resaltarse. En primer lugar, acepta que puede existir un conflicto armado no internacional en el que no se encuentren involucradas las Fuerzas Armadas del Estado. En segundo lugar, la noción adoptada por el Tribunal omite el control territorial físico – temporal por partes de los grupos armados que participan en el conflicto.

⁸⁴ Nieto Navia Rafael “¿Hay o no hay conflicto armado en Colombia?” Anuario colombiano de derecho internacional, 2008, No 1, pp 139-159.

⁸⁵ Olásolo Alonso Héctor, Ataque contra personas o bienes civiles y ataques desproporcionados, op cit, p. 56.

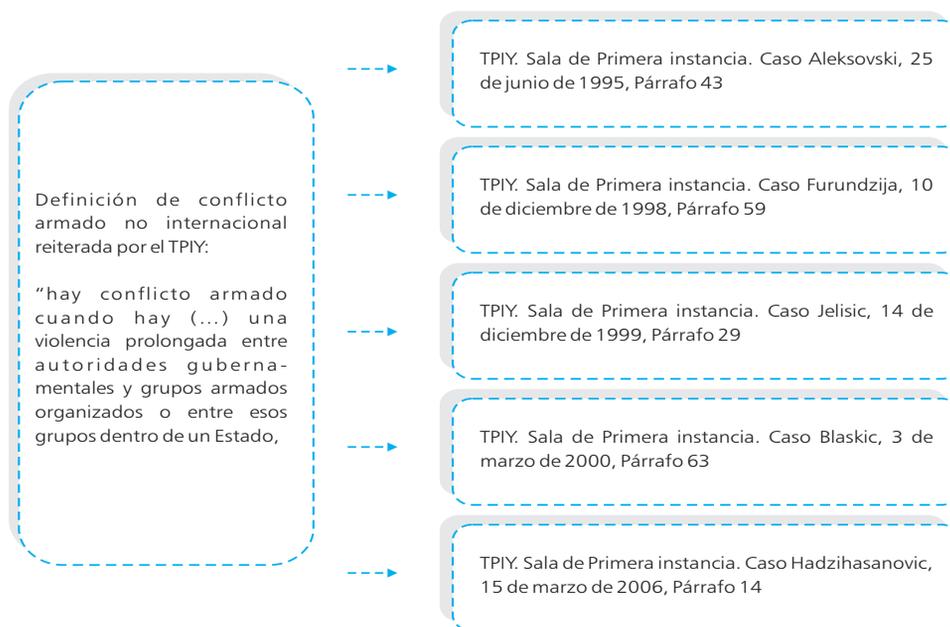
⁸⁶ Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, sala de apelaciones, sentencia de segunda instancia, 02 de octubre 1995, caso Dusko Tadic No. IT-94-1-AR72, párrafo 70.

⁸⁷ Olásolo Alonso Héctor, Ataque contra personas o bienes civiles y ataques desproporcionados, op cit, p. 57.

Los criterios exigidos por el Tribunal en la mencionada sentencia para definir cuando una situación de violencia puede catalogarse como un conflicto armado interno son los siguientes⁸⁷:

- a. **Criterio Territorial.** La confrontación armada debe desarrollarse en el territorio de un Estado.
- b. **Criterio temporal “Violencia armada prolongada”.** Este aspecto hace referencia a la intensidad y duración temporal del recurso de la violencia, de tal forma que las operaciones militares realizadas por los participantes en el conflicto se extiendan a lo largo de un período tiempo y tengan la intensidad requerida para que una situación de violencia pueda ser calificada como un conflicto armado interno.
- c. **Criterio subjetivo referente a la organización de los grupos.** Si bien la sentencia de apelación en la caso de Tadic no contiene una definición de “grupos armados organizados”, si hace referencia a una serie de elementos que permiten identificar algunas características de esta clase de grupos. En este sentido la sala de apelaciones menciona que un grupo organizado (...) normalmente tiene una estructura, una cadena de órdenes y reglas, así como un símbolo externo de autoridad. Normalmente, el miembro de un grupo no actúa por sí mismo, sino conforme a estándares que prevalecen en el grupo y sujeto a la autoridad de la cabeza del grupo⁸⁸.

La noción de “conflicto armado no internacional” establecida en la decisión del caso Tadic mencionada, se ha mantenido en la jurisprudencia de este Tribunal *Ad hoc*⁸⁹. A continuación se muestran varias decisiones de este Tribunal en las que se conservó esta definición:



⁸⁸ Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, sala de apelaciones, sentencia de segunda instancia, 15 de julio de 1999, caso Dusko Tadic IT-94-1-A, párrafo 120.

⁸⁹ Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, Sala de Primera instancia, sentencia de primera instancia, 25 de junio de 1995, caso Aleksovski IT-95-14/1-T, Párrafo 43, Sala de Primera instancia, sentencia de primera instancia, 10 de diciembre de 1998, caso Furundzija IT-95-17/1T, párrafo 59, Sala de Primera instancia, sentencia de primera instancia, 14 de diciembre de 1999, caso Jelusic IT-95-10-T, párrafo 29, Sala de Primera instancia, sentencia de primera instancia 3 de marzo de 2000, caso Blaskic IT-95-14-T, párrafo 63, Sala de Primera instancia, sentencia de primera instancia, 15 de marzo de 2006, caso Hadzihasanovic IT-01-47-T, Párrafo 14.

Las decisiones que se referencia sostienen que el “test” o criterios para la determinación de la existencia de un conflicto armado (interno o internacional) fueron establecidos en la decisión de la sala de apelaciones, en el caso de Tadic, relacionada con la jurisdicción del Tribunal.

En este sentido, los elementos o criterios que deben tenerse en cuenta para calificar una situación de violencia como conflicto armado interno de acuerdo con la jurisprudencia del TPIY son los siguientes:

- **Criterio temporal “violencia armada prolongada”.** Quienes participan en las hostilidades deben realizar operaciones militares que se extiende a lo largo de un periodo de tiempo.
- **Criterio territorial.** Las hostilidades deben realizarse dentro del territorio de un Estado
- **Criterio subjetivo.**
 - Las hostilidades pueden ser entre:
 - Las autoridades gubernamentales y grupos organizados
 - Entre grupos organizados.
 - Se consideran grupos organizados aquellos que:
 - Actúan bajo un mando responsable.
 - Tienen una cadena de órdenes y un conjunto de reglas.
 - Poseen una estructura que permite planear y ejecutar de manera concertada operaciones militares durante cierto periodo de tiempo.

Véase Olásolo Alonso Héctor, *Ataque contra personas o bienes civiles y ataques desproporcionados*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 57-58.

7.7. Noción de conflicto armado en el Estatuto de Roma

El término conflicto armado no internacional en el Estatuto de Roma⁹⁰ se encuentra en el artículo 8º de este instrumento internacional, en el cual se establecen los crímenes de guerra respecto de los cuales la Corte tiene competencia, en esta clase de conflictos⁹¹.

Este artículo en su numeral 2, literal d), aunque hace referencia a “conflicto armado no internacional”, no consagra una definición que incluya un conjunto de criterios que permitan catalogar una situación de violencia como conflicto armado interno. Sin

⁹⁰ En adelante ER.

⁹¹ Estatuto de Roma, artículo 8. 2. c y e.

embargo, sí hace referencia al criterio relacionado con la intensidad que deben tener los hechos violentos que se desarrollan en el interior de un Estado. En este sentido, quedan por fuera del ámbito de aplicación del mencionado artículo los disturbios, las tensiones internas, así como los motines, actos esporádicos y aislados de violencia u otros análogos. En este aspecto el ER sigue la misma línea del artículo 3º común y el Protocolo Adicional II a los convenios de Ginebra.

Ahora bien, el numeral 2 literal e) del artículo 8º consagra como crimen de guerra los casos de “otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional”. Esta disposición sólo es aplicable 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, descartando, como lo hace literal d) del mismo numeral, los disturbios, las tensiones internas y otras situaciones de violencias análogas⁹².

Esta norma del ER considera que existe un conflicto armado no internacional cuando se presentan hostilidades entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre estos grupos, aunque no haya intervención de las Fuerzas Armadas del Estado.

El ER y los Elementos de los Crímenes^{93,94} no hacen referencia a que debe entenderse por grupos armados organizados, razón por la cual lo dispuesto por el Protocolo Adicional II, así como los parámetros establecidos en la jurisprudencia del TPIY son de utilidad para la valoración de esta clase de organizaciones. Tampoco se hace referencia a que debe entenderse por conflicto armado “prolongado”,⁹⁵ aspecto que deberá ser precisado en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional.

7.7.1. Comparación de las normativas internacionales en materia de DIH que establecen los requisitos para la existencia de un conflicto armado no internacional

El conjunto de elementos que integran la noción de conflicto armado no internacional en los instrumentos internacionales estudiados no son idénticos entre sí. Si bien hay aspectos en común, las normas estudiadas consagran otros que permiten establecer diferencias entre las definiciones de conflicto armado interno establecidas en las mismas.

Igualmente, se destaca que la noción de conflicto armado interno descrita por el TPIY recoge aspectos que también la distinguen de las definiciones consagradas en los instrumentos internacionales referenciados.

Por ello, se muestran a continuación las principales diferencias y similitudes existentes entre las definiciones estudiadas, de tal forma que los operadores jurídicos cuenten con criterios que les permitan valorar una situación de violencia y determinar la aplicabilidad del DIH a hechos ocurridos con ocasión de la misma.

Antes de presentar las principales diferencias y similitudes se debe destacar que en el artículo 3º común, en el Protocolo Adicional II y en el Estatuto de Roma, la noción de conflicto armado interno está unida a la definición del ámbito de aplicación de estos instrumentos jurídicos. En este sentido, se puede valorar una situación de violencia como un conflicto armado no internacional de acuerdo con lo establecido en el artículo 3 común, al que le es aplicable esta normatividad, pero no el Protocolo Adicional II.

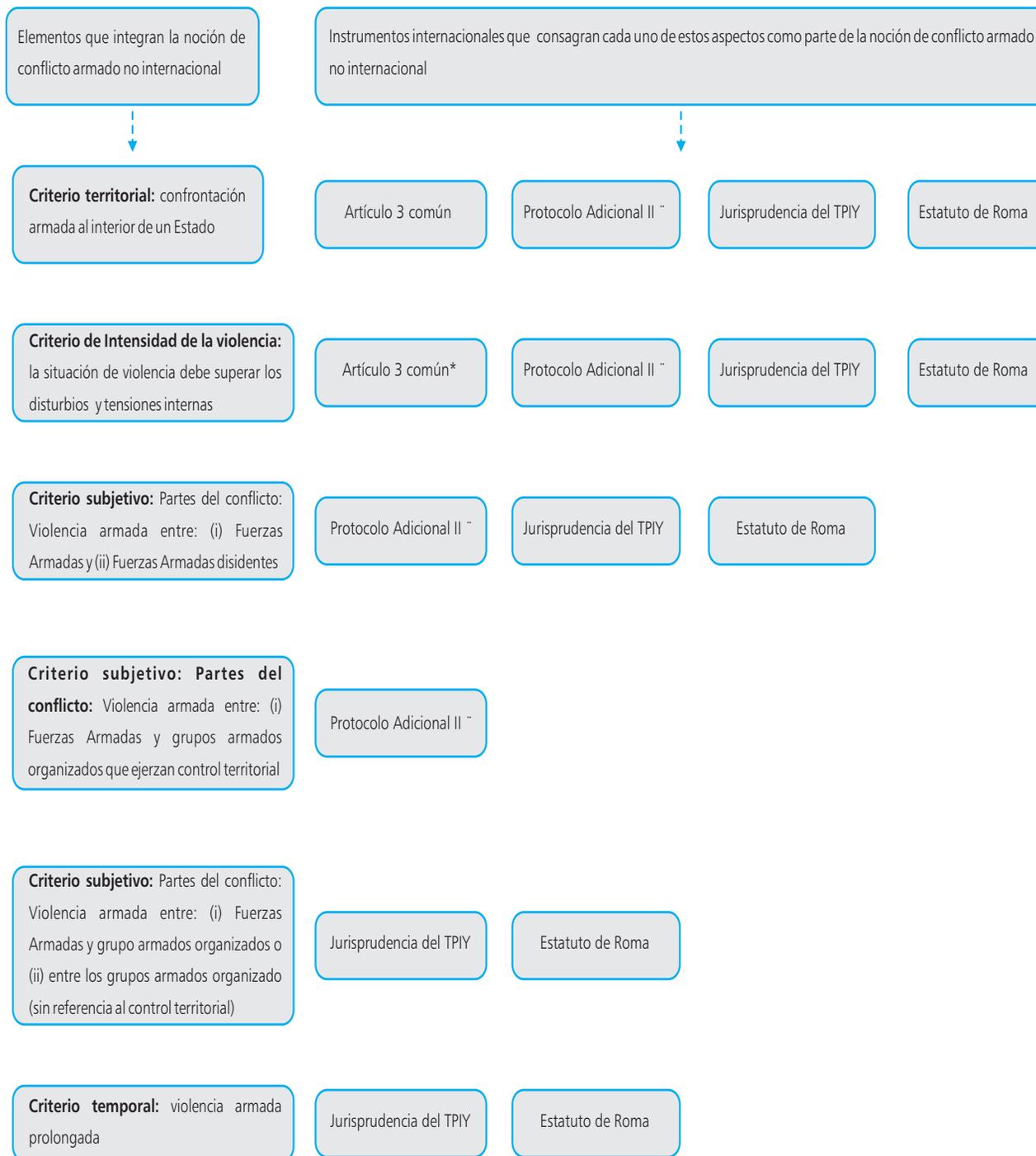
⁹² Estatuto de Roma, artículo 8. 2. f.

⁹³ En adelante EC.

⁹⁴ Véase, Congreso de la República, Ley 1268 de 2008.

⁹⁵ El término “prolongado” al que hace referencia el ER alude a un criterio temporal, el cual se puede valorar desde la planeación de operaciones militares y la realización de actos hostiles por estructuras armadas organizadas.

7.7.2. Cuadro 2: comparativo de la noción de conflicto interno en los instrumentos internacionales en materia de DIH



* El texto del artículo no lo consagra expresamente. Sin embargo el CICR ha considerado que para la aplicación del artículo 3 común no debe tratarse de disturbios o tensiones internas.

7.8. Aplicación al caso colombiano

7.8.1. Aspectos considerados por la Corte Constitucional⁹⁶ relacionados con la definición de conflicto armado no internacional

En el caso de Colombia, para la calificación de una situación de violencia como conflicto armado interno también debe analizarse lo dispuesto por la CC en torno a este tema. En efecto, la Corte al analizar la constitucionalidad del Protocolo Adicional II estudio la exequibilidad del artículo correspondiente a su ámbito de aplicación y precisó el alcance del mismo de acuerdo con la Constitución Política.

En el año 2007, al estudiar la constitucionalidad de algunos artículos del Código Penal contenidos en el Título II “*delitos contra personas y bienes protegidos por el DIH*”, la Corte estudio los elementos que constituyen la noción de conflicto armado interno de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal penal Internacional para la Antigua Yugoslavia.

a. *Ámbito de aplicación del Protocolo Adicional II*

La Sentencia C- 225 de 1995⁹⁷ abordó el estudio relacionado con la constitucionalidad del Protocolo II. En su análisis la Corte examina la exequibilidad del artículo 1 de este instrumento internacional relacionado con el ámbito de aplicación del mismo y al respecto establece lo siguiente:

“Las exigencias contenidas en el artículo 1º del Protocolo II pueden dar lugar a largas disquisiciones jurídicas y empíricas destinadas a establecer si es aplicable al caso colombiano. Sin embargo la Corte considera que estas discusiones pueden ser relevantes a nivel de compromisos internacionales del Estado colombiano”,

“Frente al derecho constitucional colombiano dado que los requisitos de aplicabilidad del artículo 1º son exigencias máximas que pueden ser renunciadas por los Estados, ya que el Protocolo es un desarrollo y complemento del artículo 3º común a los convenios de Ginebra de 1949. La Constitución Política establece claramente que en todo caso se respetarán las reglas del DIH, lo cual significa que, conforme al mandato constitucional, el DIH incluyendo el protocolo II se aplica en Colombia en todo caso, sin que sea necesario estudiar si el enfrentamiento alcanza los niveles de intensidad exigidos por el artículo 1º del mencionado instrumento internacional”.

Respecto de las situaciones de violencia que se encuentran excluidas de la aplicación del DIH, por no considerarse conflictos armados, tales como las tensiones y disturbios internos, (los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos), la Corte consideró que este también es un requisito de aplicabilidad en relación con los compromisos internacionales del Estado colombiano disponiendo que:

“En el derecho constitucional colombiano, prima la perentoria regla del artículo 214 ordinal 2º, razón por la cual frente a situaciones de violencia que no adquieran connotación bélica o las características de un conflicto armado, las exigencias de “tratamiento humanitario” derivadas del derecho internacional humanitario se mantienen. Las normas humanitarias tienen así una proyección material para tales casos, pues pueden también servir de modelo para la regulación de las situaciones de disturbios internos. Esto significa que, en el plano interno, la obligatoriedad de las reglas del derecho humanitario es permanente y constante, pues estas normas no están reservadas para guerras internacionales o guerras civiles declaradas.

⁹⁶ En adelante C. C.

⁹⁷ Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-225 del 18 de mayo de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

*Los principios humanitarios deben ser respetados no solo durante los estados de excepción sino también en todas aquellas situaciones en las cuales su aplicación sea necesaria para proteger la dignidad de la persona humana*⁹⁸.

En esta sentencia la Corte amplió el ámbito de aplicación del Protocolo Adicional II. Sin embargo, no puede perderse de vista que esta ampliación no puede ser de tal magnitud que desvirtúe la naturaleza y finalidad del DIH, esto es la regulación de situaciones de violencia que puedan ser caracterizadas como conflictos armados. En este sentido se destaca que si bien para situaciones de violencia como las tensiones o disturbios internos las normas del DIH, en palabras de la Corte, pueden servir como modelo para su manejo,⁹⁹ esto no significa que se incluyan dentro de la definición de conflicto armado.

b. Jurisprudencia posterior a la C-225 de 1995 relacionada con la definición de conflicto armado interno

En la sentencia C-291 de 2007¹⁰⁰ la CC abordó el estudio de la exequibilidad de algunos tipos penales que consagran infracciones al DIH.¹⁰¹ Los argumentos expuestos por los demandantes en esa ocasión condujeron a que la Corte se pronunciase, entre otros temas, respecto de la noción de conflicto armado no internacional.

En providencias anteriores la Corte había hecho referencia a la definición de DIH, su estatus jurídico en la normatividad interna como parte del bloque de constitucionalidad¹⁰² y el alcance de algunos de sus principios, como el de distinción, precaución, proporcionalidad¹⁰³, entre otros. Sin embargo en la sentencia mencionada, la Corte considera que para pronunciarse respecto de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas demandadas debe estudiar primero el "entorno jurídico básico en el cual se han de interpretar estas disposiciones"¹⁰⁴.

Hace parte de ese entorno la noción de conflicto armado, dado que es precisamente esta situación de violencia la que permite la aplicación de este ordenamiento jurídico. Al referirse a los elementos que integran la definición de conflicto armado interno, la Corte se apoya principalmente en la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales y hace algunas referencias a los instrumentos internacionales que contienen una noción de conflicto armado no internacional.

La Corte, resaltó la importancia de la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales para la calificación de una situación de violencia como un conflicto armado interno y recoge la definición descrita por el TPIY en la sentencia de la sala de apelaciones sobre su jurisdicción, en el caso Tadic, según la cual los conflictos armados se definen como el recurso a la fuerza armada entre Estados, o la violencia prolongada entre las autoridades gubernamentales y grupos organizados, o entre tales grupos, dentro de un Estado.

A renglón seguido, la Corte hace referencia a la definición contenida en el Protocolo II y el ER, sin hacer referencia a la diferencias entre la noción desarrollada en el caso Tadic y la definida en estos instrumentos internacionales.

Luego de referenciar la definición contenida en la jurisprudencia y los instrumentos internacionales mencionados, la Corte describe lo considerado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹⁰⁵ respecto de la aplicación de las garantías previstas en

⁹⁸ Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-225 del 18 de mayo de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁹⁹ De tal forma que se adopten las medidas que permitan la mayor protección de la dignidad humana en este tipo de situaciones que comportan hechos violentos.

¹⁰⁰ Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-291 del 25 de abril de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁰¹ Las normas demandadas fueron: 135, 156 y 157 (parciales) de la Ley 599 de 2000, y 174, 175, 178 y 179 de la Ley 522 de 1999.

¹⁰² Ver, Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-225 del 18 de mayo de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero, Corte Constitucional, sentencia C-802 del 02 de octubre de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

¹⁰³ Ver, Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-225 del 18 de mayo de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero, Corte Constitucional, sentencia C-251 del 11 de abril 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁰⁴ Ver, Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-291 del 25 de abril de 2007, M.P. José Cepeda Espinosa.

¹⁰⁵ En adelante CIDH.

el artículo 3º común a los cuatro convenios de Ginebra, destacando que la situación de violencia debe superar los disturbios o tensiones internas para ser considerada como un conflicto armado no internacional.

Una vez revisada la jurisprudencia internacional y el contenido de los instrumentos que hacen referencia a la noción de conflicto armado interno, la Corte destaca los siguientes aspectos¹⁰⁶.

- a. *Valoración de las características del caso particular.* A pesar de existir una noción de conflicto armado en abstracto, la determinación de la existencia del mismo se realiza considerando las características de cada caso particular.
- b. *Destaca dos criterios (como mínimo) para distinguir un conflicto armado interno de otras situaciones de violencia, descritos en la sentencia del caso Tadic:* (i) la intensidad de la violencia y (ii) nivel de organización de las partes.

Respecto de la intensidad de la violencia, la Corte Constitucional reconoce que debe tratarse de una situación que supere las tensiones internas y los simples disturbios. Para apreciar la "intensidad" la Corte hace referencia, como ejemplo, a los factores que han considerado los Tribunales Penales Internacionales: (i) la seriedad de los ataques e incremento en las confrontaciones armadas, (ii) la extensión de las hostilidades a lo largo de un territorio y de un periodo de tiempo, (iii) el aumento de las fuerzas armadas estatales, (iv) la movilización y distribución de armas de las partes enfrentadas, entre otros.

En lo que tiene que ver con la organización de los grupos armados, la Corte no describe los criterios que se deben tener en cuenta para determinar cuando un grupo tiene tal característica.

- c. *Se descartan los siguientes criterios para efectos de establecer la existencia de un conflicto armado no internacional de acuerdo con la jurisprudencia internacional.* Los aspectos que se descartan son los siguientes: (i) que haya un reconocimiento explícito de los grupos enfrentados como insurgentes o como beligerantes, (ii) que la disputa haya ingresado a la agenda del Consejo de seguridad o la Asamblea General de la Naciones Unidas, (iii) la existencia de una organización semi-estatal a nivel de los grupos armados que enfrentan a las autoridades de jure, o (iv) el ejercicio de autoridad estatal de facto sobre determinadas porciones del territorio por los grupos armados en cuestión.
- d. *El reconocimiento de una situación de violencia como conflicto armado es de carácter objetivo.* La Corte establece que la existencia de un conflicto armado se determina jurídicamente con base en factores objetivos (los descritos), independientemente de la denominación o calificación que le den los Estados, gobiernos o grupos armados implicados en las hostilidades.
- e. *En una situación de conflicto armado la aplicación geográfica y temporal del DIH, no se limita al lugar exacto de las hostilidades.* Este aspecto también lo extrajo la Corte de la jurisprudencia del TPIY.

Respecto al ámbito geográfico, la Corte destaca que en una situación de conflicto armado la aplicación del DIH no se limita a los lugares en los que materialmente se desarrollan los combates, y citando al tribunal resalta que "no es necesario establecer la existencia de un conflicto armado dentro de cada municipio implicado. Es suficiente establecer la existencia del conflicto armado en la región como un todo de la que forman parte dichos municipios".

En el ámbito de aplicación temporal del DIH, la Corte, siguiendo la jurisprudencia del TPIY, resalta que este ordenamiento jurídico rige desde el inicio del conflicto y se extiende más allá de la cesación de hostilidades, en el caso de los conflictos armados internos, hasta cuando se logre un arreglo pacífico.

¹⁰⁶ Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-291 del 25 de abril de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

7.8.2. Derecho Internacional Humanitario y bloque de constitucionalidad

Los tratados y la costumbre internacional en materia de DIH exigen a quienes participan en las hostilidades el cumplimiento de las obligaciones derivadas de esta normatividad. Sin embargo, el análisis de la aplicación de esta normatividad al caso colombiano debe considerar, además de esta exigencia, el estudio de la integración al ordenamiento jurídico interno del DIH a través del denominado bloque de constitucionalidad, aspecto que genera un conjunto de consecuencias jurídicas desarrolladas por la jurisprudencia de la CC.

Para ello, se hará una breve referencia a la definición del bloque de constitucionalidad¹⁰⁷, para luego estudiar lo referente al DIH y su integración al ordenamiento jurídico interno a través de esta técnica.

a. Definición del bloque de constitucionalidad

Antes de estudiar lo relacionado con el DIH y el bloque de constitucionalidad, se hará una descripción general de los siguientes aspectos de esta figura jurídica: (i) definición y (ii) alcance de la misma.

Una de las primeras definiciones del bloque de constitucionalidad fue la desarrollada por la Corte Constitucional en la sentencia C-225 de 1995¹⁰⁸. Aunque con anterioridad a esta sentencia la Corte había hecho referencia a esta figura jurídica¹⁰⁹, es en esta providencia donde comienza a describir con más detalle las características de la misma.

En la referida sentencia la Corte estudió la constitucionalidad del Protocolo Adicional II a los cuatro Convenios de Ginebra. En esa ocasión la CC se planteó el siguiente interrogante: ¿cómo armonizar las siguientes disposiciones constitucionales: (i) el artículo 93 constitucional, según el cual algunos tratados internacionales de DDHH tienen prevalencia en el orden interno y (ii) el artículo 4º que establece la supremacía de la Constitución?

Para armonizar estos preceptos la Corte recurrió a la noción del bloque de constitucionalidad, el cual, en términos de este Tribunal es aquel que se encuentra integrado por aquellas normas y principios que sin aparecer formalmente en el texto de la Constitución, son utilizados como parámetros de control de constitucionalidad de las leyes por cuanto han sido normativamente integrados a la misma, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que pueden a veces contener mecanismos de reformas diversos al de las normas del articulado constitucional *stricto sensu*¹¹⁰.

De acuerdo con lo anterior, los tratados en materia de DDHH¹¹¹ descritos en el artículo 93 constitucional deben cumplir dos condiciones para integrar el bloque: (i) reconocimiento de DDHH y (ii) que los DDHH reconocidos sean de aquellos que no pueden limitarse en los estados de excepción.

¹⁰⁷ Por no ser este el tema central del módulo,

¹⁰⁸ Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-225 del 18 de mayo de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁰⁹ Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-295 del 29 de julio de 1993, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

¹¹⁰ Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-225 del 18 de mayo de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹¹¹ Aunque el artículo 93 constitucional hace referencia solo a los tratados internacionales en materia de DDHH, también incluiría dentro de la noción del bloque constitucionalidad al DIH, como se muestra más adelante.

En providencias posteriores la Corte estableció dos acepciones de la noción de “bloque de constitucionalidad”: una en sentido estricto, que incluye “aquellos principios y normas que han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato expreso de la Carta, por lo que entonces tienen rango constitucional, como los tratados de derecho humanitario”¹¹²; y otra en sentido lato, que se refiere a “aquellas disposiciones que tienen un rango normativo superior al de las leyes ordinarias, aunque a veces no tengan rango constitucional, como las leyes estatutarias y orgánicas, pero que sirven como referente necesario para la creación legal y para el control constitucional”¹¹³.

Dentro de la noción de bloque de constitucionalidad en sentido lato, la Corte también ha hecho referencia a la segunda parte del artículo 93 constitucional, según el cual los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales en materia de DDHH ratificados por Colombia, estableciendo que “Por su parte, el inciso segundo del artículo 93 superior tiene otra finalidad pues esa norma completa y dinamiza el contenido protegido de un derecho que ya está consagrado en la Carta, puesto que, conforme a ese inciso, tal derecho debe ser interpretado de conformidad con los tratados ratificados por Colombia”¹¹⁴.

Esta segunda noción en sentido ampliado del bloque de constitucionalidad no ha dejado generar desacuerdos¹¹⁵, dado que ha ampliado la lista de tratados internacionales que podrían integrar el bloque¹¹⁶ y ha establecido que para la interpretación de los deberes y derechos consagrados en la Constitución se deberá acoger aquella que realicen las autoridades competentes (a nivel internacional) respecto de las normas internacionales relacionadas con la materia, estableciendo como regla la interpretación que más favorezca al ser humano.

¹¹² Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-582 del 11 de agosto de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-1319 del 07 de diciembre de 2001, M.P. Rodrigo Uprimy Yepes.

¹¹⁵ Ver otras posiciones en Hoyos, Ilva Myriam (editora), *La constitucionalización de las falacias*, Temis, Bogotá, 2005, pp. 35-58.

¹¹⁶ En ese contexto, la Corte concluye que el artículo 93-2 constitucionaliza todos los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia y referidos a derechos que ya aparecen en la Carta y, en virtud de la regla hermenéutica sobre favorabilidad, el intérprete debe escoger y aplicar la regulación que sea más favorable a la vigencia de los derechos humanos. Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-1319 del 07 de diciembre de 2001, M.P. Rodrigo Uprimy Yepes. Al respecto se debe destacar que en sentencia de tutela previa la Corte resaltó que si bien los tratados en materia de derechos humanos ratificados por Colombia sirven como parámetro o regla para la interpretación de los derechos consagrados en la Constitución Política, debe cumplirse con los dos requisitos exigidos por el numeral 1 del artículo 93 constitucional para que un tratado que reconozca derechos humanos integre el bloque de constitucionalidad, a saber: “Aunque todo tratado sobre derechos humanos ratificado por Colombia, independientemente de incorporarse en el derecho interno, sirve como canon de interpretación de los derechos y deberes constitucionales, solo aquellos que reúnen las dos condiciones indicadas, se integran además al bloque de constitucionalidad. Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-568 del 10 de agosto de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

¹¹⁷ Ahora bien, la Constitución dispone que la incorporación se realiza por vía de interpretación: “...se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. Ello obliga a indagar sobre lo que realmente se incorpora por esta vía, pues no puede interpretarse una norma positiva de textura abierta (como las que definen derechos constitucionales) con otra norma que reviste las mismas características. Solo es posible (i) fundir ambas normas (la nacional y la internacional) y (ii), acoger la interpretación que las autoridades competentes hacen de las normas internacionales e integrar dicha interpretación al ejercicio hermenéutico de la Corte. Por ello esta Corte ha señalado, en varias oportunidades, que la jurisprudencia de las instancias internacionales de derechos humanos constituye una pauta relevante para interpretar el alcance de esos tratados y por ende de los propios derechos constitucionales. Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-1319 del 07 de diciembre de 2001, M.P. Rodrigo Uprimy Yepes.

Lo dispuesto por la sala de tutela de la Corte Constitucional en la providencia mencionada ha generado diversas posiciones en torno a si las decisiones de los órganos autorizados para interpretar un tratado en materia de derechos humanos, como la CortelDH o de los comités de monitorios de los tratados de derechos humanos hacen o no parte del bloque de constitucionalidad. Así un sector de la doctrina considera que “los tratados de derechos humanos debidamente ratificados por Colombia y por consiguiente con carácter obligatorio para ella, sirven de pauta para interpretar los derechos y deberes consagrados en la Constitución. Naturalmente, si el tratado respectivo tiene un órgano autorizado para interpretarlo –una Corte– esa jurisprudencia es relevante para la interpretación que haga la Corte Constitucional. Todo, sin embargo, hay que entenderlo en los términos del tratado de que se trate, que son los términos a los que se ha obligado Colombia”. Rafael Nieto Navia, “Aspectos internacionales de la protección al derecho a la vida” en Hoyos, Ilva Myriam (editora), *La constitucionalización de las falacias*, Temis, Bogotá, 2005, p. 159.

Respecto del alcance que tiene la “pertenencia” de una norma internacional al bloque de constitucionalidad, la Corte resaltó que esta integración no significa que la disposición internacional prevalezca sobre el texto fundamental, por el contrario dicha inclusión conlleva necesariamente a adelantar interpretaciones armónicas y sistemáticas entre disposiciones jurídicas de diverso origen. Así las cosas, la técnica del bloque parte de concebir la Constitución como un texto abierto, caracterizado por la presencia de diversas cláusulas mediante las cuales operan reenvíos que permiten ampliar el espectro de normas jurídicas que deben ser respetadas por el legislador (...) en ese sentido la confrontación de una ley con un tratado internacional no puede dar lugar a una declaratoria automática de inconstitucionalidad, ya que es necesario, a su vez, interpretarla sistemáticamente con el texto de la Constitución.¹¹⁸

b. El DIH como parte del bloque de constitucionalidad

La jurisprudencia de la Corte ha reiterado que las normas del DIH hacen parte del bloque de constitucionalidad, dado que cumplen con los requisitos para ello. En este sentido afirmó que el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y del derecho internacional humanitario (C. P., arts. 93 y 214 num. 2º) es que estos 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 (C. P., 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 (C. P., art. 93).¹¹⁹

Ahora bien, respecto de las normas del DIH que hacen parte del bloque de constitucionalidad, la Corte ha definido lo siguiente:

Las normas convencionales en materia de DIH. La Corte afirmó que los tratados que conforma el DIH, como los convenios de Ginebra o el Protocolo I y el Protocolo II hacen parte del bloque. En providencias posteriores afirma de manera general que la normatividad convencional que integra el DIH es considerada como parte del bloque de constitucionalidad.¹²⁰

La costumbre internacional. La Corte también estableció que el derecho consuetudinario en materia de DIH, al igual que los tratados internacionales en la materia, hace parte del bloque de constitucionalidad por mandato de los artículos 93, 94 y 44 constitucionales. Además resaltó la importancia del mismo, en especial para los conflictos armados internos, dado que éste regula con mucho más detalle el desarrollo de las hostilidades y la protección de las víctimas que los distintos tratados aplicables a este tipo de conflictos¹²¹.

c. Consecuencias jurídicas de la vinculación del DIH al bloque de constitucionalidad

Que el cuerpo normativo convencional y consuetudinario en materia de DIH haga parte del bloque de constitucionalidad tiene, como se mencionó, un conjunto de consecuencias que involucran al juez constitucional, al legislador y a la sociedad en general. A continuación se realiza una descripción de las mismas:

La normatividad en materia de DIH será uno de los parámetros a considerar al realizar el juicio de constitucionalidad de la legislación interna. La primera y más evidente de las consecuencias resultantes de la integración del DIH al bloque de constitucionalidad es que esta normatividad en conjunto con la Constitución Política representan un parámetro para realizar el control de constitucionalidad que le corresponde a la C.C.

¹¹⁸ Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-291 del 25 de abril de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹¹⁹ Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-225 del 18 de mayo de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹²⁰ Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-291 del 25 de abril de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹²¹ *Ibidem*.

En este aspecto debe destacarse las funciones reconocidas por la Corte al bloque de constitucionalidad como límite a la libertad que tiene el legislador en la configuración de tipos penales. La primera de ellas es denominada función interpretativa en la medida que provee parámetros para la interpretación del contenido de las cláusulas constitucionales y en la identificación de las limitaciones admisibles a los derechos fundamentales¹²². La segunda es la función integradora, a través de la cual se tienen parámetros específicos de constitucionalidad en ausencia de disposiciones constitucionales expresas, por remisión directa de los artículos 93,94, 44 y 53 constitucionales¹²³.

En materia de DIH, la Corte destacó la función integradora de esta normatividad como parte del bloque de constitucionalidad, puesto que si bien la Constitución Política incorpora valores cardinales como la dignidad humana y la primacía de los DDFF que a su vez nutren los pilares centrales del DIH, no contiene disposiciones específicas que incorporen literalmente las normas de este ordenamiento internacional al texto constitucional, limitándose a ordenar su respeto en los estados de excepción y a remitir directamente a las normas internacionales que lo componen.

La legislación interna debe ajustarse a las disposiciones de la normatividad en materia de DIH. Dado que el bloque de constitucionalidad en conjunto con la Constitución Política se constituye en un parámetro para realizar el control de constitucionalidad, la legislación interna debe adaptarse a los parámetros del DIH, como parte del bloque de constitucionalidad.

El DIH como parte del bloque de constitucionalidad tiene carácter vinculante en el orden interno. La Corte destacó que el hecho de que las normas que integran el bloque de constitucionalidad tengan jerarquía constitucional hace de ellas verdaderas fuentes de derecho, lo que significa que los jueces y sus providencias y los sujetos de derecho en sus comportamientos oficiales o privados deben atenerse a sus prescripciones¹²⁴.

7.8.3. Reconocimiento del conflicto armado interno a nivel de la normatividad y la jurisprudencia colombiana

Si bien se resaltó que el reconocimiento de la existencia de un conflicto armado interno depende de la verificación de unos factores de carácter objetivo establecidos en los instrumentos internacionales estudiados y precisados por la jurisprudencia del TPIY, se considera pertinente presentar al operador jurídico un conjunto de referencias normativas y jurisprudenciales en las que se ha reconocido la existencia de un conflicto armado en Colombia, de tal forma que este encuentre criterios que le permitan desarrollar su función conforme a la normativa que actualmente es aplicable al caso colombiano. Se advierte que este aparte del documento no puede desligarse del aspecto temporal.

a. Referencias normativas¹²⁵

- **Leyes 418 de 1997, 548 de 1999, 782 del 2000 y 1106 del 2006.**

La Ley 418 de 1997, también conocida como ley de orden público, creadora del marco legal para realizar los acercamientos, diálogos y negociaciones de paz con los grupos armados al margen de la ley en Colombia, acepta (ya que no ha sido derogada sino prorrogada en el tiempo), la existencia de un conflicto armado en Colombia. Su articulado ha sido

¹²² En adelante DDFF.

¹²³ Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-291 del 25 de abril de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹²⁴ *Ibidem*.

¹²⁵ Mejía Azuero, Jean Carlo, "Derechos humanos, conflicto armado y agresión terrorista en Colombia" en *Prolegómenos Derechos y Valores*, 2007, volumen X, número 19, pp. 55-88.

modificado, ampliado y complementado por otras normas, específicamente por la Ley 548 de 1999, la Ley 782 del año 2002 y la Ley 1106 del 2006.

Algunas de las disposiciones que reconocen la existencia de un conflicto interno son:

Artículo 8º. Modificado por la Ley 782 del 2002 y corregido por el Decreto 1000 del año 2003 literal b). “Adelantar diálogos, negociaciones y firmar acuerdos con los voceros, o miembros representantes de los grupos armados organizados al margen de la ley, dirigidos a: obtener soluciones al **conflicto armado**, lograr la efectiva aplicación del DIH, el respeto de los DDHH, el cese de hostilidades o su disminución, la reincorporación a la vida civil de los miembros de estos grupos, o lograr su sometimiento a la ley, y enmarcados en la voluntad de crear condiciones que propendan por un orden político, social y económico justo.”

Capítulo II. Disposiciones para proteger a los menores de edad contra efectos del conflicto armado. Los artículos 13 y 14, no derogados hasta el momento, prescriben la prohibición del Estado colombiano (modificado por la Ley 548 de 1999) de vincular menores de edad a las filas. Pero igualmente en el artículo 14 insiste en la definición de términos como “insurgencia”, “grupos armados al margen de la ley”.

Título II. Atención a las víctimas de hechos violentos que se susciten en el marco de un conflicto armado interno.

“Art. 15. Para los efectos de esta ley, se entiende por víctimas de la violencia política, aquellas personas de la población civil que sufran perjuicios en su vida, o grave deterioro en su integridad personal o en sus bienes, por razón de atentados terroristas, combates, secuestros, ataques y masacres en el marco del conflicto armado interno¹²⁶.

- **Ley 599 del año 2000. Código Penal.**

Después de la firma del tratado de Roma el 18 de julio del año 1998¹²⁷ por parte de 120 Estados, entre ellos el nuestro, y la creación de la Corte Penal Internacional¹²⁸ o tribunal penal internacional (en adelante CPI), Colombia decidió en razón de garantizar la seriedad del compromiso suscrito, reformar la Constitución Política¹²⁹ y adicionar el artículo 93 e igualmente actualizar su codificación penal en aras de actualizar la tipificación de conductas punibles en relación con personas protegidas por el DIH, que como se ha reiterado solo es aplicable en situaciones de conflicto armado. Desde esa perspectiva, el título II de la parte especial del Código Penal vigente, entroniza los delitos contra personas y bienes protegidos por el DIH. Y así instituye en un capítulo único, conductas que solo se pueden cometer, como de hecho sucede, en el desarrollo de un conflicto armado, incluyendo en el artículo 144 al terrorismo. “Artículo 144. Actos de terrorismo”.

- **Ley 975 del 2005. Ley de justicia y paz¹³⁰.**

La denominada ley de justicia y paz; declarada exequible por la Corte Constitucional y que está sirviendo de marco legal para la desmovilización y inserción de los mal llamados grupos “paramilitares”; si bien no menciona el término “conflicto armado”,

¹²⁶ Todas las negrillas son propias.

¹²⁷ Véase Mejía Azuero Jean Carlo. La Corte Penal Militar y las Fuerzas Armadas de Colombia. Una mirada desde la trincheras. Editorial, Dike S.A. Primera Edición. Medellín, Colombia año 2006.

¹²⁸ En adelante CPI.

¹²⁹ Acto Legislativo N° 2 del año 2001.

¹³⁰ Ver sentencias de constitucionalidad de la Ley 975 del 2005, Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-370 del 18 de mayo de 2006, M.P., Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil y otros, Corte Constitucional, Sentencia C-575 del 25 de julio de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis, Corte Constitucional, Sentencia C-080 del 07 de febrero de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

sí demuestra en forma diáfana a través de otras expresiones, la existencia de dicho conflicto; verbigracia, sostiene la aludida ley dentro de su objeto que busca la facilitación de los procesos de paz; igualmente sostiene que busca la reincorporación individual o colectiva de miembros de los grupos armados al margen de la ley y finalmente el inciso segundo del artículo primero enseña que por grupos armados al margen de la ley se deben entender a los grupos guerrilleros y a las autodefensas, términos como estos solo se pueden entender en un contexto de conflicto armado.

b. Referencias jurisprudenciales de la Corte Constitucional

La CC en varias providencias ha hecho referencia a la existencia de un conflicto armado interno en Colombia, aunque no ha realizado un análisis de los criterios establecidos en la normatividad internacional en materia de DIH para caracterizar la situación de violencia que se vive en Colombia un como conflicto armado no internacional.

No obstante lo anterior, la existencia de un conflicto armado no internacional en Colombia ha sido reiterada en su jurisprudencia y a partir de este supuesto la Corte reconoce la importancia de DIH como marco normativo para afrontar la situación actual colombiana. En este sentido, se referenciarán algunas de las providencias de esta Corporación de tal forma que las y los operadores jurídicos identifiquen el contexto por el cual la Corte reconoce la existencia del conflicto.

Sentencias en las que el DIH se convierte en el límite para determinar la constitucionalidad de las normas a través de las cuales se adoptan medidas para hacer frente a la situación de violencia vivida en Colombia.

Sentencia C- 251 de 2002¹³¹. Magistrados Ponentes Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés Vargas Hernández. En este providencia se estudió la constitucionalidad de la Ley 684 de 2001 de seguridad y defensa nacional. Para ello la Corte no solo recurre al DIH como parte del bloque de constitucionalidad para realizar el análisis de exequibilidad o inexecutable de la mencionada norma, sino que también reconoce la existencia del conflicto armado y dispone que algunas de las medidas adoptadas en la mencionada ley para hacer frente a esta situación de violencia desconocen algunos de los principios del DIH.

En este sentido, la Corte reconoce que: *“las normas humanitarias prevén límites mínimos para la protección de los derechos humanos en situaciones de conflicto armado. Esto significa que los principios básicos del derecho internacional humanitario, explicados en detalle por esta Corte en anteriores decisiones, establecen nuevos límites para las políticas de seguridad y defensa”*.

Con posteridad a este reconocimiento, la Corte indica la existencia del conflicto armado y establece que las disposiciones de la Ley 684 de 2001 referentes al “poder nacional” desconocen el principio de distinción consagrado en el DIH: *“No se requieren mayores análisis para concluir que, en la situación de conflicto armado que vive el país¹³², la incorporación de los particulares al poder nacional y a los procesos de movilización decretados por el Presidente vulnera el principio de distinción del derecho internacional humanitario puesto que involucra a la población civil en el conflicto armado, lo cual es inconstitucional, como ya se explicó largamente en esta sentencia”¹³³.*

Sentencia C- 802 de 2002¹³⁴ Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño. En este fallo se estudió la Constitucionalidad del Decreto Legislativo 1837 del 11 de agosto de 2002 “Por el cual se declara el estado de Conmoción Interior.”

¹³¹ Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-251 del 11 de abril 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés Vargas Hernández.

¹³² Todas las negrillas son propias.

¹³³ Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-251 del 11 de abril 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés Vargas Hernández.

¹³⁴ Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-802 del 02 de octubre de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

La Corte describe los límites a los que se someten los estados de excepción permitidos por la Constitución, entre los cuales se encuentra el DIH, respecto del cual dispone que: *"El respeto de las reglas del derecho internacional humanitario es un imperativo para la efectiva protección de los derechos y garantías consagrados en la Carta, a la vez que constituye un presupuesto para la realización de la dignidad de los individuos que son afectados por el conflicto armado. Estos elementos cobran especial relevancia en la situación actual del país, que exige un reforzamiento de los procedimientos que estén dirigidos a la salvaguarda de la población civil"*.

Ahora bien, más adelante en el análisis de los supuesto fácticos para la declaratoria del estado de conmoción interior la Corte reconoce la existencia de un conflicto armado: *" (...), si bien el orden público puede afectarse gravemente por una amplia gama de motivos, hechos como los referidos evidencian el desbordamiento del **conflicto armado** que padece el país¹³⁵ e incorporan a él ya no solo a las instituciones sino también al personal civil que, por principio, es ajeno a él¹³⁶"*.

Otras decisiones de la Corte Constitucional en la que se reconoce la existencia de un conflicto armado.

Sentencia C-172 de 2004¹³⁷ Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño. En esta sentencia la Corte estudió la Constitucionalidad de la Ley 833 del 10 de julio de 2003, "por medio de la cual se aprueba el 'Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados'".

Al estudiar la constitucionalidad del Protocolo la Corte reconoce la importancia de este instrumento internacional para el conflicto armado en Colombia: *"La degradación del conflicto armado colombiano ha ocasionado que un grupo numeroso de niños, niñas y jóvenes se vean involucrados en ese ambiente hostil, en ese escenario aterrador y desolador de la guerra, ya como víctimas de ataques indiscriminados en donde hay masacres, genocidios, mutilaciones, desplazamiento, hambre, pobreza y una triste situación de desprotección, o participando activamente cuando se vinculan a los grupos armados ilegales"*.

Auto A092 de 2008¹³⁸ Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa. La Segunda Sala de Revisión de la C.C. a través de este auto busca que se adopten una serie de medidas que tienen por objeto proteger los DDFF de las mujeres afectadas por el desplazamiento forzado por causa del conflicto armado.

No le corresponde a este módulo desarrollar la temática relacionada con la protección de las víctimas del conflicto armado, sin embargo esta providencia muestra con claridad el reconocimiento de la existencia del conflicto armado interno, situación que motiva a que la Corte promueva la adopción de una serie de medidas para atenuar el impacto del conflicto armado en las mujeres colombianas.

7.8.4. Aspectos de interés para el caso colombiano: conflicto armado y terrorismo

Los hechos ocurridos en la historia reciente de la humanidad como los atentados realizados contra las torres gemelas y el pentágono en EEUU en el año 2001 o los llevados a cabo en Madrid en el año 2003, entre otros, han generado que la lucha contra el denominado terrorismo sea uno de los aspectos que ocupa un lugar prioritario en las discusiones en materia de seguridad en la comunidad internacional.

¹³⁵ Todas las negrillas son propias.

¹³⁶ Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-802 del 02 de octubre de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

¹³⁷ Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-172 del 02 de marzo de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

¹³⁸ Colombia, Corte Constitucional, Auto 092 del 14 de abril de 2008, M.P. Manuel José Cepeda.

Dos aspectos se resaltan de las discusiones que se han generado en torno al tema: (i) *la definición de terrorismo*, temática respecto de la cual no existe unanimidad¹³⁹ y (ii) *el marco jurídico aplicable para contrarrestar o luchar contra el terrorismo*, este último plantea el interrogante que será objeto de estudio en esta parte del módulo ¿la existencia de acciones terroristas permite descartar *per se* la existencia de un conflicto armado no internacional?

Lastimosamente, estos dos aspectos no son ajenos a la realidad colombiana que ha sido testigo de una serie de acciones terroristas realizadas por los grupos armados al margen de la ley. De igual forma, resultan de suma importancia para las y los operadores jurídicos encargados de la investigación, el juzgamiento y la sanción de las violaciones a los DDHH e infracciones al DIH, la identificación del marco jurídico a la luz del cual se deben considerar las acciones de quienes comenten esta clase de actuaciones, así como las de aquellos que por su misión constitucional deben contrarrestarlas.

Si bien la referencias normativas y jurisprudenciales mencionadas en el aparte denominado *Reconocimiento del conflicto armado interno a nivel de la normatividad y la jurisprudencia colombiana* de este módulo, evidencian la aplicación del DIH a la situación de violencia existente en Colombia, a pesar de la realización de acciones terroristas, se busca que las y los operadores jurídicos identifiquen el marco jurídico aplicable al fenómeno del terrorismo en un contexto de conflicto armado, así como las razones por las cuales estas dos situaciones no son excluyentes.

a. Aproximación a una definición de terrorismo

Lo primero que debe resaltarse es que actualmente no existe un acuerdo respecto del significado del término terrorismo y que las distintas nociones que se han desarrollado no pueden desligarse de su contexto histórico¹⁴⁰.

Ya desde 1937 se realizaron esfuerzos por desarrollar una noción general de terrorismo en el instrumento internacional conocido como *Convención para la prevención y represión del terrorismo*, el cual también constituyó la primera propuesta relacionada con la creación de una Corte Penal Internacional. Con posterioridad a este documento se pueden citar un conjunto de convenciones internacionales¹⁴¹ y resoluciones¹⁴² de la ONU, que aunque han tratado la temática no establecen una definición de terrorismo.

Algunos de los aspectos que han dificultado el acuerdo respecto de una noción general de terrorismo se encuentran relacionados con temas como la diferenciación entre una organización terrorista y un movimiento de liberación o el tratamiento jurídico que deberían recibir los casos en los que las Fuerzas Armadas regulares comentan actos terroristas, entre otros temas¹⁴³.

A pesar de la falta de unidad en torno al tema, se propone la definición recomendada por un grupo de expertos convocados por las Naciones Unidas en el año 2005 y que fue adoptada por la cumbre de Madrid¹⁴⁴ según la cual terrorismo es “cualquier acto, además de los especificados en los diferentes convenios, destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a

¹³⁹ Foglia, Mariana, El derecho internacional humanitario en la lucha contra el terrorismo post 11-S debate y perspectiva, Centro Argentino de Estudios Internacionales, 2006, p. 21.

¹⁴⁰ Véase Mariana, Foglia, El derecho internacional humanitario en la lucha contra el terrorismo post 11-S debate y perspectiva, op cit., p. 21.

¹⁴¹ Convenio para Prevenir y Castigar los Actos de Terrorismo de la OEA de 1971, el Convenio para la Prevención y Castigo del Terrorismo Internacional de 1972, el Convenio Europeo sobre la Represión del Terrorismo de 1977, Convención Internacional para la Supresión de Atentados Terroristas de 199 y la Convención Internacional para la Supresión de la Financiación del Terrorismo, de 1999 de las Naciones Unidas.

¹⁴² Resolución 1373 del Consejo de Seguridad de la ONU del 28 de septiembre de 2001.

¹⁴³ Véase Foglia, Mariana, El derecho internacional humanitario en la lucha contra el terrorismo post 11-S debate y perspectiva, op cit, p. 23.

¹⁴⁴ Nieto Navia, Rafael “¿Hay o no hay conflicto armado en Colombia?” Anuario colombiano de derecho internacional, op cit, pp. 139-159.

un no combatiente, cuando el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o una organización internacional a realizar una acción o abstenerse de hacerlo”¹⁴⁵.

Esta definición permite la existencia de distintas clases de terrorismos, una primera división es la del terrorismo internacional y el terrorismo interno. Este último puede dividirse en dos: (i) aquel que es espontáneo o en todo caso, no deriva de una sublevación propiamente dicha y (ii) aquel que es practicado por sublevados que añaden el terrorismo como una de sus múltiples formas de lucha¹⁴⁶. Esta última modalidad es la que representa mayor interés por ser la que más se ajusta a la situación de violencia que actualmente existe en Colombia.

b. El terrorismo en un contexto de conflicto armado

Cuando en el marco de un conflicto armado (interno o internacional) alguna de las partes que intervienen en las hostilidades recurre a acciones terroristas como forma de combate, estas no modifican la naturaleza de esa situación de violencia, la cual continua siendo un conflicto armado y por lo tanto el DIH el marco jurídico aplicable. Esta afirmación se encuentra respaldada en los instrumentos internacionales relacionados con el DIH, que no excluyen el terrorismo de sus disposiciones, sino que al contrario contemplan y prohíben este tipo de acciones en los conflictos armados internacionales e internos, como se muestra a continuación:

*En el caso de los conflictos armados internacionales*¹⁴⁷

- **Convenio IV de Ginebra del 12 de agosto del año 1949. Relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, en su artículo 33**¹⁴⁸. Frente a las personas protegidas ubicadas en el territorio de una de las partes en conflicto internacional, previene a las autoridades que en ningún caso se podrá admitir castigos colectivos, así como toda medida de intimidación o de terrorismo.
- **Protocolo I de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales**¹⁴⁹. El artículo 51 del Protocolo I relacionado con la población civil, prevé en su numeral segundo y como estándar de protección en conflictos armados internacionales que la población civil no será objeto de ataque; que en ese sentido, quedan totalmente prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil.

¹⁴⁵ Respecto de otros elementos pueden definir el terrorismo se puede ver la propuesta realizada por Hans – Peter Gasser en la que se descartan los siguientes aspectos: “No obstante, todos sabemos más o menos qué significa esta noción, aunque no esté definida claramente. Cabe suponer que esa percepción común del significado de terrorismo se compone de los siguientes elementos: (i) El terrorismo implica violencia o amenaza de violencia contra personas civiles corrientes, su vida, sus bienes, su bienestar. Los actos terroristas no distinguen entre un blanco deseado y terceras personas, o entre diferentes grupos de estas personas. Los terroristas atacan indiscriminadamente, (ii) El terrorismo es un medio para alcanzar un objetivo político que supuestamente no podría lograrse por medios legales y ordinarios, dentro del orden constitucional establecido, (iii) Los actos terroristas suelen formar parte de una estrategia y los cometen grupos organizados durante un largo período de tiempo, (iv) Los actos terroristas se cometen, en general, contra personas que no tienen influencia directa en los resultados pretendidos ni conexión con estos, como son las personas civiles corrientes, (v) El propósito de los actos terroristas es aterrorizar a la población para crear unas condiciones que, en opinión de los terroristas, favorecen su causa, (v) El objetivo del terrorismo es humillar a seres humanos. Foglia Mariana, El derecho internacional humanitario en la lucha contra el terrorismo post 11-S debate y perspectiva, op cit, p24

¹⁴⁶ Nieto Navia, Rafael “¿Hay o no hay conflicto armado en Colombia?” Anuario colombiano de derecho internacional, op cit, pp. 139-159.

¹⁴⁷ Mejía Azuero, Jean Carlo, “Derechos humanos, conflicto armado y agresión terrorista en Colombia” op cit, pp. 55-88.

¹⁴⁸ Los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949. Comité internacional de la Cruz Roja. Nueva edición publicada por el CICR. Año 1986. p. 151.

¹⁴⁹ Protocolos adicionales a los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949. Comité Internacional de la Cruz Roja Ginebra 1977. edición revisada en 1996. www.icr.org. p. 37.

En consideración a lo anterior, conflicto armado internacional y terrorismo no son excluyentes. Estos dos artículos corroboran que estas dos situaciones pueden coexistir y en ese caso el DIH se convierte en el marco normativo aplicable, que como se vio prohíbe la realización de acciones terroristas como métodos de guerra.

Se advierte que el artículo 51 del Protocolo I distingue entre los actos terroristas y la amenaza terrorista y prohíbe la realización de estas dos clases de acciones.

*En el caso de conflictos armados no internacionales*¹⁵⁰

Protocolo II de 1977, adicional a los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados no internacionales, Art. 4º, numeral 2º, literal d. Prevé frente a las personas protegidas que quedarán prohibidos en todo lugar y tiempo los actos de terrorismo. De esa forma recoge el criterio plasmado en el citado artículo 33 del Convenio IV de Ginebra.

Protocolo II de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949. Relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados no internacionales. Art. 13. Prevé en relación a la protección que debe tener la población civil en los conflictos no internacionales, que quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad sea aterrorizar a la población civil.

Estas dos disposiciones aplicables a los conflictos armados internos ratifican lo expresado en las normas relacionadas con los conflictos armados internacionales, de tal forma que la realización de acciones terroristas y las situaciones de conflictos armados internos no son excluyentes.

En el caso colombiano, La Ley 599 de 2000 –actual Código Penal- también ha reconocido que la realización de actos terroristas no excluyen el reconocimiento de un conflicto armado interno, estableciendo una doble tipificación para este delito, cuando este se realiza con ocasión de un conflicto armado¹⁵¹ y cuando se lleva a cabo en una situación fáctica distinta a una confrontación armada¹⁵².

De acuerdo con lo anterior se destaca que:

- Cuando en el contexto de un conflicto armado se realicen acciones terroristas como método de combate, el régimen jurídico aplicable continúa siendo el DIH, razón por la cual:
 - o Las partes que utilicen acciones terroristas como métodos de guerra cometen una infracción a este ordenamiento.
 - o El uso de la fuerza para contrarrestar las acciones terroristas tiene como marco jurídico el DIH.
 - o En el caso de los conflictos armados no internacionales el uso de la fuerza para contrarrestar el terrorismo tiene como régimen jurídico aplicable el DIH y la normatividad interna.
 - o Los combatientes que sean capturados con ocasión del conflicto armado en el que se hayan cometido acciones terroristas se encuentran protegidos por las disposiciones del DIH. En el caso de los conflictos armados internos se tiene que respetar el DIH, la normatividad interna, los derechos fundamentales y las garantías procesales.

¹⁵⁰ Mejía Azuero, Jean Carlo, “Derechos humanos, conflicto armado y agresión terrorista en Colombia”, op cit, pp. 55-88.

¹⁵¹ Colombia, Congreso de la República, Ley 599 de 2000, artículo 144.

¹⁵² Colombia, Congreso de la República, Ley 599 de 2000, artículo 343.

- El DIH prohíbe la realización de actos de terrorismo, los cuales constituyen infracciones a este ordenamiento jurídico. Se resalta que en los conflictos armados no internacionales el DIH otorga derechos y obligaciones a las partes en conflicto, razón por la cual estas deben adoptar su conducta a las reglas que prohíben los actos terroristas¹⁵³.

7.8.5. Autoevaluación

1. Vuelva a leer el caso propuesto al inicio de esta unidad. De acuerdo con lo estudiado en el módulo ¿cambiaría alguna de sus respuestas?
2. En horas de la mañana en la alcaldía del municipio de Perra Pérdida departamento del Cesar, Colombia, se hizo estallar una carga explosiva que causó daños materiales y algunos heridos. La alcaldía se encontraba ubicada en la plaza central, al lado de la iglesia principal del pueblo y al frente de unos edificios en los que funcionan los juzgados municipales. Además de los daños materiales causados a la alcaldía, se encuentran los ocasionados a la iglesia cuyos vitrales fueron destruidos por la explosión.

Ocurrido el hecho se llevaron a cabo un conjunto de operaciones militares y operativos policivos para capturar a los presuntos responsables, lo cual se logró dos semanas después, gracias a las labores de inteligencia realizadas. Iniciado el proceso penal se evidencia que los nombres de los presuntos responsables se encontraban en un orden de batalla del frente 14 de las autodenominadas Farc.

Interrogantes

- a. ¿Los hechos narrados constituyen una infracción al DIH? ¿Por qué?
- b. ¿Cómo tipificaría e imputaría cargos?
- c. Uno de los presuntos responsables, reconoce su participación en los hechos, sin embargo, solicita que se le impute el tipo penal correspondiente a daño en bien ajeno dado que en Colombia no hay conflicto armado reconocido, ¿es procedente su petición?

¹⁵³ Véase Foglia Mariana, *El derecho internacional humanitario en la lucha contra el terrorismo post 11-S debate y perspectiva*, op cit., p. 40.

8. UNIDAD 3

Vínculo Entre la Conducta Violatoria del DIH y la Situación de Conflicto Armado Interno

8.1. Objetivo general de la unidad

- Estudiar lo relacionado con la conexión que debe existir entre la conducta que presuntamente constituye una infracción al DIH y la situación de conflicto armado.

8.2. Objetivos específicos de la unidad

- Delimitar el alcance que debe darse a la expresión: “con ocasión y en desarrollo”.
- Diferenciar la situación de conflicto armado de figuras tales como la beligerancia, las tensiones internas o los disturbios interiores.

8.3. Conducta “con ocasión y en desarrollo de conflicto armado”

La totalidad de las conductas punibles contenidas en el título II, del segundo libro del Código Penal colombiano, es decir, los delitos que atentan contra las personas y los bienes protegidos por el DIH, contienen idéntica formulación de uno de sus elementos constitutivos, cual es la necesidad de cometerse “con ocasión y en desarrollo de conflicto armado”, expresión esta que debe ser analizada desde diversos puntos de vista, así:

8.3.1. Se trata de un elemento normativo - jurídico del tipo penal

Bien vale la pena recordar que al tipo penal tradicionalmente se le ha asignado una importante función de garantía, en el sentido de ser el medio utilizado por el Estado para comunicar a sus ciudadanos aquellas conductas que considera inaceptables, amenazando con pena su comisión, esto es, se trata de la forma mediante la cual el Estado brinda seguridad jurídica en materia penal respecto de los habitantes de su territorio.

En palabras de Jesús Orlando Gómez: “Así el tipo penal a la vez que concreta y define el delito determinándolo claramente, *cumple una función de garantía* al clarificar de antemano las conductas delictivas, para que nadie pueda ser punido sino por la realización de un comportamiento que estaba previamente determinado en la ley preexistente al acto”¹⁵⁴.

Ahora bien, la doctrina penal a la hora de analizar y descomponer el tipo penal, ha distinguido entre elementos descriptivos y normativos. Para el caso de los tipos penales que atentan contra las personas y bienes protegidos por el DIH, se tiene que la expresión “con ocasión y en desarrollo de conflicto armado” es un elemento normativo del tipo penal, esto es, se trata de uno de “aquellos juicios o presupuestos que, referidos a lo injusto, obligan al exégeta a asumir una especial actitud valorativa, superior a la simple cognición, estimando o apreciando en la esfera de lo normativo, el mérito de las situaciones de hecho”¹⁵⁵.

Sin embargo, no solamente se trata de un elemento normativo, sino que bien puede calificarse como un elemento normativo-jurídico del tipo penal, ya que acude a una clase de valoración especial que únicamente puede ser encontrada en el ámbito del

¹⁵⁴ Gómez López, Jesús Orlando. Teoría del Delito, Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, 2003. p. 189.

¹⁵⁵ Valencia Martínez, Jorge Enrique, Dogmática y Criminología, Legis, Bogotá, 2005. p. 610.

derecho¹⁵⁶. Y se afirma lo anterior como quiera que el concepto o definición de conflicto armado se deriva de manera exclusiva de normas jurídicas contenidas en el artículo 3º común a los cuatro convenios de Ginebra de 1949 y en el artículo 1º del Protocolo II Adicional a los convenios mencionados, convertidos en legislación interna mediante la Ley 171 del 16 de diciembre de 1994.

Se resalta esta situación en la medida que al tratarse de un concepto eminentemente jurídico, es decir, independiente de cualquier otro criterio, debe enmarcarse o circunscribirse de manera exclusiva al análisis con base en la norma jurídica. Se trata de normas pertenecientes al *ius cogens*¹⁵⁷ e integrados al bloque de constitucionalidad, respecto de las cuales se predica su aplicación automática.

En este sentido vale la pena traer a colación la sentencia C-225 de 1995, en la cual la Corte Constitucional fijó su postura respecto al tema que se viene tratando de la siguiente manera:

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

En pocas palabras, para cerrar el presente apartado, en aras de preservar la seguridad jurídica, bien vale la pena señalar que este elemento de los delitos contra personas y bienes protegidos por el DIH, es uno de los conocidos como normativo– jurídico, el cual debe estar sometido a la estricta interpretación de las normas que lo contienen.

8.3.2. El delito debe cometerse no solamente con ocasión, sino que además debe sumarse el que sea cometido el tipo penal en desarrollo de una situación de orden público calificable como conflicto armado

En efecto, se trata de una situación compleja bajo el entendido que se requiere no solamente la presencia de uno de los elementos, esto es, que se dé solamente con ocasión, sino que se requiere que este elemento esté acompañado de que el delito sea cometido en desarrollo o en el contexto de un conflicto armado.

¹⁵⁶ Reyes Echandía, Alfonso. Derecho Penal, Parte General, Segunda edición, Publicaciones Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1972. p. 116.

¹⁵⁷ Aún cuando existan críticas en contra del reconocimiento que ha hecho la Corte de las normas del derecho internacional humanitario como pertenecientes al bloque de constitucionalidad, con carácter de normas de *ius cogens*, no se puede desconocer la fuerza jurídica que tiene el pronunciamiento, puesto que está revestido de la autoridad que le da la interpretación normativa del máximo Tribunal Constitucional en Colombia. Para haber diferentes posturas sobre la composición del *ius cogens* consultar: Nieto Navia, Rafael "Derecho imperativo internacional, derecho internacional humanitario y bloque de constitucionalidad", en *derecho internacional contemporáneo: lo público, lo privado los derechos humanos*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2006.

Según comenta Kai Ambos, respecto a la delincuencia, bien se pueden distinguir tres hipótesis, así:

- a. Los delitos que ocurren en tiempos de paz.
- b. Los delitos que ocurren durante la existencia de un conflicto armado, pero que no tienen relación con él, lo cual significa que ocurren solamente *con ocasión* del mismo.
- c. Los delitos que se *desarrollan* durante un conflicto armado y ocurren por tanto en relación con el mismo.

Para dar mayor claridad al respecto, el mismo Ambos refiere lo siguiente:

“Es obvio que en la primera situación solo existe responsabilidad penal de acuerdo con el Derecho penal general. En la segunda y tercera situaciones, durante un conflicto armado podrían aplicarse tanto el Derecho penal nacional general como el Derecho penal internacional. Evidentemente, los crímenes comunes también pueden cometerse durante un conflicto armado. El sistema de justicia penal en tiempos de paz no se ve reemplazado por el sistema de la época de guerra. Pero ambos existen simultáneamente, y es así como surge la cuestión de su delimitación. Al respecto, los elementos se concentran en si la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado [internacional] [que no era de índole internacional] y haya estado relacionada con él. Así, parece haber acuerdo en que la mera comisión de un delito con ocasión de un conflicto armado no lo convierte en un crimen de guerra. Si el autor utiliza el caos general provocado por el estallido de una guerra para saldar viejas cuentas y mata a su vecino, este delito, con toda seguridad no es un crimen de guerra por la razón más bien formal de que el vecino no es una persona protegida según el IV Convenio de Ginebra; no obstante, tampoco es un crimen de guerra, porque el acto no está relacionado con el conflicto armado, puesto que el autor quería matar a su vecino independientemente de la existencia del conflicto armado y así lo hizo. Esto es aún más obvio en el siguiente caso: si un grupo de licenciosos *hooligans* destruye varios automóviles, este daño a la propiedad no se convierte en el crimen de guerra de destrucción de la propiedad previsto en el artículo 8.2.a).iv) del Estatuto de la CPI simplemente porque ocurre objetivamente durante un conflicto armado. De igual forma, una violación punible según el Derecho Penal general en tiempos de paz no se vuelve un crimen de guerra de violación según el artículo 8.2.b).xxii) del Estatuto mencionado tan solo porque la guerra estalló la noche anterior. En todos estos casos, el autor tan solo llega a ser un criminal de guerra si su conducta, como lo exigen correctamente los Elementos, tuvo lugar en el contexto de un conflicto armado. Con todo, este contexto no puede tan solo determinarse de forma objetiva, sino que es consecuencia de la actitud del delincuente hacia el delito. Si el autor actúa con independencia del conflicto armado, si incluso no sabe que este ocurre, entonces no lo lleva a cabo dentro del contexto de este conflicto, y será una simple coincidencia que se presenten simultáneamente”¹⁵⁸.

Así las cosas, se debe exigir no solamente que se trate de un delito cometido durante el tiempo en el cual se desarrolla un conflicto armado (internacional o interno), sino que además es indispensable que los hechos tengan relación directa con la situación de orden público calificable como tal. No siendo suficiente entonces para completar el elemento que se viene comentando la circunstancia de la ocurrencia del hecho *con ocasión*, sino que además debe presentarse en medio del *desarrollo del conflicto armado*, exigencia esta que brinda el *contexto* en el cual se deben cometer los delitos contra personas y bienes protegidos por el DIH.

¹⁵⁸ Ambos, Kai, *Temas de Derecho Penal Internacional y Europeo*, Editorial Marcial Pons. Madrid, 2006, pp. 333 y ss.

8.3.3. Desde el punto de vista de la activación del cuerpo normativo constitutivo del DIH, es decir, desde la perspectiva *ratione temporis*, las violaciones graves en su contra solamente pueden presentarse cuando se dé el supuesto de hecho consistente en la existencia de conflicto armado

Al igual que ocurre con la inmensa mayoría de las normas jurídicas, que tienen su estructura conformada por un supuesto de hecho y por una consecuencia jurídica, se tiene que el cuerpo normativo conocido como DIH solamente entra en vigor cuando se presenta la situación de *conflicto armado (internacional o interno)*¹⁵⁹.

Así las cosas, podría afirmarse que el supuesto de hecho es la situación de *conflicto armado*, en tanto que la consecuencia jurídica que se produce ante la presencia del supuesto fáctico es la entrada en vigor del DIH.

Lo anterior, bajo el entendido que no tiene sentido alguno tratar sobre la aplicabilidad de las normas del DIH en tiempos de paz.

De la misma manera, no es posible hablar de la existencia de delitos contra personas o bienes protegidos por el DIH, nominados como crímenes de guerra en el ER, sino cuando se pueda predicar la existencia de la situación de *conflicto armado*. Así, no puede hablarse del delito de perfidia, del reclutamiento de menores, de la utilización de medios y métodos de guerra ilícitos, despojo en campo de batalla, etc., sino solamente cuando se esté en presencia del supuesto de hecho que activa las normas del DIH, esto es, la situación de orden público calificable como conflicto armado (internacional o interno).

Cobran así vigencia las palabras expuestas por Pietro Verri al manifestar que "*Ratione temporis*, el derecho de los conflictos armados entra en vigor, según el caso, cuando hay **estado de guerra**"¹⁶⁰.

8.3.4. En el Código Penal colombiano no existe distinción entre los delitos que atentan contra las personas y bienes protegidos por el DIH según se trate de conductas que solamente puedan presentarse en situación de conflicto armado internacional o no internacional. Esto es, estas conductas pueden presentarse tanto en conflicto armado de carácter internacional, como interno

A diferencia de lo que ocurre con la tipificación de los crímenes de guerra efectuada por el ER, en el cual se diferencian claramente los delitos en tanto ocurran en situación de conflicto armado internacional o en situación de conflicto armado no internacional, el legislador colombiano no estableció tal distinción, sino que la forma de implementación e incorporación de las violaciones graves en contra del DIH se llevó a cabo mediante la inclusión en cada una de las descripciones típicas del elemento de *contexto*, esto es, que la conducta punible se cometa *con ocasión y en desarrollo de conflicto armado*, sin distinguir la clase de conflicto de la que se trate, de tal manera que aplica tanto para los conflictos armados internacionales como para los no internacionales.

8.3.5. Cuando se trata de conflicto armado interno, las normas del DIH se activan para todo el territorio nacional del Estado y no solamente para aquellas partes del territorio en el cual se presentan los combates o las hostilidades

Bien vale la pena aclarar que cuando se trata de la situación de *conflicto armado interno o no internacional*, el DIH se activa o adquiere vigencia en todo el territorio nacional del Estado que corresponda.

¹⁵⁹ Ver unidad 1: Marco jurídico general relacionado con el Derecho Internacional Humanitario.

¹⁶⁰ Verri, Pietro, Diccionario de Derecho Internacional de los Conflictos Armados, Comité Internacional de los Conflictos Armados, Reimpresión en español del Centro de Apoyo en Comunicación para América Latina y el Caribe. Buenos Aires, 2008, p. 33.

Así las cosas, para el caso colombiano, aún cuando la intensidad de los combates o de las hostilidades se concentran en ciertas partes del país, piénsese por ejemplo en el sur oriente del Estado, ello no quiere significar que solamente en aquella región se encuentren vigentes las normas del DIH, ya que las mismas adquieren tal atributo en la totalidad del territorio. Así, por ejemplo, las normas de prisioneros de guerra o de personas fuera de combate rigen en todo el territorio. Otras, como las que se refieren a proporcionalidad o prohibición de uso de ciertas armas, solamente en las áreas de combate¹⁶¹.

En respaldo de esta afirmación se podría señalar cómo resulta importante distinguir entre la situación de conflicto armado no internacional del concepto de combate o de hostilidades, ya que la primera representa una realidad jurídica que produce varias consecuencias jurídicas, mientras que el segundo consiste en la materialización mediante actos violentos del enfrentamiento entre los combatientes.

Más aún, tratándose de un Estado unitario, como es el caso colombiano, se tiene que la ley se aplica para todo el territorio nacional y no solamente para ciertas regiones del mismo.

Apoyando esta forma de argumentar, Kai Ambos refiere lo siguiente:

“En cuanto a la extensión geográfica de las hostilidades es suficiente con que se establezca la existencia del conflicto para toda una región integrada por ciertos municipios, sin la necesidad de tener un conflicto armado dentro de cada uno de ellos municipalidades (SIC). Si se establece la existencia de un conflicto armado en cierto territorio, el Derecho Internacional Humanitario es aplicable en todo aquel, tenga o no lugar ahí el combate real. No es necesario que todos los crímenes deban cometerse en la región geográfica exacta donde se lleva a cabo un conflicto armado en un momento dado.

“Cabría preguntarse si esta determinación considerablemente liberal de los requisitos geográficos puede transferirse a grandes Estado Federales como Estados Unidos, México o Brasil. En otras palabras, si hubiera un conflicto armado en uno de los estados de una de estas Federaciones, ¿llegaría a convertirse este en un conflicto armado en todo el Estado Federal? Supongamos, para abundar en el tema, que la situación en el estado mexicano de Chiapas llegara a ser un conflicto armado en el sentido del Derecho Humanitario., ¿podríamos decir en tal caso que en todo México existe conflicto armado? Mi respuesta sería negativa y mi argumento principal sería que Chiapas es una parte demasiado pequeña de México para afirmar que todo el país se encuentra en una situación de conflicto armado. Aún así, queda no obstante sin responder la pregunta de si no sería razonable tener en cuenta la aplicación del Derecho Humanitario en este estado específico de la Federación, i. e., una especie de aplicación parcial o geográficamente limitada del Derecho donde la situación lo requiera”¹⁶².

Así las cosas, para el caso colombiano, como república unitaria que es, bien puede afirmarse que el DIH es aplicable en toda la geografía del territorio nacional en caso de presentarse la situación de conflicto armado interno. Por otro lado, si se tratara de un Estado Federado, no ocurriría lo mismo, puesto que la forma en la que se aplican las leyes varía de manera sustancial, siendo que no se trata de la misma configuración legislativa para todos los estados que componen el gran Estado Federal.

¹⁶¹ En este sentido, bien vale la pena traer a colación el párrafo 68 de la sentencia del caso Dusko Tadic, el cual señala lo siguiente: “Although the Geneva Conventions are silent as to the geographical scope of international “armed conflicts,” the provisions suggest that at least some of the provisions of the Conventions apply to the entire territory of the Parties to the conflict, not just to the vicinity of actual hostilities. Certainly, some of the provisions are clearly bound up with the hostilities and the geographical scope of those provisions should be so limited. Others, particularly those relating to the protection of prisoners of war and civilians, are not so limited.”

¹⁶² Ambos, Kai, Los Crímenes del Nuevo Derecho Penal Internacional, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, 2004.

Gerhard Werle, al respecto realiza el siguiente aporte¹⁶³:

“En relación con los ámbitos de aplicación temporal y espacial del derecho internacional humanitario y con ello también del derecho penal internacional bélico, la sala de apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia ha determinado (caso Tadic): “El derecho internacional humanitario se aplica desde el inicio de tales conflictos y se extiende más allá de la cesación de las hostilidades hasta que se celebra un tratado general de paz, o, en el caso de los conflictos internos se alcanza un acuerdo pacífico. Hasta ese momento, el derecho internacional humanitario continúa aplicándose en el territorio entero de los estados en guerra, o en el caso de los conflictos internos, todo el territorio bajo el control de una parte, si ahí toma lugar o no un combate real”¹⁶⁴.

Así las cosas, se confirma que el DIH se aplica en toda la extensión del territorio de un Estado que sufra un conflicto armado, con independencia de que no en toda su geografía se presenten o no combates.

Para mayor claridad se debe señalar con precisión que no se debe confundir el concepto de conflicto armado con el de combate o con el de hostilidades.

Así, sin que en este escrito se distinga entre combate u hostilidades, por tal deben entenderse “los actos de violencia ejercidos por un beligerante contra un adversario a efectos de aniquilar su resistencia y obligarlo a seguir su propia voluntad. Aunque en el derecho internacional positivo no se defina este término, ha sido utilizado ampliamente. Como ejemplo pueden citarse las expresiones siguientes: apertura de las hostilidades, conducción de las hostilidades, actos hostiles, personas que participan o que no participan en las hostilidades, efectos de las hostilidades, suspensión de las hostilidades, final de las hostilidades”¹⁶⁵.

Siendo así lo anterior, debe distinguirse entre la existencia de una situación que genera ciertas obligaciones jurídicas para los Estados y para los combatientes, cual es la situación de conflicto armado interno, y el concepto de combate y hostilidades, entendidos como actos de violencia, bien sea ofensivo o defensivo que materializa o exterioriza físicamente el enfrentamiento entre Fuerzas Militares opuestas en medio de un conflicto armado.

8.4. Diferencias entre el concepto de conflicto armado y otras figuras similares. Beligerancia, tensiones internas y disturbios interiores.

Dado que se trata de figuras jurídicas que en algún momento dado pueden compartir ciertos elementos que les son comunes, bien vale la pena diferenciarlas, ya que cada una de ellas conlleva realidades o consecuencias jurídicas disímiles, tal como se pasa a ver.

8.4.1. Tensiones internas y disturbios interiores

Aún cuando se trata de conceptos que gozan de cierta similitud entre ellos, en cuanto que se trata de crisis de gobernabilidad al interior de un Estado que producen serias afectaciones del orden público, y en cuanto a que en ninguna de estas dos situaciones se hace aplicable el DIH, estas dos figuras presentan diferencias en cuanto a su grado de intensidad.

¹⁶³ Werle, Gerhard, Tratado de Derecho Penal Internacional, Tirant lo Blanch. Valencia, 2005, p. 460.

¹⁶⁴ International humanitarian law applies from the initiation of such armed conflicts and extends beyond the cessation of hostilities until a general conclusion of peace is reached; or, in the case of internal conflicts, a peaceful settlement is achieved. Until that moment, international humanitarian law continues to apply in the whole territory of the warring States or, in the case of internal conflicts, the whole territory under the control of a party, whether or not actual combat takes place there.” Traducción no formal, Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, sala de apelaciones, sentencia de segunda instancia del 02 de octubre 1995, caso Dusko Tadic No. IT-94-1-AR72, párrafo 70.

¹⁶⁵ Pietro, Verri, Diccionario de Derecho Internacional de los Conflictos Armados, op. cit, p. 33.

El Diccionario de Derecho Internacional de los Conflictos Armados define a las *tensiones internas*, así: Según una definición dada por el CICR en 1971 (con motivo de una consulta de expertos gubernamentales), se trata de situaciones que pueden caracterizarse por: a) gran número de detenciones; b) gran número de detenidos políticos o de seguridad; c) probables malos tratos infligidos a los detenidos; d) promulgación del estado de emergencia; e) alegaciones de desapariciones. Al contrario de las situaciones de disturbios interiores -en las que los rebeldes están suficientemente organizados y son identificables- en el caso de tensiones internas, la oposición está rara vez organizada de manera visible¹⁶⁶.

En tanto que la misma obra, al tocar el asunto de los *disturbios interiores*, señala lo siguiente: "Según una definición dada por el CICR en 1971, esta expresión cubre las situaciones en las que, sin que haya un conflicto armado propiamente dicho, existe, no obstante, en el plano interno, un enfrentamiento que presenta cierto carácter de gravedad o de duración y que implica actos de violencia. Estos últimos pueden revestir formas variables que pueden ir desde la generación espontánea de actos aislados de revuelta hasta la lucha entre grupos más o menos organizados y las autoridades en el poder. En esas situaciones, que no degeneran necesariamente en luchas abiertas, las autoridades en el poder recurren a vastas fuerzas de policía, incluso a las fuerzas armadas, a fin de restablecer el orden interior"¹⁶⁷.

Tal como se puede observar no existe un criterio claramente diferenciador de cada una de estas figuras, sin embargo, la idea que se pretende resaltar en el presente escrito es que en todo caso en ninguno de estos dos eventos, con indiferencia del nombre que reciban, es viable la aplicabilidad de las normas del DIH, como quiera que estas se destinan de manera exclusiva para las situaciones calificables como conflicto armado interno.

Así lo afirma Alejandro Ramelli, al señalar que:

"A pesar de la gravedad que pueden llegar a presentar, estas situaciones de tensiones internas y disturbios interiores son campos no cubiertos por el DIH. ... En este orden de ideas durante situaciones de tensión o de disturbios internos son exclusivamente aplicables la Constitución y las leyes del Estado, así como los tratados internacionales que sobre derechos humanos hayan sido ratificados por este. No obstante, como hemos podido contrastar, las nociones de tensiones internas y disturbios interiores resultan ser bastante imprecisas; los trabajos de la Conferencia diplomática de 1974 – 1977 no arrojan mayores luces sobre el contenido y alcance de estas, y la calificación jurídica de una situación de violencia interna en esos términos se encuentra sometida, en última instancia a apreciaciones subjetivas por parte de los Estados"¹⁶⁸.

De suerte pues que entonces, aun cuando se presente cierta incertidumbre en cuanto al contenido y alcance de cada una de las figuras que se comentan, lo cierto es que durante el tiempo que se hagan presentes en la realidad jurídico – social de un Estado, no será aplicable el cuerpo normativo conocido como Derecho Internacional Humanitario, sino que de manera exclusiva regirán las normas destinadas a guiar el comportamiento del Estado y sus asociados en tiempos de paz, esto es, el régimen de los derechos humanos.

¹⁶⁶ Pietro, Verri, Diccionario de Derecho Internacional de los Conflictos Armados, op. cit. p. 105.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 36.

¹⁶⁸ Ramelli Arteaga, Alejandro, *La Constitución Colombiana y el Derecho Internacional Humanitario*, op. cit, pp. 51 y ss.

8.4.2. Reconocimiento de beligerancia

En la medida que se trata, como ya se anunció, con una definición dada por el derecho, en especial por parte del derecho internacional público, nos remitimos a varios estudiosos y escritores que han tratado el tema en particular. Como primera medida reseñaremos el concepto, y luego sus consecuencias, así:

a. Concepto

Comenzaremos por traer a colación las definiciones que los entendidos en el tema han dado a la figura del reconocimiento de beligerancia, así:

Queriendo destacar que aun cuando la inmensa mayoría de las definiciones ofrecidas por la doctrina especializada en el tema, en el sentido de exigir que el grupo armado sublevado controle de manera efectiva parte del territorio del Estado contra el cual se subleva y que tenga la organización suficiente para ejercer autoridad en dicho territorio, autores como Cesar Sepúlveda nos presentan la siguiente definición: "... en estricto rigor técnico, el reconocimiento de beligerancia se refiere al caso de guerra entre dos o más Estados, y para los efectos de neutralidad, derechos de beligerancia frente a terceros, bloqueo, derechos de nacionales de países neutrales y demás relativos"¹⁶⁹.

Sin embargo, como se indicó arriba, la mayor parte de la doctrina admite el fenómeno o la figura de la beligerancia no solo para la confrontación entre Estados, sino que la amplían para el caso de enfrentamientos entre estos y grupos armados que se alzan en armas contra ellos, veamos:

Para Enrique Gaviria Liévano, se trata de "una de esas manifestaciones violentas que ocurren en el interior del Estado cuando cuentan con una organización militar y política permanente y el control de una parte importante de su territorio, y que en ciertas condiciones puede incluso obtener el reconocimiento de parte del Estado en que se produce la rebelión o por parte de Estados extranjeros"¹⁷⁰.

A su turno, Hans Kelsen afirma que las condiciones para que se pueda predicar la posibilidad de reconocer el estatus de beligerancia son las siguientes:

"1) Los insurgentes deben tener un gobierno y una organización militar propios. 2) La insurrección debe ser conducida en la forma técnica de la guerra, es decir, debe ser algo más que una pequeña revuelta y asumir las verdaderas características de una guerra, especialmente considerando los medios de destrucción usados por las partes. 3) El gobierno de los insurgentes debe dominar efectivamente una cierta parte del territorio del Estado en el cual tiene lugar la guerra civil, es decir, el orden establecido por los insurgentes debe ser efectivo para una cierta parte del territorio de este Estado"¹⁷¹ (resaltado no original).

Por su parte, Juan José Quintana, haciendo alusión al significado de beligerancia, manifiesta lo siguiente: "Un tipo especial de sujeto de derecho internacional está constituido por los beligerantes, que pueden definirse como los miembros de un grupo armado que se ha sublevado contra el gobierno de un Estado y llega a controlar una parte del territorio de dicho Estado y es establecer sobre él cierta organización"¹⁷² (resaltado original).

¹⁶⁹ Sepúlveda, Cesar, Derecho Internacional, Dieciochoava Edición, Porrúa, México, 1997, p. 261.

¹⁷⁰ Gaviria Liévano, Enrique, Derecho Internacional Público, 5ª Edición. Temis, Bogotá, 1998, p. 63.

¹⁷¹ Hans, Kelsen, Principios de Derecho Internacional Público, El Ateneo, Buenos Aires, 1952, p. 251.

¹⁷² Quintana, Juan José, Derecho Internacional Público Contemporáneo, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2001, p. 65.

El mismo autor que acabamos de citar, nos trae a colación la resolución del Instituto de Derecho Internacional, adoptada en el año 1900, en la cual se dan las pautas para entender lo que ha de entenderse por beligerancia, así:

“i) El grupo debe tener organización y mando, en el sentido de que opere bajo un esquema de autoridad jerárquica en que se reconozca una cadena de mando y unas autoridades responsables por las acciones del grupo.

“ii) El grupo debe controlar por lo menos una porción de territorio del Estado donde tiene lugar el conflicto. Aunque no lo dice la Resolución del Instituto, se entiende que el control debe ser permanente y público y debe haber sido logrado por las armas, es decir, el territorio de que se trate deberá haber sido arrebatado al Gobierno como resultado de una acción o una serie de acciones bélicas.

“iii) El grupo debe respetar lo que se suele llamar ‘las leyes y usos de la guerra’, que no son otra cosa que las normas esenciales del Derecho Internacional Humanitario (DIH)”¹⁷³ (resaltado no original).

Para finalizar este apartado de referencias a bibliografía especializada, llamamos a Marco Gerardo Monroy Cabra, quien sobre el particular ha dicho:

“Los insurrectos son reconocidos como beligerantes cuando controlan gran parte del territorio y establecen sobre él cierta organización.

“ ...

“Para que exista el estado de beligerancia según Max Sorensen, se requiere que ‘i) exista, dentro del Estado, un conflicto armado de carácter general; ii) los insurgentes ocupan una parte sustancial del territorio nacional; iii) conducen las hostilidades de acuerdo con las reglas de la guerra, a través de grupos organizados que actúan bajo una autoridad responsable. En tal caso, existe la base necesaria para reconocer el nacimiento de un sujeto de derecho internacional, al cual deben conferirse derechos de beligerante.

“...”Si faltan algunas de las anteriores condiciones porque las fuerzas rebeldes no tienen el control efectivo sobre parte sustancial del territorio nacional y carecen de una autoridad organizada se denominarán insurgentes y los demás Estados no les reconocen status especial”¹⁷⁴ (resaltado no original).

Como consecuencia de todo lo anterior, se debe resaltar que en esencia son tres los requisitos que se deben reunir en la situación de orden público padecida por un Estado y que se presentan de manera recurrente en las definiciones que la doctrina nos ha brindado, a saber: primero, existencia de un grupo armado ilegal organizado jerárquicamente, que ostente autoridades que respondan por los actos que él desarrolla. Segundo, que el grupo alzado en armas contra el Estado ostente el dominio efectivo de parte del territorio de aquel Estado, lo cual significa que en esta porción territorial no es el Estado quien gobierna, sino que la autoridad civil, política y militar la ejerce el grupo armado. Y, tercero, que el grupo armado sublevado respete las normas del derecho internacional humanitario. Siendo estos pues los elementos que configuran la figura de la cual se viene hablando.

Solo cuando se presente la suma de estos elementos se podrá señalar que están dados los presupuestos para que se ejerza el acto de reconocimiento del *status* de beligerante al grupo armado que así los cumpla, siendo en todo caso necesario un acto formal de reconocimiento, puesto que la figura de la cual se viene hablando no opera de manera automática o *ipso jure*, sino que requiere de manera indispensable la formalidad de su reconocimiento, bien sea por parte del mismo Estado que se enfrenta con el grupo

¹⁷³ Ibidem, p. 67.

¹⁷⁴ Monroy Cabra, Marco Gerardo, Derecho Internacional Público, Cuarta Edición, Temis, Bogotá, 1998, p. 186.

armado, o bien por medio del reconocimiento de un tercer Estado, el cual lo podrá efectuar de manera expresa, o mediante la declaración de neutralidad respecto a las hostilidades.

Para terminar, bien vale la pena mencionar que el reconocimiento de beligerancia es un acto discrecional de los Estados, esto es, nadie puede obligar al Estado que sufre el conflicto interno a que declare el estatus de beligerantes a los integrantes del grupo armado que se ha levantado violentamente en su contra, así como un tercer Estado tampoco estará obligado a ello.

b. Consecuencias

Las consecuencias que se derivan del reconocimiento de beligerancia a un grupo alzado en armas son en esencia tres, así:

Primera, a los miembros del grupo armado alzado en armas se le debe tratar de acuerdo a las normas de la guerra entre Estados, de tal manera que deben reconocérsele los derechos que ostentan los prisioneros de guerra y no podrán ser tenidos en cuenta como delincuentes con base en las normas penales de Estado en cuestión¹⁷⁵, así mismo, se abre la posibilidad para que, al tratarse de prisioneros de guerra, se presenten acuerdos entre las partes para su intercambio.

Segunda, denominada como neutralidad, supone que en las relaciones entre las partes que combaten no deben interferir de ninguna manera terceros Estados, en palabras de Charles Rousseau, los terceros Estados "...deberán ajustar su conducta a los derechos y obligaciones de la neutralidad, absteniéndose de ayudar a ninguna de las partes combatientes. Como puede verse, este sistema entraña una neutralidad más estricta que el deber clásico de no intervención, el cual sólo impone a los terceros Estados la obligación negativa de no ayudar a los rebeldes"¹⁷⁶.

La fórmula de la neutralidad implica que si el conflicto se da al interior de un Estado, es al interior del mismo que debe resolverse, sin interferencia alguna por parte de potencias extranjeras, tal como Alfred Vedross lo recuerda rememrando las palabras de Lord Halifax durante la guerra civil española en 1939: "...derecho que tiene todo Estado de determinar su propia forma de gobierno ('to determine for its own form of government'). Cuando surge en un Estado una lucha acerca de la forma de gobierno – añadía Lord Halifax –, es para los demás Estados un deber de abstenerse de ejercer presión alguna sobre el pueblo de este Estado, en uno u otro sentido"¹⁷⁷.

Y, tercera, el Estado que ha reconocido la beligerancia a un grupo armado al interior de sus fronteras, a partir de dicho reconocimiento, queda exonerado de cualquier clase de responsabilidad por los actos ilícitos que se cometan en el territorio dominado por los alzados en armas. Las llamadas a responder serán las autoridades del grupo al cual se le ha reconocido beligerancia.

Una vez vista la definición y las consecuencias del reconocimiento de beligerancia, y de acuerdo a lo revisado en la segunda Unidad del presente escrito, bien vale la pena señalar que las figuras jurídicas de beligerancia y conflicto armado de carácter no internacional tienen conceptos diferentes que alejan a la una de la otra, resultando entonces claro que cuando se presenta un conflicto armado interno, no necesariamente se producen los elementos que permitirían la declaración o reconocimiento del *status* de beligerancia.

¹⁷⁵ Y. A. Korovin, *Sujetos de Derecho Internacional*, en *Derecho Internacional Público*, Grijalbo, Academia de Ciencias de la URSS – Instituto de Estado y Derecho, México D. F., 1963, p. 123.

¹⁷⁶ Rousseau, Charles, *Derecho Internacional Público*, Ariel, Barcelona, 1966, p. 300.

¹⁷⁷ Vedross, Alfred, *Derecho Internacional Público*, cuarta Edición, Aguilar, Madrid, 1963, p. 149.

Con la finalidad de ahondar en el tema que se viene abordando, bien vale la pena traer a colación la opinión que desde el Derecho Internacional Público trae el doctor Rafael Nieto Navia al respecto, así:

“Los Estados han sido siempre reacios a que los conflictos internos en su territorio tengan algún tratamiento internacional. La razón de esta actitud es que consideran cualquier ingerencia de terceros, incluso la comunidad internacional, como una intervención indebida en sus asuntos internos. Aún hoy, a pesar del artículo 3 común y del Protocolo II, puede observarse esa conducta.

“Las enormes diferencias existentes entre los diversos tipos de conflicto no han facilitado la tarea. El reconocimiento (de beligerancia) es una figura que, respecto de los sublevados contra el gobierno, hace su aparición solamente en el s. XIX en razón de la Guerra de Secesión americana cuando en 1861 algunas potencias europeas reconocieron a los confederados sudistas como beligerantes y adoptaron la actitud de potencias neutrales. El Gobierno de la Unión había advertido previamente que enfrentaba una guerra civil dentro de su jurisdicción interna y que los rebeldes eran traidores y, por consiguiente, cualquier reconocimiento por una potencia extranjera sería considerado un acto hostil de intervención en asuntos internos al cual los Estados Unidos responderían en consecuencia.

“El reconocimiento puede hacerse también por el propio gobierno con el propósito de librarse de su eventual responsabilidad internacional por actos de terceros contra extranjeros. Dice Abi-Saab que en estos casos el gobierno debe aceptar la aplicación integral de las normas del jus in bello en sus relaciones con los rebeldes y, por consiguiente, la aplicación integral de las normas sobre combatientes. Este reconocimiento genera un deber de neutralidad de los terceros Estados. La Convención Panamericana sobre los Derechos y los Deberes de los Estados en caso de Luchas Civiles (20 de febrero de 1928)³⁸ es explícita en cuanto a que los Estados terceros tienen el deber de no colaborar ni directa ni indirectamente con los rebeldes en su territorio”.

...

“De lo expuesto se concluye que para que pueda hacerse un reconocimiento de beligerancia se requiere que los sublevados ejerzan control territorial y eso significa, ni más ni menos, que hagan las funciones de Estado a falta de éste. “By the effective control of the insurgent movement over part of the territory and people involved in civil war, an entity is formed which indeed resembles a state in the sense of international law.”

“El reconocimiento como beligerante exige como requisito el control territorial pero no así el de insurgente, pero por supuesto los efectos no son los mismos. Un efecto común es el de que mediante el reconocimiento los sublevados adquieren ciertos derechos que no tenían antes. Los beligerantes adquieren subjetividad internacional y deben aplicárseles las normas de guerra y ser considerados como combatientes y ellos mismos quedan obligados a aplicarlas”.

...

“Al propio tiempo se genera un deber de neutralidad para los terceros Estados. Y el Estado territorial se libra de responsabilidad por los actos de los beligerantes. Si estos llegan a ganar la confrontación deberán responder por sus propios actos y los del gobierno caído”.

“En lo que se refiere al DIH, el artículo 3º común constituye el “mínimum yardstick” aplicable. El artículo dice:

“Artículo 3º

“En caso de conflicto armado sin carácter internacional y que surja en el territorio de una de las altas partes contratantes, cada una de las altas partes contratantes y cada una de las partes contendientes tendrá la obligación de aplicar por lo menos las disposiciones siguientes:

...

“La aplicación de las disposiciones precedentes no tendrá efecto sobre el estatuto jurídico de las partes contendientes.

“El artículo está diseñado para ser aplicado en todos los conflictos internos sin que su aplicación afecte el status jurídico de los sublevados.

“Es decir, la circunstancia de que un gobierno aplique este artículo no implica reconocimiento alguno. Hay que destacar que no se impide al gobierno aplicar rigurosamente su ley interna a los sublevados, siempre y cuando lo haga por medio de tribunales regularmente constituidos que otorguen a los acusados las garantías judiciales mínimas que reconocen en sus ordenamientos internos los países civilizados, que son aquellos que tienen un orden jurídico interno y lo ponen en práctica. Este artículo no confiere a los sublevados la condición de prisioneros de guerra, pero sí otorga a quienes hayan sido puestos hors de combat el derecho a ser tratados con humanidad y con respeto a su vida y a no ser sometidos a tratos crueles, inhumanos o degradantes¹⁷⁸.

Ahora bien, si se trata de establecer un paralelo entre las consecuencias que se presentan en el reconocimiento de beligerancia, tendremos lo siguiente:

BELIGERANCIA	CONFLICTO ARMADO
A los combatientes se les aplica el estatuto de los prisioneros de guerra.	A los combatientes se les tiene por delincuentes (políticos) y deben ser juzgados de acuerdo a la norma penal nacional.
Los terceros Estados deben permanecer neutrales. No deben ayudar a ninguno de los bandos.	Los terceros Estados deben estar del lado del Estado legítimamente constituido y no de parte de los insurgentes.
El Estado no responde por los hechos de los beligerantes.	El Estado puede llegar a ser responsable por los hechos de los insurgentes (omisión).
El status de grupo beligerante debe ser reconocido, bien sea por el Estado en cuyo territorio actúa el grupo armado, o por un tercer Estado (reconociendo expresamente o declarando su neutralidad)	La situación de conflicto armado interno no requiere de declaración alguna, simplemente se trata de una situación de hecho que activa la aplicación de las normas del DIH.

¹⁷⁸ Nieto Navia, Rafael. ¿Hay o no hay Conflicto Armado en Colombia?, en Anuario Colombiano de Derecho Internacional, ISSN: 2027-1131, Bogotá, 2008, Año 1. No 1, pp. 139-159.

Se encuentra que se trata pues de dos figuras bien diferentes, que ni en su definición ni consecuencias encuentran similitud alguna. De manera que confundirlas es craso error.

8.5. Autoevaluación

Respecto de los siguientes hechos noticiosos, recogidos de la realidad nacional, defina:

- ¿Qué delito contra personas o bienes protegidos por el DIH se tipifican?
 - ¿Qué principios del Derecho Internacional se ven vulnerados?
 - Definir si se trata de violación al derecho de Ginebra o al derecho de La Haya.
- a. **“Los enfermeros militares, el blanco preferido de los grupos armados ilegales en los combates.** Cualquier distintivo que delatara su función dentro de la tropa lo hubiera convertido en un blanco codiciado para los francotiradores de la guerrilla”¹⁷⁹.
- b. **“Escuela de La Esmeralda, en el Putumayo, está en medio de los combates entre ‘paras’ y guerrilleros.** Por allí transitaban Deisy Alejandra Potosí, de 11 años, y Elizabeth Álvarez, de 8, cuando quedaron atrapadas en medio de explosiones. Esquirlas de granada les provocaron graves heridas que les causaron la muerte. Otros trece menores están entre los 29 civiles que también sufrieron heridas”¹⁸⁰.
- c. **“Concejales asesinados en Doncello hacían parte de lista de 270 personas en riesgo por amenazas.** Documento de la Defensoría del Pueblo de Colombia elaborado por el Sistema de Alertas Tempranas, presentado al Gobierno el 8 de septiembre del 2006, en el que se pedía protección para ciudadanos en peligro.
- “Menciona como personas en riesgo por amenazas de la guerrilla de las FARC a los tres alcaldes de las poblaciones de Doncello, Puerto Rico y San Vicente del Caguán, a sus 33 concejales, a 24 funcionarios de los gobiernos y los legislativos locales, y a 210 familiares de todos ellos.
- “Según el estudio, el riesgo para estos ciudadanos se deriva “de las intenciones de la guerrilla de las FARC por establecer un control sobre las estructuras del poder local, las decisiones administrativas y la asignación de los recursos públicos”.
- “El defensor del Pueblo exigió a los grupos armados ilegales que excluyan definitivamente del conflicto a la población civil, y dijo que espera que las autoridades “redoblen esfuerzos” para proteger a políticos y ciudadanos.”¹⁸¹
- d. **“Murieron dos militares por minas antipersonales atribuidas a guerrilla de las FARC.** El sargento viceprimero Bernardo Quintero Guejía y el soldado profesional José Riobo Gutiérrez participaban en la ‘Operación Majestad’, en el sector rural del municipio de Yondó (Antioquia).

“En el incidente también resultaron heridos los soldados Helio Santamaría Vesga y Lorenzo Serrano Quiroga.”¹⁸²

¹⁷⁹ El Tiempo, versión electrónica de septiembre 17 de 2005.

¹⁸⁰ El Tiempo, versión electrónica de septiembre 9 de 2005.

¹⁸¹ El Tiempo, versión electrónica de Julio 13 de 2007.

¹⁸² El Tiempo, versión electrónica Julio 19 de 2007.

9. *Bibliografía del Módulo*

Ambos, Kai, *Temas de Derecho Penal Internacional y Europeo*, Editorial Marcial Pons. Madrid, 2006.

Ambos, Kai, *Los Crímenes del Nuevo Derecho Penal Internacional*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, 2004.

Colombia, Congreso de la República, Ley 171 de 1994.

Colombia, Congreso de la República Ley 418 de 1997.

Colombia, Congreso de la República, Ley 469 de 1998.

Colombia, Congreso de la República Ley 548 de 1999.

Colombia, Congreso de la República, Ley 599 de 2000.

Colombia, Congreso de la República Ley 782 del 2000.

Colombia, Congreso de la República Ley 975 del 2005.

Colombia, Congreso de la República Ley 1106 del 2006.

Colombia, Congreso de la República, Ley 1130 de 2007.

Colombia, Corte Constitucional, sentencia del 29 de julio de 1993, magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz, C-295 de 1993.

Colombia, Corte Constitucional, sentencia del 18 de mayo de 1995, magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero, C-225 de 1995.

Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-568 del 10 de agosto de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Colombia, Corte Constitucional, sentencia del 11 de agosto de 1999, magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero, C-582 de 1999.

Colombia, Corte Constitucional, sentencia del 07 de diciembre de 2001, magistrado ponente Rodrigo Uprimny Yepes, T-1319 de 2001.

Colombia, Corte Constitucional, sentencia del 11 de abril 2002, magistrados ponentes Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés Vargas Hernández, C-251 de 2002.

Colombia, Corte Constitucional, sentencia del 02 de octubre de 2002, magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño, C-802 de 2002.

Colombia, Corte Constitucional, sentencia del 02 de marzo de 2004, magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño, C-172 de 2004.

Colombia, Corte Constitucional, sentencia del 25 de abril de 2007, magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa, C-291 de 2007.

Colombia, Corte Constitucional, Auto 092 del 14 de abril de 2008, magistrado ponente Manuel José Cepeda, A092 de 2008.

Comité Internacional de la Cruz Roja. ¿Cuál es la definición de “conflicto armado” según el derecho internacional humanitario?. Documento de opinión, CICR, 2008.

Comité Internacional de la Cruz Roja, Violencia y uso de la fuerza, CICR, Ginebra, 2008.

Comité Internacional de la Cruz Roja, What is International Humanitarian Law? 2004, en [http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/humanitarian-law-factsheet/\\$File/What_is_IHL.pdf](http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/humanitarian-law-factsheet/$File/What_is_IHL.pdf). Consultado el 29 de junio de 2009.

Corte Interamericana de DDHH, opinión consultiva 16/99, 01 de octubre de 1999.

Corte Interamericana de DDHH, Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, Sentencia de fondo, 29 de julio de 1988.

Corte Internacional de Justicia, Opinión consultiva sobre la legalidad amenaza o el empleo de armas nucleares, 18 de julio de 1996.

De Mulinen Frédéric. “Manual sobre el derecho de la guerra para las Fuerzas Armadas”, Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 1991.

Foglia Mariana, El derecho internacional humanitario en la lucha contra el terrorismo post 11-S debate y perspectiva, Centro Argentino de Estudios Internacionales, 2006.

Sánchez Raúl Eduardo, Forero Juan Carlos, Vanegas Mauricio, Mateus Andrea “et al”, Formación especializada en investigación, juzgamiento y sanción de violaciones a los derechos humanos e infracciones al DIH, Vicepresidencia de la República de Colombia, Bogotá, 2009.

Gaviria Liévano, Enrique, Derecho Internacional Público, 5ª Edición., Temis, Bogotá, 1998.

Guisández Gómez Javier, “La protección de las víctimas en los conflictos de carácter no internacional, en memorias del III curso de asesores jurídicos operacionales, realizado del 04 al 07 de octubre de 2004.

Guisández Gómez, Javier, El principio de proporcionalidad y los daños colaterales, un enfoque pragmático, en Prieto Sanjuan, Rafael (editor académico), Conducción de hostilidades y el derecho internacional humanitario a propósito del centenario.

Gómez López, Jesús Orlando. Teoría del Delito, Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, 2003.

Hans Kelsen, Principios de Derecho Internacional Público, El Ateneo, Buenos Aires, 1952.

Hans-Joachim Heintze, “La relación entre la protección conferida por el derecho de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario” Revista Internacional del Cruz Roja, 2004, No 856.

Hoyos, Ilva Myriam (editora), La constitucionalización de las falacias, Temis, Bogotá, 2005.

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

Junod, Sylvie-Stoyanka, Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 1998.

Los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949. Comité internacional de la Cruz Roja. Nueva edición publicada por el CICR. Año 1986.

Mejía Azuero, Jean Carlo, "Derechos humanos, conflicto armado y agresión terrorista en Colombia" en prolegómenos Derechos y Valores, 2007, volumen X, número 19.

Mejía Azuero, Jean Carlo, La Corte penal internacional y la fuerzas armadas de Colombia, una mirada desde la trincheras, Biblioteca jurídica DIKE, Medellín, 2006.

Monroy Cabra, Marco Gerardo, Derecho Internacional Público, Cuarta Edición, Temis, Bogotá, 1998.

Nieto Navia, Rafael, "¿Hay o no hay conflicto armado en Colombia?" Anuario colombiano de derecho internacional, 2008, No 1.

Nieto Navia, Rafael, Derecho imperativo internacional, derecho internacional humanitario y bloque de constitucionalidad", en Abello Galvis, Ricardo (ed. académico), Derecho internacional contemporáneo: lo público, lo privado, los derechos humanos, Liber Amicorum en homenaje a Germán Cavalier, Universidad del Rosario, Bogotá, 2006.

Nieto Navia, Rafael, "Aspectos internacionales de la protección al derecho a la vida" en Hoyos, Ilva Myriam (editora), La constitucionalización de las falacias, Temis, Bogotá, 2005.

Nieto Loaiza, Rafael, "caso colombiano", en Baldizón, Daniel (compilador), Derecho humanos y derecho internacional humanitario teoría y práctica en las Fuerzas Armadas, centro de estudios, capacitación y análisis en derecho humanos, .año 2005.

Olásolo Alonso, Héctor, Ataque contra personas o bienes civiles y ataques desproporcionados, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.

De los convenios de la haya Bogotá DC Colombia. Ed. Biblioteca Jurídica DIKE 2007.

Protocolos adicionales a los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949. Comité internacional de la Cruz Roja Ginebra 1977. edición revisada en 1996.

Quintana, Juan José, Derecho Internacional Público Contemporáneo, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2001.

Resolución 1373 del Consejo de Seguridad de la ONU del 28 de Septiembre de 2001.

Ramelli Arteaga, Alejandro, La constitución colombiana y el derecho internacional humanitario, 2 Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008.

Reyes Echandía, Alfonso. Derecho Penal, Parte General, Segunda edición, Publicaciones Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1972.

Rogers, A.P.V, Law on the battlefield , 2 edición, Manchester University Press, Manchester, 2004.

Rousseau Charles, Derecho Internacional Público, Ariel, Barcelona, 1966.

Sepúlveda, Cesar, Derecho Internacional, Dieciochoava Edición, Porrúa, México, 1997.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, Sala de Primera instancia, sentencia de primera instancia, 25 de junio de 1995, caso Aleksovski IT-95-14/1-T.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, sala de apelaciones, sentencia de segunda instancia del 02 de octubre 1995, caso Dusko Tadic No. IT-94-1-AR72.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, Sala de Primera instancia, sentencia de primera instancia, 10 de diciembre de 1998, caso Furundzija IT-95-17/1T.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, sala de apelaciones, sentencia de segunda instancia, 15 de julio de 1999, caso Dusko Tadic IT-94-1-A.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, Sala de Primera instancia, sentencia de primera instancia, , 14 de diciembre de 1999, caso Jelusic IT-95-10-T.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, Sala de Primera instancia, sentencia de primera instancia 3 de marzo de 2000, caso Blaskic IT-95-14-T.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, sentencia de primera instancia, 15 de marzo de 2006, caso Hadzihasanovic IT-01-47-T.

UK Ministry of Defence, The Manual of the law of armed conflict , Oxford University Press, New York, 2004.

Werle, Gerhard, Tratado de Derecho Penal Internacional, Tirant lo Blanch. Valencia, 2005.

Valencia Martínez, Jorge Enrique, Dogmática y Criminología, Legis, Bogotá, 2005.

Verri, Pietro, Diccionario de Derecho Internacional de los Conflictos Armados, Comité Internacional de los Conflictos Armados, Reimpresión en español del Centro de Apoyo en Comunicación para América Latina y el Caribe. Buenos Aires, 2008.

Vedross Alfred, Derecho Internacional Público, cuarta Edición, Aguilar, Madrid, 1963.

Y. A. Korovin, Sujetos de Derecho Internacional, en Derecho Internacional Público, Grijalbo, Academia de Ciencias de la URSS – Instituto de Estado y Derecho, México D. F., 1963.

Aplicación de los principios del DIH a los tipos penales consagrados en el Título II del Código Penal y al artículo 48 del Código Único Disciplinario



Libertad y Orden

Vicepresidencia
República de Colombia



**Koninkrijk
der Nederlanden**



UNIVERSIDAD DEL ROSARIO
Acreditación institucional de alta calidad
Ministerio de Educación Nacional



ideamérica

Instituto para la Democracia,
el Desarrollo
y los Derechos Humanos en América Latina.

Contenido

	PÁG.	
1.	PRESENTACIÓN	189
2.	SINOPSIS LABORAL Y PROFESIONAL DE LOS AUTORES	190
3.	JUSTIFICACIÓN	190
4.	OBJETIVOS GENERALES DEL MÓDULO	191
5.	OBJETIVOS ESPECÍFICOS DEL MÓDULO	192
6.	UNIDAD 1: PRINCIPIOS DE DIH	193
6.1.	Objetivo general de la unidad	193
6.2.	Objetivos específicos de la unidad	193
6.3.	Principio de humanidad	193
6.3.1.	Definición y consagración normativa	193
6.3.2.	Reglas que integran el principio de humanidad	194
6.4.	Principio de necesidad militar	195
6.4.1.	Definición y consagración normativa	195
6.4.2.	Reglas que integran el principio de necesidad militar	196
6.5.	Principio de distinción	196
6.5.1.	Definición y consagración normativa	196
6.5.2.	Reglas que se derivan del principio de distinción de acuerdo con la normativa que integra el DIH	198
6.5.3.	Las reglas del principio de distinción en la jurisprudencia de la Corte Constitucional	201
6.5.4.	Síntesis de las reglas del principio de distinción	203
6.5.5.	Estudio de los conceptos relacionados con el principio distinción	204
6.6.	Principio de proporcionalidad	216
6.6.1.	Aspectos generales del principio de proporcionalidad	217
6.6.2.	Consagración normativa y definición	218
6.6.3.	El principio de proporcionalidad en los conflictos armados no internacionales	219
6.6.4.	Principales aspectos que integran el principio de proporcionalidad en los conflictos armados internacionales y los conflictos armados internos	219
6.6.5.	Conceptos relacionados con el principio de proporcionalidad	219
6.6.6.	Criterios para comparar la ventaja militar concreta y directa esperada y los daños colaterales o incidentales previstos	224
6.7.	Importancia de la selección de los métodos y medios de combate para el respeto del principio de proporcionalidad	225
6.8.	Autoevaluación	229

7.	UNIDAD 2: LA INTERPRETACIÓN DE LOS DELITOS CONTEMPLADOS EN EL TÍTULO II DEL LIBRO SEGUNDO DEL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DEL DIH	230
7.1.	Objetivo general de la unidad	230
7.2.	Objetivos específicos de la unidad	230
7.3.	El objeto de protección de los delitos contra personas y bienes protegidos por el DIH	232
7.4.	El bloque de constitucionalidad como parámetro de interpretación de los delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario	236
7.5.	Fundamentos de la responsabilidad penal por infracciones al Derecho Internacional Humanitario en el ámbito del Código Penal colombiano	243
7.6.	Relación entre la conducta típica y la noción de conflicto armado	247
7.7.	Autoevaluación	251
8.	UNIDAD 3: APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO EN LA ESTRUCTURACIÓN DE LAS FALTAS DISCIPLINARIAS EN EL ORDENAMIENTO COLOMBIANO	252
8.1.	Objetivo general de la unidad	252
8.2.	Objetivos de la unidad	252
8.3.	Principio de distinción	253
8.3.1.	Contextualización	253
8.3.2.	Aplicación del principio de distinción materia disciplinaria	255
8.4.	Principio de proporcionalidad	263
8.5.	Contextualización	263
8.6.	El Principio de proporcionalidad en el derecho disciplinario.	266
8.7.	Autoevaluación	271
9.	Bibliografía del módulo	272

1. PRESENTACIÓN

Este módulo de capacitación hace parte de la estrategia desarrollada por el Proyecto de Lucha Contra la Impunidad del Programa Presidencial de derechos humanos y derecho internacional humanitario, encaminada a fortalecer los conocimientos de quienes participan en la investigación, el juzgamiento y la sanción de las infracciones al derecho internacional humanitario.

Las temáticas desarrolladas en este texto buscan otorgar criterios para resolver los interrogantes que surgen de la interacción, en un conflicto armado no internacional, de la normatividad que integra el Derecho Internacional Humanitario con las normas de derecho interno relacionadas con esta materia, específicamente aquellas que sancionan penal o disciplinariamente las infracciones a esta normatividad.

El juzgamiento y la sanción de las infracciones al Derecho Internacional Humanitario en el ordenamiento jurídico interno colombiano requiere del estudio y conocimiento de tres ramas del derecho que son independientes entre sí, pero que se conectan en el momento de considerar un conjunto de hechos que presuntamente constituyen una violación a esta normatividad, a saber el derecho penal, el derecho disciplinario y el Derecho Internacional Humanitario.

Es así como en la investigación, el juzgamiento y la sanción de una infracción al Derecho internacional Humanitario que constituye una falta disciplinaria o un delito de los consagrados en el título segundo del actual Código Penal colombiano, requiere la aplicación de los principios y normas propias del derecho penal y disciplinario, así como de las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario, dado que es este el que establece y define los conceptos fundamentales que permiten la configuración de esta clase de infracciones.

En efecto, para la interpretación de los términos o conceptos contenidos en la descripción típica que realiza el ordenamiento jurídico interno de las infracciones al Derecho Internacional Humanitario, es necesario considerar, por ejemplo lo que la normatividad internacional en esta materia entiende por objetivo militar, personas protegidas, combatientes, daños colaterales, entre otros. Es el Derecho Internacional Humanitario el que nutre la tipificación que realiza el ordenamiento jurídico colombiano de estas infracciones y es por ello que el estudio de los conceptos relacionados con esta normatividad y su interacción con las normas internas resulta de suma importancia para el fortalecimiento de los procesos en los que se investigan, juzgan y sancionan las mismas.

Esta interacción entre el Derecho Internacional Humanitario con el derecho penal o disciplinario tiene especial relevancia en el contexto colombiano, en la medida que la Corte Constitucional ha considerado que la normativa internacional en esta materia, convencional y consuetudinaria hace parte del bloque de constitucionalidad.

En este sentido, este módulo se encuentra integrado por tres unidades. La estructuración de las mismas partió de la comprensión de los principios básicos del Derecho Internacional Humanitario para luego analizar su interacción con el derecho interno en materia penal y disciplinaria. Así, en primer lugar se inicia con el estudio de los principios del Derecho Internacional Humanitario que inspiran la mayor parte de la normatividad internacional relacionada con la materia en la unidad denominada *principios del Derecho Internacional Humanitario*, que desarrolla el concepto y alcance de los principio de humanidad, necesidad militar, distinción y proporcionalidad.

En segundo lugar y una vez finalizado el estudio de estos principios se aborda el análisis de la interacción de los mismos con la normatividad penal concerniente a esta temática en la unidad *interpretación de los delitos contemplados en el título II del libro segundo del Código Penal colombiano a la luz de los principios del Derecho Internacional Humanitario*.

Por último, se estudia lo concerniente a la relación existente entre los principios del Derecho Internacional Humanitario y la normatividad disciplinaria colombiana en la unidad *aplicación de los principios del Derecho Internacional Humanitario en la estructuración de las faltas disciplinarias en el ordenamiento colombiano*.

2. SINOPSIS LABORAL Y PROFESIONAL DE LOS AUTORES

JEAN CARLO MEJÍA AZUERO

Abogado MCL. ha sido Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada. Presidente de la asociación colombiana de facultades de Derecho (ACOFADE); Candidato a Ph'D en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Docente investigador en Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario, Derecho Penal Internacional y Derecho internacional penal. Con estudios en defensa jurídica del Estado de la Universidad de Salamanca, formador de formadores en técnicas de juicio oral para la Agencia de los Estados Unidos de América para el Desarrollo Internacional (United States Agency for International Development – USAID).

JAIME MEJÍA OSSMAN

Especialista en derecho disciplinario; en derecho penal, criminología, criminalística y derecho probatorio: Coordinador Especialización derecho sancionatorio Universidad Militar Nueva Granada. Abogado litigante, conferencista en derecho disciplinario. Miembro honorífico del Colegio de Expertos en derecho Disciplinario. Autor de varias obras en derecho. Conjuez del Tribunal Superior de Bogotá (Sala Penal) durante los años 1998 a 2008. Conjuez del Consejo Superior de la Judicatura (Sala Disciplinaria), durante los años 2008 y 2009.

GUSTAVO COTE

Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, especialista en instituciones jurídico-penales de la Universidad Nacional de Colombia, Magister en Derecho –programa en ciencias penales y criminológicas- de la Universidad Externado de Colombia. Actualmente se desempeña como profesor de planta y coordinador académico del Departamento de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Javeriana.

ADRIANA CÁRDENAS MISERQUE

Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana, con conocimientos en victimología y antropología del conflicto. Es consultora del Instituto para la democracia, el desarrollo y los derechos humanos en América Latina – IDEAMERICA- en programas de capacitación dirigidos a las fuerzas militares en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario.

Este módulo contó con la colaboración de **Luis Felipe Paredes** estudiante de la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

3. JUSTIFICACIÓN

Este módulo pretende ser una herramienta para la comprensión de los principios del Derecho Internacional Humanitario que orientan la conducción de las hostilidades, así como para el análisis de la relación que existe entre estos con los tipos penales y las faltas disciplinarias que consagran las infracciones a este ordenamiento.

En la lucha contra la impunidad, el proceso de investigación, juzgamiento y sanción de las infracciones al Derecho Internacional Humanitario necesita de los principios que indican las reglas de conducta que deben seguir quienes participan en las hostilidades. En efecto, la situación fáctica que regula el Derecho Internacional Humanitario, esto es, “los conflictos armados”, se caracteriza por el uso de la violencia aspecto que por sí mismo representa un riesgo para la dignidad humana. Esta realidad no la desconoce esta normatividad y por lo tanto sus normas se encuentran encaminadas a proteger unos derechos mínimos del ser humano.

Al valorarse una presunta infracción al Derecho Internacional Humanitario se debe considerar la naturaleza de este ordenamiento jurídico y comprender el alcance de sus principios básicos. Sin embargo, la interacción de estos principios con la normatividad interna que sanciona estas infracciones no es fácil, dado que se conoce que estos significan para quienes participan en el conflicto armado un conjunto de reglas que deben seguir en la conducción de las hostilidades, pero ¿qué significan estos principios para quienes investigan, juzgan y sancionan estas infracciones? Para resolver este cuestionamiento este módulo se ha dividido en tres unidades, así:

Unidad 1: Principios del Derecho Internacional Humanitario, en este aparte se estudiarán cuatro principios básicos del Derecho Internacional Humanitario, a saber, humanidad, necesidad militar, distinción y proporcionalidad. Se busca comprender el concepto y alcance de estos principios, de tal forma que se pueda identificar con claridad qué es lo que se le exige al “combatiente” para que exista un mínimo de respeto de la dignidad del ser humano en situaciones de anormalidad como la “guerra”.

Unidad 2: La interpretación de los delitos contemplados en el título II del libro segundo del Código Penal colombiano a la luz de los principios del Derecho Internacional Humanitario. En esta unidad se plantearán algunas reflexiones que buscan apoyar la aplicación de los delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario previstos en el Código Penal colombiano, Ley 599 de 2000. Se partirá de la siguiente pregunta: ¿Cómo se deben involucrar en el análisis de categorías dogmáticas, propias del derecho penal, los principios del Derecho Internacional Humanitario, en la aplicación de los delitos del título II libro segundo del Código Penal?

Con este interrogante, el objetivo general de esta unidad se centra en dar algunos elementos teóricos desde la dogmática-jurídica penal contemporánea, que permitan ubicar dentro de la estructura del delito, las categorías en las que el análisis de los principios del Derecho Internacional Humanitario son relevantes, con miras a establecer la responsabilidad penal por infracciones a las normas humanitarias. En este sentido, se quiere llamar la atención sobre la importancia de reconocer las reglas que desarrollan los principios del Derecho Internacional Humanitario, como un conjunto de deberes especiales, que cobran relevancia en contextos en el que el ser humano se encuentra en una situación de alta vulnerabilidad, haciendo entonces las veces de criterios de imputación a partir de los cuales se establece el comportamiento típico.

Unidad 3: Aplicación de los principios del Derecho Internacional Humanitario en la estructuración de las faltas disciplinarias en el ordenamiento colombiano. En esta unidad se pretende identificar la relación que existe entre las reglas que componen o integran los principios del Derecho Internacional Humanitario y la estructuración de una falta disciplinaria, en especial en el caso del artículo 48 numeral 7° de la Ley 734 del 2000, que remite a los instrumentos internacionales relacionados con esta materia.

La imputación de una infracción al Derecho Internacional Humanitario en el orden interno, ya sea en el campo penal o disciplinario, debe considerar las reglas de este ordenamiento jurídico, cuyos aspectos fundamentales se condensan en los principios mencionados.

4. OBJETIVOS GENERALES DEL MÓDULO

- Estudiar los principios del Derecho Internacional Humanitario.
- Estudiar la interacción entre los principios del Derecho Internacional Humanitario y la normatividad penal y disciplinaria que sanciona las infracciones a este ordenamiento.

5. OBJETIVOS ESPECÍFICOS DEL MÓDULO

- Estudiar el concepto y alcance de los principios establecidos por el Derecho Internacional Humanitario para la conducción de hostilidades.
- Identificar las relaciones existentes entre los principios del Derecho Internacional Humanitario y los tipos penales consagrados en el título II del Código Penal.
- Identificar las relaciones existentes entre los principios del Derecho Internacional Humanitario y las faltas disciplinarias establecidas en el artículo 48 del Código disciplinario único (Ley 734 de 2002) relacionadas con esta temática.

6. UNIDAD 1

Principios de DIH

6.1. Objetivo general de la unidad

- Estudiar el concepto y alcance de los principios establecidos por el Derecho Internacional Humanitario para la conducción de hostilidades.

6.2. Objetivos específicos de la unidad

- Identificar el concepto y alcance del principio de humanidad.
- Identificar el concepto y alcance del principio de necesidad militar.
- Identificar el concepto y alcance del principio de proporcionalidad en la conducción de hostilidades.
- Identificar el concepto y alcance del principio de distinción en la conducción de hostilidades.

6.3. Principio de humanidad

6.3.1. Definición y consagración normativa

Este principio reconoce el respeto debido a la dignidad humana incluso en situaciones como las que se generan en medio de un conflicto armado. De manera general, el principio de humanidad establece que está prohibido infligir sufrimientos o daños que sean superfluos o innecesarios para el logro de los propósitos militares legítimos¹.

El principio de humanidad inspira la normatividad en materia de Derecho Internacional Humanitario², dado que si bien se acepta por una parte la realidad generada por la “guerra”, por otra se reconoce que este fenómeno social, jurídico y político que ha delimitado la historia de la humanidad debe ser reglado y sus consecuencias atenuadas, en aras de proteger la dignidad de todo ser humano en este tipo de circunstancias³.

Del principio de humanidad se encuentran referencias normativas⁴ en el código Lieber⁵ de 1863, así como en la declaración de San Petersburgo de 1868⁶ en la que se limita el uso de cierto tipo de armamentos que generan sufrimientos innecesarios. En los

¹ UK Ministry of Defence, The Manual of the law of armed conflict, Oxford University Press, New York, 2004, p. 23.

² En adelante DIH.

³ Mejía Azuero Jean Carlo, “Armas de precisión y respeto al derecho operacional en Colombia. Tiradores escogidos garantía del cumplimiento del derecho internacional de los conflictos armados (DICA)”, en Prieto Sanjuan, Rafael (editor académico), Conducción de hostilidades y el derecho internacional humanitario a propósito del centenario de los convenios de la Haya, Bogotá, Biblioteca Jurídica DIKE 2007, p. 337.

⁴ En el caso colombiano se pueden encontrar esfuerzos relacionados con la regulación de la “guerra” anteriores al Código Lieber. Así en 1820 se suscribió un “Tratado de regularización de la guerra” entre Pablo Morillo y Simón Bolívar. El documento constaba de 13 artículos y contemplaba aspectos como el respeto a los prisioneros de guerra y a la población civil, un artículo significativo destaca en relación con los combatientes heridos y enfermos la consideración “a favor de estos desgraciados” y el deber de que les sea prestada la asistencia, cuidado y alivio “del ejército que los tenga en su poder”. Véase <http://www.derechoshumanos.gov.co/principal/misionmedica.asp>, consulta del 13 de julio de 2009. Ver también <http://colombiainternacional.uniandes.edu.co/view.php/40/1.php>, consulta del 13 de julio de 2009.

⁵ El código Lieber es conocido también como la orden general N° 100. Básicamente son las instrucciones del gobierno de la Unión, comandados por el presidente Abraham Lincoln para la conducción de los ejércitos en campaña. El artículo 11 enseñaba que: “el derecho de la guerra no sólo desaprueba toda crueldad y mala fe en los encuentros con el enemigo durante la guerra, sino también el desconocimiento de las estipulaciones solemnemente acordadas por los beligerantes en los tiempos de paz y deliberadamente previstas para permanecer en vigor en caso de guerra entre los poderes contratantes. También desaprueba todas las extorsiones y otras transacciones para beneficio individual; todos los actos de venganza personal o la connivencia con dichos actos. Estas ofensas serán severamente sancionadas, en especial si son cometidas por oficiales. Código Lieber, Escritos sobre el derecho de la Guerra. Traducción, prólogo y notas de Hernando Valencia Villa, Serie textos de divulgación n° 15. defensoría del pueblo, p. 44.

⁶ Declaración de San Petersburgo, <http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/html/5TDM2V>. Consulta del 08 de julio de 2009.

Preámbulos de la II Convención de La Haya de 1899, así como en el preámbulo de la IV convención de La Haya de 1907 se estableció una cláusula que es conocida por el nombre de su redactor la “Cláusula de Martens”, en la cual se dispone que “en los casos no previstos en la reglamentación adjunta, las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el imperio del derecho de gentes”, que de acuerdo con esta cláusula se deriva de los usos establecidos entre pueblos civilizados, las leyes de la humanidad y los dictados de la conciencia pública. El propósito de la cláusula no es solo confirmar la continuidad de las leyes, sino también evitar los argumentos según los cuales una actividad que vaya en contra de las leyes de la “humanidad” y “la conciencia” fuese permitida dado que no existía una prohibición expresa en los tratados relacionados con la materia. La humanidad es, por tanto, un principio rector que pone un freno a las acciones militares que se podrían haber justificado por el principio de necesidad militar⁷.

De conformidad con este principio, también se reconoce que una vez los propósitos militares han sido alcanzados, infligir sufrimiento o algún daño es innecesario. Es por ello, que este principio exige que las partes en conflicto respeten la vida de los combatientes que han sido heridos, capturados o se ha rendido. Igualmente, este principio reconoce y confirma la protección y el respeto de la población civil y sus bienes en el desarrollo de las hostilidades⁸.

Es importante aclarar que no todos los daños causados a las personas y bienes de carácter civil pueden considerarse ilegales, dado que estos podrían resultar legítimos si se produjeron en el desarrollo de un ataque dirigido contra un objetivo militar y los daños causados no excedieron la ventaja militar directa y concreta que se esperaba alcanzar. Este aspecto integra el principio de proporcionalidad que se estudiará más adelante⁹.

6.3.2. Reglas que integran el principio de humanidad

Las principales reglas que componen este principio se presentan en el siguiente esquema:

a. *Gráfico 1: reglas del principio de humanidad*¹⁰



⁷ Rogers, A.P.V, Law on the battlefield , 2 ed, Manchester University Press, Manchester, 2004, p. 7.

⁸ UK Ministry of Defence, The Manual of the law of armed conflict, Op. cit., p. 23.

⁹ Ibídem, p. 23.

¹⁰ Véase Protocolo Adicional I a los cuatros Convenios de Ginebra de 1949, artículos 1º. 2º y 35.2, así como el preámbulo del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949.

6.4. Principio de necesidad militar

6.4.1. Definición y consagración normativa

De acuerdo con el principio de necesidad militar toda actividad de combate¹¹ debe justificarse por motivos militares¹² y por lo tanto están prohibidas las acciones que no sean militarmente necesarias¹³. De este principio existen antecedentes que se remontan a la Edad Antigua, así por ejemplo el general chino Sun Tzu, en su tratado sobre el Arte de la guerra destacaba la utilidad de evitar la batalla, y cuando esto no fuese posible resaltaba el uso de la fuerza armada en la “guerra” con ciertos límites y por lo tanto, consideraba mejor atacar a los ejércitos, vencer al enemigo sin destruirlo y evitar atacar una ciudad¹⁴.

A nivel normativo, se encuentran referencias al principio de necesidad militar en el Código Lieber que en el año de 1863 estableció que este hacía referencia a aquellas medidas indispensables para asegurar la finalidad de las guerras y de que manera se establecerían las formas legales acordes a las leyes modernas de los usos en la guerra¹⁵. En el preámbulo de la declaración de San Petersburgo de 1868 también se hizo referencia a este principio, estableciendo que el único objetivo militar legítimo que los Estados deben empañarse en cumplir en la guerra debe ser debilitar las fuerzas del enemigo¹⁶. Las convenciones de La Haya de 1907 consagraron el principio de necesidad militar estableciendo que la destrucción o confiscación de la propiedad del enemigo está prohibida, a menos que de manera imperativa se demande para las necesidades de la guerra.

El manual de derecho de los conflictos armados del Reino Unido presenta una definición general de este principio que recoge los aspectos fundamentales que lo integran de acuerdo con lo establecido por las normas del DIH, así se establece que conforme al principio de necesidad militar “en un conflicto armado solo se puede usar el grado o la clase de fuerza no prohibida por el derecho de los conflictos armados, que es requerida para el legítimo propósito de los conflictos, a saber la completa o parcial sumisión del adversario lo más pronto posible y con la menor pérdidas de vidas y gastos de recursos¹⁷.”

El principio de necesidad militar está integrado por los siguientes elementos relacionados con el uso de la fuerza¹⁸:

- El uso de la fuerza puede y debe ser controlado. Los medios para lograr la victoria no son ilimitados.
- La necesidad militar no permite el uso de la fuerza si este va en contra de lo dispuesto por el DIH. La necesidad militar no puede ser utilizada como excusa para desbordar el marco jurídico del DIH.
- El uso de la fuerza de acuerdo con las reglas del DIH es legítimo si es necesario para lograr, lo más rápido posible, la completa o parcial sumisión del enemigo. Por el contrario, el uso de la fuerza que no sea necesario será ilegal, si existen asesinatos crueles o destrucción innecesaria.

¹¹ Es importante considerar que no toda acción militar es una acción bélica. Existen acciones militares que no requieren o no utilizan la fuerza armada y por lo tanto no adquieren el carácter de bélicas, por ejemplo el apoyo logístico a las unidades militares.

¹² Rogers, A.P.V, Malherbe, Paul, Modelo de Manual acerca del derecho de los conflictos armados, Comité Internacional de la Cruz Roja, p. 21.

¹³ *Ibidem*, p. 21.

¹⁴ Sun Tzu, El arte de la guerra, 3 ed, Elektra editores, Bogotá, 1992, pp. 43-46.

¹⁵ Rogers, A.P.V, Law on the battlefield, op. cit, p. 4.

¹⁶ Rogers, A.P.V, Malherbe, Paul, Modelo de Manual acerca del derecho de los conflictos armados, Op. cit, p. 21.

¹⁷ Military necessity permits a state engaged in an armed conflict to use only that degree and kind of force, not otherwise prohibited by the law of armed conflict, that is required in order to achieve the legitimate purpose of the conflict, namely the complete or partial submission of the enemy at the earliest possible moment with the minimum expenditure of life and resources (traducción no oficial). UK Ministry of Defence, The Manual of the law of armed conflict, op. cit, p. 21.

¹⁸ UK Ministry of Defence, The Manual of the law of armed conflict, op. cit, p. 22.

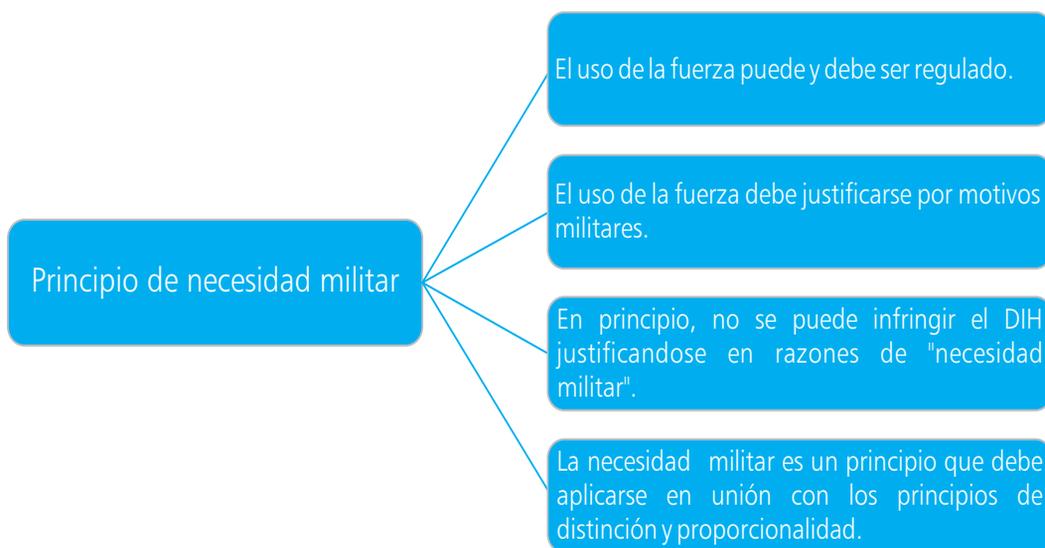
El General Rogers, destaca que los ataques contra la población civil normalmente van en contra del principio de necesidad militar, porque estos en general no debilitan las fuerzas militares del enemigo¹⁹. Anteriormente, se argumentaba que la necesidad militar permitía al comandante militar ignorar las normas del llamado “derecho de la guerra” cuando era necesario para evitar la derrota o escapar de un peligro extremo. Este argumento no puede ser utilizado en la actualidad, dado que las normas que integran el DIH establecen que la necesidad militar no puede ser utilizada como justificación para la realización de acciones que van en contra de este ordenamiento jurídico²⁰.

Igualmente, se destaca que toda acción militar encaminada a destruir un objetivo militar y requerida por la necesidad militar, tiene que también estar acorde con los principios de distinción y proporcionalidad que se estudiarán más adelante²¹.

6.4.2. Reglas que integran el principio de necesidad militar

Las principales reglas que componen este principio se presentan en el siguiente esquema:

a. *Gráfico 2 Reglas que integran el principio de necesidad militar*



6.5. Principio de distinción

6.5.1. Definición y consagración normativa

En la regulación de la conducción de las hostilidades que realiza el DIH y que tiene como objetivo limitar los efectos causados por las confrontaciones armadas, el principio de distinción ocupa un lugar fundamental. Se le ha reconocido como la piedra angular

¹⁹ Rogers, A.P.V, Law on the battlefield, op. cit, p. 6.

²⁰ UK Ministry of Defence, The Manual of the law of armed conflict, op. cit p, 23.

²¹ Rogers, A.P.V, Malherbe, Paul, Modelo de Manual acerca del derecho de los conflictos armados, Op. cit, p. 21.

de la normatividad del DIH dado que define las reglas conforme a las cuales las partes que participan en un conflicto armado deben conducir las operaciones militares tendientes a la neutralización del adversario²².

En efecto, a través de este principio se busca la protección de las personas que no participan o han dejado de participar en las hostilidades, así como de los bienes que no tienen relación con el conflicto armado, exigiendo a las partes enfrentadas que "distingan" lo que puede ser objeto de acción militar, de aquello que no puede serlo.

Quienes participan en un conflicto armado deben en primer lugar diferenciar entre: (i) las personas que pueden ser objeto de ataque o de acción militar (combatientes o personas que participan directamente en las hostilidades), de aquellas que no pueden ser objeto directo de la fuerza armada (civiles y no combatientes) y (ii) entre los bienes civiles y los bienes que pueden ser considerados como objetivos militares²³.

En segundo lugar, las partes enfrentadas una vez han realizado el ejercicio de diferenciación mencionado, deben hacer uso de la fuerza armada ya sea total o parcialmente, solo contra las personas y los bienes que puedan ser objeto de acción militar de acuerdo con el DIH²⁴.

Del principio de distinción se puede encontrar referencia en las Convenciones de La Haya²⁵ y en los Convenios de Ginebra²⁶, sin embargo, la definición más elaborada de este principio se encuentra en el Protocolo Adicional I a los cuatro Convenios de Ginebra²⁷ aplicable a los conflictos armados de carácter internacional²⁸. Este instrumento internacional desarrolla las reglas que se derivan de este principio, que le significan a quienes participan en el conflicto armado el cumplimiento de un conjunto de deberes y prohibiciones.

El Protocolo Adicional II a los cuatro Convenios de Ginebra²⁹ referente a los conflictos armados internos también consagra este principio, aunque su regulación en este instrumento internacional es menos detallada comparada con la consagrada en el Protocolo Adicional I.

²² Olásolo Alonso Héctor, *Ataque contra personas o bienes civiles y ataques desproporcionados*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, p. 74.

²³ Véase Foglia, Mariana, *El derecho internacional humanitario en la lucha contra el terrorismo post 11-S debate y perspectiva*, Centro Argentino de Estudios Internacionales, 2006, p. 16.

²⁴ Véase Olásolo Alonso Héctor, *Ataque contra personas o bienes civiles y ataques desproporcionados*, op. cit. p. 74.

²⁵ Ver Convención de La Haya IV.

²⁶ Ver Convenio de Ginebra IV artículos 53 y 147.

²⁷ En adelante Protocolo Adicional I.

²⁸ Véase Olásolo Alonso Héctor, *Ataque contra personas o bienes civiles y ataques desproporcionados*, op. cit. p. 78.

²⁹ En adelante Protocolo Adicional II.

6.5.2. Reglas que se derivan del principio de distinción de acuerdo con la normativa que integra el DIH

Las reglas que se desprenden del principio de distinción de acuerdo con los Protocolos Adicionales I y II se presentan a continuación:

a. Cuadro 1 Desarrollo del principio de distinción en el Protocolo Adicional I³⁰ relacionado con los conflictos armados internacionales

Reglas del principio de distinción en el PAI ³¹	
Artículos 43, 52 (2), 51(3)	<ul style="list-style-type: none"> Los contendientes deben dirigir los ataques solo contra objetivos militares. Se establecen los lineamientos para identificar las personas y bienes que pueden ser considerados como objetivos militares.
Artículo 51 (1), (2), (3), (6) y (7)	<ul style="list-style-type: none"> Las personas civiles gozarán de protección contra los peligros procedentes de operaciones militares. La presencia entre la población civil de personas que no sean civiles, no le quita el carácter de civil a la misma. En caso de duda, la persona se considerará civil.
Artículo 51 (1), (2), (3), (6) y (7)	<ul style="list-style-type: none"> Los civiles no serán objeto de ataque, de represalias o de actos o amenazas cuya finalidad sea terrorizarlos. Los civiles no pueden ser utilizados para poner en cubierto objetivos militares.
Artículo 52 (1) y (3)	<ul style="list-style-type: none"> Los bienes civiles en principio no pueden ser objeto de ataque o represalias. En caso de duda, respecto de la naturaleza de un bien, este se considera civil.
Artículos 53 - 56	<p>Se prohíben los ataques contra:</p> <ul style="list-style-type: none"> Bienes culturales y bienes dedicados al culto. Estos bienes tampoco pueden ser usados como apoyo al esfuerzo militar de alguna de las partes. Bienes indispensables para la supervivencia de la población civil Bienes que contienen fuerzas peligrosas. Se prohíben también los casos de ataques a objetivos militares que están cercanos a esta clase de bienes, cuando puedan producir la liberación de fuerzas peligrosas.
El Artículo 55	<ul style="list-style-type: none"> Prohíbe la utilización de medios o métodos de combate concebidos para causar daños duraderos, extensos y graves al medio ambiente.
Artículo 51 (5)	<ul style="list-style-type: none"> Prohíbe la realización de ataques indiscriminados, como: <ul style="list-style-type: none"> Los que no están dirigidos contra un objetivo militar concreto. Los que emplean medios o métodos de combate que no pueden dirigirse contra un objetivo militar concreto. Los que emplean medios o métodos de combate cuyos efectos no pueden limitarse como lo exige el protocolo. Aquellos que consisten en bombardeos que tratan como un objetivo militar único varios objetivos militares precisos y claramente separados que se encuentran en una misma ciudad, pueblo, aldea o zona análoga.
Artículo 51 (5) (b)	<ul style="list-style-type: none"> Prohíbe los ataques dirigidos a objetivos militares cuando se prevean que causarán incidentalmente muertos o heridos civiles o daños a bienes que no son objetivos militares (daños colaterales) y estos son excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista.
Artículo (57) (1) (2) (3)	<ul style="list-style-type: none"> Las operaciones militares se deberán realizar con cuidado constante, de tal forma que se preserve a la población civil, e impone a las partes contendientes como obligación un conjunto de medidas de precaución en la preparación y desarrollo de los ataques.
Artículo 58	<ul style="list-style-type: none"> Impone a las partes de un conflicto armado la adopción de medidas de precaución contra los efectos de los ataques.
Artículo 85 (3) y (5)	<ul style="list-style-type: none"> Consagra las violaciones al principio de distinción, la cuales son considerados como infracciones al PAI.

³⁰ Para este cuadro PAI.

³¹ Ver Protocolo Adicional I en <http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/html/protocolo-I>, consulta 10 del julio de 2009.

b. Cuadro 2: desarrollo del principio de distinción en el Protocolo Adicional II³² relacionado con los conflictos armados internos

Reglas del principio de distinción en el PAII ³³	
Artículo 13 (1),(2) y (3)	<ul style="list-style-type: none"> • La población civil gozará de una protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares. • Las partes del conflicto armado no pueden hacer objeto de ataque a la población civil. • No se pueden realizar actos o amenazas de violencia cuya finalidad sea aterrorizar a la población civil. • No gozarán de esta protección, las personas civiles que participen directamente en las hostilidades y durante el tiempo que participen en las mismas.
Artículos 14 al 16	<ul style="list-style-type: none"> • Prohibición de hacer padecer de hambre a la población civil como método de combate. • Se prohíben los ataques contra: los bienes de supervivencia, obras o instalaciones que contienen fuerzas peligrosas que puedan ocasionar la liberación de estas y causar pérdidas importantes de personas que tienen el carácter civil, monumentos históricos, obras de arte o los lugares de culto que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos³⁴. • Se prohíbe la utilización de los monumentos históricos, obras de arte y lugares de culto como apoyo al esfuerzo militar de alguna de las partes del conflicto.

El estudio de estos cuadros evidencia que el desarrollo del principio de distinción es mucho más detallado en el Protocolo Adicional I. Esta situación ha generado el interrogante relacionado con la posible aplicación de las reglas del principio de distinción que regulan la conducción de hostilidades en los conflictos armados internacionales a los conflictos armados internos –CANI-.

Al respecto se destaca en primer lugar que con posterioridad a los Protocolos Adicionales I y II se han suscrito otros instrumentos internacionales que consagran el principio de distinción y que son aplicables tanto a los conflictos armado internos como a los que tienen carácter internacional. Por ejemplo, la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados de 1980³⁵, consagra una serie de reglas que desarrollan el principio de distinción y que son aplicables a estos dos tipos de conflictos, a saber: (i) **En todas las circunstancias**³⁶, emplear las armas a las que se aplica el presente artículo (...) contra la población civil o personas civiles o bienes de civiles, (ii) el empleo indiscriminado de las armas³⁷ a las que se aplica el presente artículo. Empleo indiscriminado en cualquier ubicación de las siguientes armas: a) que no se concentren en un objetivo militar, ni esté dirigido contra un objetivo militar. En caso

³² Para este cuadro PA II.

³³ Protocolo Adicional II, <http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/html/protocolo-II>, consulta del 10 de julio de 2009.

³⁴ Respecto de la protección a los bienes culturales en los conflictos armados también se encuentran los siguientes instrumentos internacionales: Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, La Haya 14 de mayo de 1954, Protocolo para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, La Haya 14 de mayo de 1954, Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, La Haya, 26 de marzo de 1999.

³⁵ Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados de 1980, <http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/html/5TDL6D?OpenDocument>, consulta del 10 de julio de 2009.

³⁶ Las negrillas son propias.

³⁷ Es importante diferenciar entre armas de saturación como por ejemplo las ametralladoras GAU y armas de precisión como los fusiles barrett M – 82. Véase Jean Carlo Mejía Azuero, “Armas de precisión y respeto al derecho operacional en Colombia. Tiradores escogidos garantía del cumplimiento del derecho internacional de los conflictos armados (DICA)”, en Prieto Sanjuan, Rafael (editor académico), Conducción de hostilidades y el derecho internacional humanitario a propósito del centenario de los convenios de la Haya, Bogotá, Biblioteca Jurídica DIKE 2007, p. 339.

de duda de si un objeto que normalmente se utiliza para fines civiles (...) es usado con el fin de contribuir efectivamente a una acción militar, se presumirá que no se utiliza con tal fin, b) en que se recurra a un método o medio de lanzamiento que no puede ser dirigido contra un objetivo militar determinado, o c) del que se pueda prever que cause fortuitamente pérdidas de vidas de personas civiles, heridas a personas civiles, daños a bienes de carácter civil o más de uno de estos efectos, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista³⁸.

En segundo lugar, se resalta el desarrollo de este principio en el derecho consuetudinario en materia de DIH. Ya en la decisión de la sala de apelaciones del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia³⁹ sobre su jurisdicción en el caso Tadic⁴⁰, cuando reconoce el desarrollo de las reglas consuetudinarias que rigen los conflictos armados no internacionales, afirma que existe un conjunto de manifestaciones del principio de distinción que es común a los conflictos armados internos e internacionales, dentro de las cuales se encuentra: (i) la protección a los civiles contra la hostilidades, especialmente contra los ataques indiscriminados, (ii) protección de bienes civiles, en particular los bienes culturales, (iii) la prohibición de los medios de guerra proscritos en conflictos internacionales, entre otros⁴¹.

Por su parte, el Comité Internacional de la Cruz Roja⁴² en su estudio de derecho consuetudinario reconoció la ampliación de la aplicación de las reglas derivadas del principio de distinción, que en principio regulaban solo los conflictos armados internacionales, a los conflictos armados internos. Al respecto destaca que "la contribución más significativa del derecho internacional consuetudinario a la regulación de los conflictos armados internos es que va más allá de las disposiciones del Protocolo Adicional II. En efecto, la práctica ha creado un número considerable de normas consuetudinarias que son más detalladas que las disposiciones del Protocolo Adicional II y, por consiguiente, ha llenado importantes lagunas en la regulación de los conflictos internos"⁴³.

En relación con el principio de distinción, el CICR señala que de acuerdo con el derecho consuetudinario en materia de DIH, las siguientes "normas" o "reglas" de este principio son aplicables en los conflictos armados internacionales e internos⁴⁴:

- Las partes en conflicto deberán distinguir en todo momento entre personas civiles y combatientes. Los ataques solo podrán dirigirse contra combatientes. Los civiles no deben ser atacados.
- Quedan prohibidos los actos o las amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil.
- Las personas civiles gozan de protección contra los ataques, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación.
- Las partes en conflicto deberán hacer en todo momento la distinción entre bienes de carácter civil y objetivos militares. Los ataques solo podrán dirigirse contra objetivos militares. Los bienes de carácter civil no deben ser atacados.
- Los bienes de carácter civil gozan de protección contra los ataques, salvo si son objetivos militares y mientras lo sean.

³⁸ Véase Olásolo Alonso Héctor, *Ataque contra personas o bienes civiles y ataques desproporcionados*, op. cit. p. 84.

³⁹ En adelante TPIY.

⁴⁰ Véase Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, sala de apelaciones, sentencia de segunda instancia del 02 de octubre 1995, caso Dusko Tadic No. IT-94-1-AR72, párrafo 127.

⁴¹ Para ver las principales reglas de derecho consuetudinario que el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia considera aplicable a los conflictos armados internos ver Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, sala de apelaciones, sentencia de segunda instancia del 02 de octubre 1995, caso Dusko Tadic No. IT-94-1-AR72, párrafos 100-127.

⁴² En adelante CICR.

⁴³ Henckaerts Jean-Marie, "Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario: una contribución a la comprensión y al respeto del derecho de los conflictos armados", *Revista Internacional del Cruz Roja*, 2005, No 857, pp. 175-212.

⁴⁴ *Ibidem* pp. 175-212.

- Quedan prohibidos los ataques indiscriminados. Son indiscriminados los ataques:(a) que no están dirigidos contra un objetivo militar concreto; (b) en los que se emplean métodos o medios de combate que no pueden dirigirse contra un objetivo militar concreto; o (c) en los que se emplean métodos o medios de combate cuyos efectos no sea posible limitar, como exige el DIH; y que, en consecuencia, pueden alcanzar indistintamente, en cualquiera de tales casos, tanto a objetivos militares como a personas civiles o bienes de carácter civil.
- Quedan prohibidos los ataques por bombardeo, cualesquiera que sean los métodos o medios utilizados, que traten como un objetivo militar único varios objetivos militares precisos y claramente separados, situados en una ciudad, un pueblo, una aldea u otra zona en la que haya una concentración análoga de personas civiles o bienes de carácter civil.

6.5.3. Las reglas del principio de distinción en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

La integración del DIH al bloque de constitucionalidad ha generado que la Corte Constitucional⁴⁵ haya considerado en su jurisprudencia el principio de distinción como parámetro para analizar, cuándo es pertinente, la constitucionalidad de la legislación interna. En sus providencias ha estudiado la definición general de este principio, así como las reglas que se derivan del mismo.

Ya en la sentencia C-225 de 1995, en la que se estudio la constitucionalidad del Protocolo Adicional II, la Corte destaca que el principio de distinción es una de las “reglas esenciales del derecho internacional humanitario”. Esto obedece a que “si la guerra busca debilitar militarmente al enemigo, no tiene porque afectar a quienes no combaten, ya sea porque nunca han empuñado un arma (población civil), ya sea porque han dejado de combatir⁴⁶. En esta sentencia también se describen las obligaciones que se derivan de este principio consagradas en el Protocolo Adicional II, la cuales fueron descritas en el *cuadro 2* de esta unidad.

Recientemente, la Corte en su sentencia C-291 de 2007 en la que analiza la constitucionalidad de algunos tipos penales consagrados en el título II del Código Penal referentes a las personas y bienes protegidos por el DIH⁴⁷, estudió las reglas que se derivan del principio de distinción a luz del derecho convencional y consuetudinario aplicable a los conflictos armados internos⁴⁸.

En esta sentencia la Corte describe seis reglas que se derivan del principio de distinción de acuerdo con la normatividad internacional convencional y consuetudinaria aplicable a Colombia. La descripción y alcance de las mismas se presentan en el siguiente cuadro.

⁴⁵ En adelante C. C.

⁴⁶ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-225 del 18 de mayo de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁴⁷ Las normas demandadas fueron: 135, 156 y 157 (parciales) de la Ley 599 de 2000, y 174, 175, 178 y 179 de la Ley 522 de 1999.

⁴⁸ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-291 del 25 de abril de 2007, MP Manuel José Cepeda.

c. Cuadro 3: Las reglas del principio de distinción en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

Las reglas del principio de distinción en la jurisprudencia de la Corte Constitucional	
La prohibición de dirigir ataques contra la población civil	<ul style="list-style-type: none"> Los ataques proscritos son aquellos en los que la población civil es el objetivo primario del ataque. El ataque contra la población civil debe ser deliberado y no es válido invocar motivos de necesidad militar. Para efectos de determinar si los ataques han sido dirigidos efectivamente contra una población civil la Corte destaca algunos factores considerados por la jurisprudencia penal internacional, como: (i) los medios y métodos utilizados en el curso del ataque, (ii) el número y el status de las víctimas, (iii) la naturaleza de los crímenes cometidos durante el ataque, (iv) la resistencia a los atacantes durante el avance, y (v) la medida en la cual la fuerza atacante cumplió o intentó cumplir con el principio de precaución del DIH⁴⁹. No es necesario que el ataque sea dirigido contra la totalidad de la población civil de la entidad geográfica en la que ocurren los hechos; pero sí debe probarse que el ataque no se dirigió contra un número limitado de individuos. No es necesario que todos y cada uno de los miembros de esa población sean civiles es suficiente con que sea de naturaleza predominantemente civil, y puede incluir, por ejemplo, individuos puestos fuera de combate
Prohibición de desarrollar actos orientados a terrorizar a la población civil	<ul style="list-style-type: none"> Es una especie de la prohibición general de dirigir ataques contra los civiles. Busca proteger a la población civil como un todo - o a civiles individuales - que no toman parte en las hostilidades, de actos o amenazas de violencia perpetrados con el objetivo principal de generar terror.
Distinción entre bienes de carácter civil y objetivos militares	<ul style="list-style-type: none"> Es deber de las partes que participan en el conflicto armado distinguir entre objetivos militares y bienes civiles, solamente se puede atacar lícitamente los objetivos militares
Prohibición de los ataques indiscriminados y de las armas de efectos indiscriminados	<ul style="list-style-type: none"> Son indiscriminados los ataques: (i) que no están dirigidos contra un objetivo militar concreto; (ii) en los que se emplean métodos o medios de combate que no pueden dirigirse contra un objetivo militar concreto; o (iii) en los que se emplean métodos o medios de combate cuyos efectos no sea posible limitar, como exige el DIH; y que, en consecuencia, pueden alcanzar indistintamente, en cualquiera de tales casos, tanto a objetivos militares como a personas civiles o bienes de carácter civil. Los ataques de carácter indiscriminado no se justifican en ningún caso, ni siquiera cuando la población civil incluye algunos elementos no civiles o la presencia de combatientes. Se prohíben usar armas incapaces de diferenciar entre bienes civiles y objetivos militares.
Prohibición de atacar los bienes de supervivencia de la población civil	<ul style="list-style-type: none"> Se traduce en dos proscipciones específicas (i) hacer padecer hambre a la población civil, y (ii) atacar, destruir, sustraer o inutilizar los bienes indispensables para su supervivencia.
Prohibición de atacar a las personas puestas fuera de combate	<ul style="list-style-type: none"> El principio de distinción cubre tanto a las personas civiles y a la población civil, como también a las personas fuera de combate, dentro de la categoría “no combatientes”.
Como parte del principio⁵⁰ de distinción se consideran las normas de precaución para proteger a la población civil	<ul style="list-style-type: none"> Hacer todo lo posible para verificar que los objetivos que se van a atacar son objetivos militares. Tomar todas la precauciones posibles al elegir los medios y métodos bélicos que se van a usar, para así evitar o minimizar el número de muertos, heridos y daños materiales causados incidentalmente entre la población civil y proteger a los civiles de los efectos de los ataques. La obligación de las partes en conflicto de dar aviso en la medida en que las circunstancias lo permitan, con la debida anticipación y por medios efectivos, de cualquier ataque que pudiera afectar a la población civil. Elegir entre varios objetivos militares que representen una ventaja similar, por aquél cuyo ataque represente menos peligro para las personas y bienes civiles. Retirar a la población civil, al máximo grado posible, de la vecindad de los objetivos militares. Evitar ubicar objetivos militares en o cerca de áreas densamente pobladas.

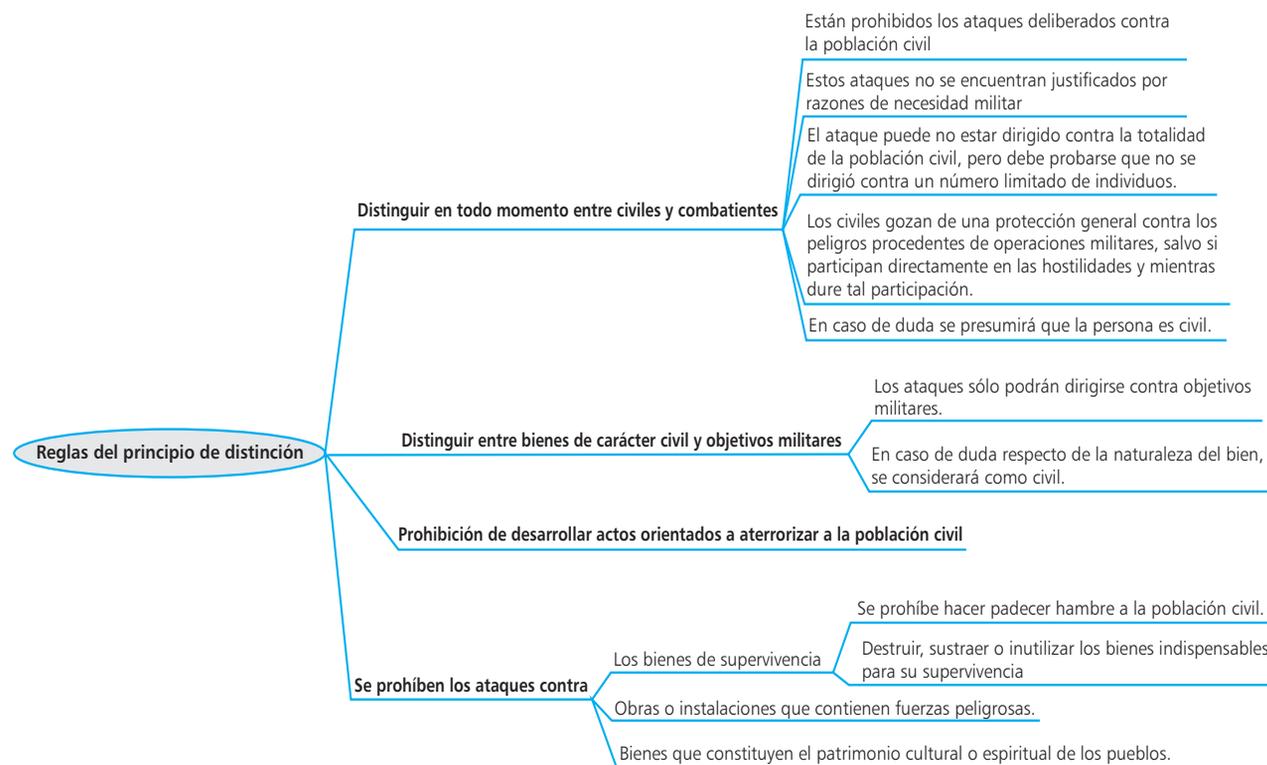
⁴⁹ De acuerdo con la Corte el principio de precaución se deriva directamente del principio de distinción, y exige, (...) que las operaciones militares se realicen con un cuidado constante de preservar a la población civil, a las personas civiles y los bienes de carácter civil. Se tomen todas las precauciones factibles para evitar, o reducir en todo caso a un mínimo, el número de muertos y heridos entre la población civil, así como los daños a bienes de carácter civil, que pudieran causarse incidentalmente. Véase Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-291 de 2007 del 25 de abril de 2007, MP Manuel José Cepeda.

⁵⁰ Al describir estas medidas la Corte hace referencia al “principio de precaución”.

6.5.4. Síntesis de las reglas del principio de distinción

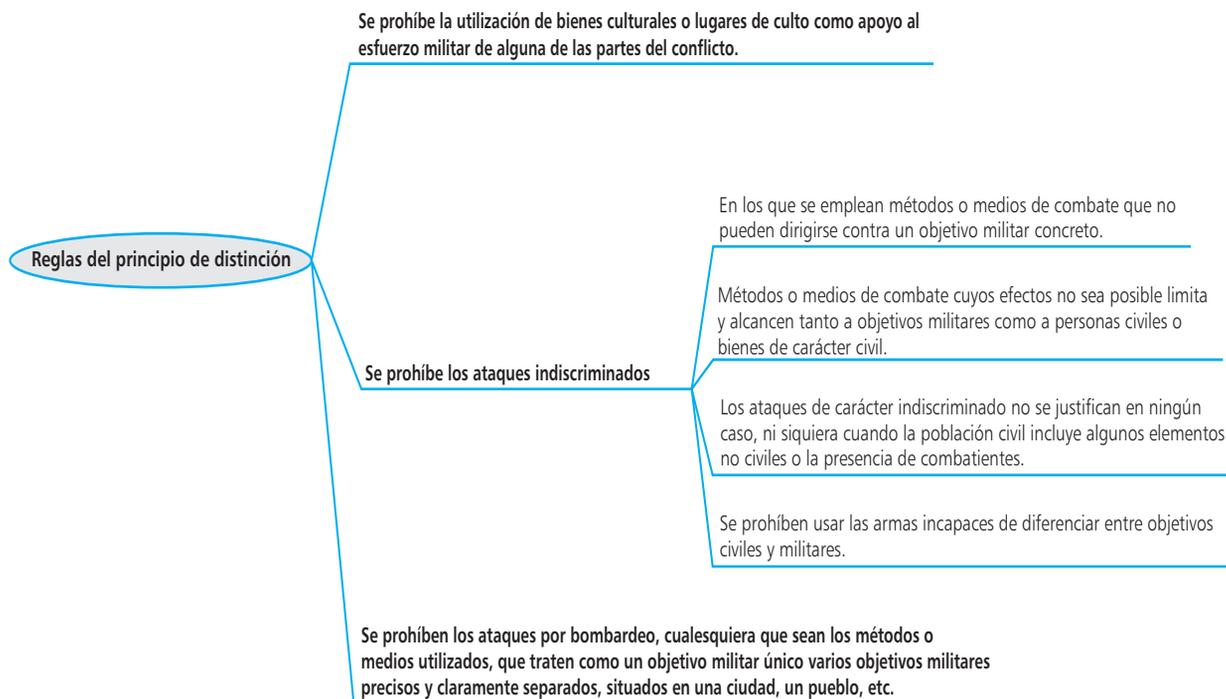
Como se puede observar el principio de distinción ha tenido un desarrollo distinto en la normativa internacional, encontrándose una mayor especificidad en las reglas que del mismo se derivan en el caso de los conflictos armados que tienen carácter internacional. Sin embargo, se puede afirmar que existe un núcleo básico del mismo que forma parte del derecho consuetudinario en materia de DIH y que será aplicable a toda clase de confrontación armada, independientemente que se trate de un conflicto armado internacional o interno⁵¹. Núcleo que ha sido considerado y descrito por la jurisprudencia del Tribunal constitucional colombiano⁵².

Para mayor comprensión de las reglas que integran el principio de distinción, aplicables a todo tipo de conflicto armado se presenta a continuación una síntesis de las mismas.



⁵¹ Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, sala de apelaciones, sentencia de segunda instancia del 02 de octubre 1995, caso Dusko Tadic No. IT-94-1-AR72, párrafo 127.

⁵² Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-291 del 25 de abril de 2007, MP Manuel José Cepeda.



6.5.5. Estudio de los conceptos relacionados con el principio distinción

Para la aplicación del principio de distinción y de las reglas que se derivan del mismo se debe analizar el contenido de los términos relacionados con lo que puede o no ser objeto de acción militar, esto es: (i) objetivo militar, (ii) población civil, (iii) no combatientes y (iv) bienes civiles.

El estudio de estos conceptos resultan de suma importancia para quienes investigan y juzgan las infracciones al DIH, toda vez que la valoración que realice respecto de una conducta que presuntamente vulnera el principio de distinción dependerá de la correcta aplicación de los términos mencionados a la situación fáctica objeto de estudio.

Ahora bien, para realizar el estudio de estos conceptos se partirá del análisis de la noción de objetivo militar, ya que ésta será la que permitirá determinar lo que se entiende por población y bienes de carácter civil dado que en los instrumentos internacionales relacionados con la materia cuando hacen referencia a estos dos últimos términos, se limitan a señalar que son aquellos que no entran dentro de la categoría de objetivos militares, sin establecer una definición de los mismos⁵³.

a. Noción de objetivo militar

La comprensión del término objetivo militar tiene una especial importancia para que la correcta aplicación del principio de distinción dado que este sería prácticamente inútil sin una definición de al menos una de las categorías entre las que el atacante tiene que distinguir⁵⁴.

⁵³ Véase Olásolo Alonso Héctor, Ataque contra personas o bienes civiles y ataques desproporcionados, op. cit., p. 132.

La noción de objetivo militar está unida a la premisa según la cual en la guerra “la única finalidad legítima es el debilitamiento de la fuerza militar del enemigo, por lo tanto los únicos objetivos lícitos son aquellos que tienen el carácter de militar”⁵⁵.

Si bien la expresión objetivo militar es relativamente reciente, se puede encontrar referencia a este término, aunque no de manera expresa, en la declaración de San Petersburgo de 1868⁵⁶ en la que se hace referencia a que las partes del conflicto busquen solo debilitar la fuerza militar del enemigo. Con posterioridad, en los manuales militares publicados después de la segunda guerra mundial se estableció que los bombardeos solo podían dirigirse contra objetivos militares. Una primera definición de objetivos militares aparece en las reglas de la guerra aérea (no aprobadas), sin embargo esta no ha sido desarrollada por la doctrina debido a que esta normatividad no tiene carácter vinculante⁵⁷.

Los distintos instrumentos internacionales relacionados con la materia, anteriores a los Convenios de Ginebra y a los Protocolos Adicionales, además de reiterar la exigencia de dirigir los ataques sólo contra objetivos militares, contemplan algunos ejemplos de lo que puede considerarse un objetivo militar. Así, la Convención de La Haya de 1907 sobre el bombardeo naval reconoce la importancia de la identificación de los objetivos militares en especial cuando el ataque se dirige a pueblos o lugares defendidos y considera como objetivo militar a aquellos bienes industriales de valor militar⁵⁸.

Los Convenios de Ginebra hacen referencia al término objetivo militar, pero no lo definen. Será el Protocolo Adicional I en sus artículos 43 y 52 en los que se establecerá las características de lo que debe entenderse como objetivo militar.

En términos generales, se puede afirmar que objetivo militar es lo que al ser atacado debilita al adversario e incluye a personas y bienes. En el caso de las personas que pueden ser objeto de ataque es posible dividirlos en dos categorías: (i) combatientes y (ii) personas que participan directamente en las hostilidades⁵⁹.

Para el estudio de estos dos conceptos se seguirá el siguiente esquema:

- ¿Quiénes pueden considerarse combatientes?
- ¿Qué se entiende por participación directa en las hostilidades?

Respecto de los bienes que constituyen objetivos militares se estudiará la regla establecida en el Protocolo Adicional I en su artículo 52.2 según la cual “En lo que respecta a los bienes, los objetivos militares se limitan a 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”.

Se destaca que se hará referencia a las especificidades que se deben tener en cuenta en el caso de los conflictos armados internos, dado que las reglas aplicables a este difieren en varios aspectos de las que rigen los conflictos armados internacionales.

⁵⁴ Sassòli, Marco, “legitimate target of attacks under International Humanitarian Law”, Harvard Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, 2003, <http://www.oajc.at/recht/Session11.pdf>. Consulta del 03 de Julio de 2009.

⁵⁵ Prieto Sanjuan Rafael, “De la vigencia y necesidad del derecho relativo a los métodos y medios de combate”, en Prieto Sanjuan, Rafael (editor académico) *Conducción de hostilidades y el derecho internacional humanitario a propósito del centenario de los convenios de la Haya*, Bogotá DC, Biblioteca Jurídica DIKE 2007, p. 31.

⁵⁶ Declaración de San Petersburgo, <http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/html/5TDM2V>. Consulta del 08 de julio de 2009.

⁵⁷ Rogers, A.P.V, *Law on the battlefield*, op. cit, p58.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 58.

⁵⁹ Véase Olásolo Alonso Héctor, *Ataque contra personas o bienes civiles y ataques desproporcionados*, op. cit p. 132.

(i) *Noción de combatiente*

La definición de combatiente se encuentra recogida en el protocolo Adicional I, en su artículo 43, aplicable a los conflictos armados internacionales. De acuerdo con esta norma, tienen la condición de combatientes los miembros de las fuerzas armadas de cualquier Estado⁶⁰, entendiéndose por fuerzas armadas los grupos y las unidades armadas, organizadas cuyos miembros⁶¹:

- Estén bajo un mando responsable ante la parte en conflicto por el comportamiento de sus subordinados (aunque dicha parte esté representada por un gobierno o una autoridad que la otra parte en conflicto no haya reconocido)
- Estén sometidos a un régimen de disciplina interna que haga cumplir la observancia del derecho de los conflictos armados; y
- Lleven, al menos cuando estén desplegados en operaciones militares, uniformes o se distingan de la población civil de otra manera.

Esta definición se aplica a todas las fuerzas armadas y por tanto no distingue entre fuerzas armadas regulares e irregulares⁶². El personal religioso y sanitario de las fuerzas armadas no tiene la condición de combatiente, de manera que no pueden participar en las hostilidades, ni ser objeto de ataque, dado que no tienen la condición de objetivos militares⁶³. Estas personas pueden portar armas ligeras para su propia defensa o para la defensa de las personas a su cargo, sin que tal situación los convierta en objetivo militar⁶⁴.

Quienes tienen la condición de combatientes en el caso de los conflictos armados internacionales, tienen derecho a participar directamente en las hostilidades y por lo tanto a atacar objetivos militares de la otra parte contendiente, así como ser objeto de ataque por parte de su adversario⁶⁵. Igualmente, en el caso que una persona que tenga la condición de combatiente caiga en poder de la parte adversa será tratado como prisionero de guerra⁶⁶.

En los conflictos armados internos la noción de combatiente tiene una regulación distinta⁶⁷. En efecto, el término combatiente ha sido utilizado únicamente respecto de los miembros de los grupos armados organizados que son parte contendiente en un conflicto armado de carácter no internacional de una manera general y solamente para indicar que estas personas no gozan de la protección otorgada a los civiles en relación con los ataques lanzados por la parte contendiente adversa, sin que ello signifique que tengan derecho al estatuto de prisionero de guerra⁶⁸.

En el caso de los conflictos armados no internacionales se continúa aplicando el derecho interno, así, si un disidente que sin justificación legal mata a un miembro de las fuerzas armadas comete un delito y puede ser juzgado de acuerdo con las reglas del Estado, sin tener derecho al estatuto de prisionero de guerra⁶⁹.

⁶⁰ Protocolo Adicional I artículo 43, <http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/html/protocolo-I>, consulta del 10 de julio de 2009.

⁶¹ Rogers, A.P.V, Malherbe, Paul, Modelo de Manual acerca del derecho de los conflictos armados, op. cit p. 33.

⁶² Olásolo Alonso Héctor, Ataque contra personas o bienes civiles y ataques desproporcionados, op. cit p. 132.

⁶³ Véase De Mulinen, Frédéric. Manual sobre el derecho de la guerra para las Fuerzas Armada, Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1991, p. 13.

⁶⁴ Olásolo Alonso Héctor, Ataque contra personas o bienes civiles y ataques desproporcionados, op. cit pp. 135-136.

⁶⁵ Rogers, A.P.V, Paul Malherbe, Modelo de Manual acerca del derecho de los conflictos armados, op. cit p. 32.

⁶⁶ Protocolo Adicional I artículo 44.

⁶⁷ Si bien los términos "combatientes" y "personas civiles" están claramente definidos en los conflictos armados internacionales, en los conflictos no internacionales la práctica es ambigua en lo que respecta a si, para los efectos de la conducción de las hostilidades, los miembros de los grupos armados de oposición se consideran miembros de las fuerzas armadas o personas civiles. En particular, no está claro si los miembros de grupos armados de oposición son civiles que pierden su protección contra los ataques cuando participan directamente en las hostilidades o si pueden ser atacados como tales. Esta falta de claridad también se halla en el derecho convencional. El Protocolo adicional II, por ejemplo, no contiene una definición de personas civiles o de población civil, aunque estos términos se utilizan en varias disposiciones. En tratados posteriores, aplicables en conflictos armados no internacionales, también se emplean los términos de "personas civiles" y "población civil" sin definirlos. Henckaerts Jean-Marie, "Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario: una contribución a la comprensión y al respeto del derecho de los conflictos armados" Revista Internacional del Cruz Roja, 2005, No 857, pp. 175-212.

⁶⁸ Olásolo Alonso Héctor, Ataque contra personas o bienes civiles y ataques desproporcionados, op. cit p. 136.

⁶⁹ Rogers, A.P.V, Paul Malherbe, Modelo de Manual acerca del derecho de los conflictos armados op. cit pp. 20-21.

Es por ello que un sector de la doctrina ha considerado que en el caso de los conflictos armados internos, los miembros de los grupos armados organizados que participan en el conflicto hacen parte de la categoría de las "personas que participan directamente en las hostilidades"⁷⁰. El CICR en el modelo de manual acerca del derecho de los conflictos armados establece que en esta clase de conflictos "se debe hacer distinción entre quienes participan directamente en las hostilidades, que pueden ser atacados, y quienes no lo hacen, que están protegidos contra los ataques. (...) el derecho relativo a los conflictos armados internos no versa sobre el estatuto del combatiente o la calidad de miembro de las fuerzas armadas. La razón es que en los conflictos armados internos se sigue aplicando el derecho interno"⁷¹.

Por su parte, la CC en su sentencia C- 291 de 2007 estudió la constitucionalidad de la expresión "combatientes" del artículo 135 del Código Penal. La demanda solicitaba la inconstitucionalidad de este término argumentando que su incorporación en el mencionado artículo desconocía los artículos 93 y 94 de la Carta Política, en la medida en que las normas de DIH que integran el bloque de constitucionalidad no utilizan la figura de los "combatientes" en el ámbito de los conflictos armados no internacionales.

Al respecto la Corte consideró que:

"el término "combatientes" en Derecho Internacional Humanitario tiene un sentido genérico, y un sentido específico. En su sentido genérico, el término "combatientes" hace referencia a las personas que, por formar parte de las fuerzas armadas y los grupos armados irregulares, o tomar parte en las hostilidades, no gozan de las protecciones contra los ataques asignadas a los civiles. En su sentido específico, el término "combatientes" se utiliza únicamente en el ámbito de los conflictos armados internacionales para hacer referencia a un status especial, el "status de combatiente", que implica no solamente el derecho a tomar parte en las hostilidades y la posibilidad de ser considerado como un objetivo militar legítimo, sino también la facultad de enfrentar a otros combatientes o individuos que participan en las hostilidades, y el derecho a recibir trato especial cuando ha sido puesto fuera de combate por rendición, captura o lesión en particular el status conexo o secundario de "prisionero de guerra".

"Precisa la Corte que para los efectos del principio de distinción en su aplicación a los conflictos armados internos, y de las distintas reglas que lo componen en particular, el Derecho Internacional Humanitario utiliza el término "combatientes" en su sentido genérico. Está fuera de duda que el término "combatientes" en sentido específico, y las categorías jurídicas adjuntas como "status de prisionero de guerra", no son aplicables a los conflictos armados internos"⁷².

Se destaca que con independencia de la discusión relacionada con la aplicación del término "combatiente" en los conflictos armados internos, es claro que los miembros de los grupos armados al margen de la ley que participan en el mismo, tienen la condición de objetivos militares hasta que no concluyan su participación en las hostilidades, no le es aplicable el estatuto de prisioneros de guerra y en el momento en que dejen de participar en la confrontación armada les corresponderá la protección que el DIH otorga a los no combatientes⁷³.

⁷⁰ Olásolo Alonso Héctor, Ataque contra personas o bienes civiles y ataques desproporcionados, op. cit. p. 136.

⁷¹ Rogers, A.P.V, Paul Malherbe, Modelo de Manual acerca del derecho de los conflictos armados op. cit. p. 173.

⁷² Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-291 del 25 de abril de 2007, MP Manuel José Cepeda.

⁷³ Véase Olásolo Alonso Héctor, Ataque contra personas o bienes civiles y ataques desproporcionados, op. cit., pp. 136-137.

(ii) *Personas que participan directamente en las hostilidades*

CASO

Antes de comenzar el estudio de este tema lea atentamente el siguiente caso y responda los interrogantes que se presentan a continuación:

En el pueblo de San José del Nus ubicado en el departamento de Antioquia –Colombia-, el Teniente Gutiérrez se encuentra desarrollando una operación de registro y control. En el desarrollo de la misma identifica que el señor Roberto Camargo abastece de alimentos al frente 43 de las Farc. El Teniente en el seguimiento de las acciones del señor Camargo se encuentra que en varias ocasiones este se había pronunciado a favor de la lucha que desarrolla este grupo armado.

El Teniente Gutiérrez informa de la situación a sus superiores y queda a la espera de las órdenes a seguir:

De acuerdo con los hechos planteados, considere y responda los siguientes interrogantes. Si tiene duda respecto de los criterios para responder estas preguntas anótelas e intente resolverlas cuando haya finalizado el estudio del módulo.

Primera parte del caso: Usted es el superior militar del Teniente Gutiérrez.

- a. ¿Considera que la acción realizada por el señor Camargo constituye una participación directa en las hostilidades?
- b. De acuerdo con su respuesta ¿Qué acción le ordena seguir al Teniente Gutiérrez?

Segunda parte del caso: Usted es el superior militar del Teniente Gutiérrez.

A la información obtenida por el teniente, inteligencia militar humana le informa que el abastecimiento de alimentos que proporciona el señor Camargo es la fuente de alimentación principal de los miembros del frente 43 de las Farc. A luz de esta nueva información ¿variaría su respuesta?

Tercera parte del caso: Usted es el superior militar del Teniente Gutiérrez.

Inteligencia militar humana le informa que ocasionalmente se transportan armas en las entregas de alimentos que realiza el señor Camargo a las Farc, ¿variaría su respuesta? ¿Considera que el señor Camargo participa directamente en las hostilidades?

- ¿Qué se entiende por participación directa en las hostilidades?

En este caso, el DIH se refiere a aquellas personas que si bien no tienen la condición de combatientes, sí participan directamente en las hostilidades y por lo tanto se convierten en objetivo militar⁷⁴.

La noción de participación directa en las hostilidades hace referencia a actos específicos⁷⁵ realizados por individuos en la conducción de estas y debe interpretarse de forma similar en situaciones de conflictos armados internacionales o internos⁷⁶. Se debe

⁷⁴ Véase Olásolo Alonso, Héctor, *Ataque contra personas o bienes civiles y ataques desproporcionados*, op. cit. p. 135.

⁷⁵ Cuando civiles realizan de manera constante actos que pueden catalogarse como participación directa en las hostilidades o incluso se tenga la intención de continuar realizando en el futuro estos actos, puede generarse cierta confusión en la medida en que se considere que el autor de los mismos pierde su protección en contra de los ataques por ser “combatiente”, quienes pueden ser objeto de una acción militar en todo momento y no por la realización de actos específicos que constituyen una participación directa en las hostilidades y por lo tanto la pérdida de protección se limita al momento de realización de estos actos. La confusión

tener en cuenta que esta expresión no se refiere al estatuto de una persona, la función, o la afiliación, sino a su compromiso en determinados actos hostiles⁷⁷.

Para la aplicación de este concepto a una situación fáctica concreta resulta fundamental identificar las características de los “actos específicos” que constituyen participación directa en las hostilidades, de tal forma que se pueda evaluar si la acción militar estuvo dirigida a un objetivo militar lícito de acuerdo con el DIH⁷⁸. Sin embargo, esto no es sencillo, dado que limitar el concepto de participación directa en las hostilidades a combatir o tomar parte de las operaciones militares activas sería demasiado estrecho, mientras que si se amplía a todo “esfuerzo de guerra” sería demasiado extensa, la interpretación de la noción de participación directa en las hostilidades debe ser lo suficientemente estrecha para proteger a los civiles y mantener el sentido del principio de distinción y a la vez lo suficientemente amplia como para satisfacer la necesidad legítima de las fuerzas armadas de responder eficazmente a los medios y métodos de guerra que podrían ser utilizados por civiles⁷⁹.

Si bien no existe una definición precisa del término “participación directa en las hostilidades”⁸⁰, existen algunos criterios que permiten precisarlo. Así, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁸¹, que si bien es un organismo internacional cuya función principal es promover la observancia y la defensa de los DDHH⁸², hizo referencia a esta temática propia del DIH en su tercer informe sobre los derechos humanos en Colombia de 1999. La CIDH en el mencionado informe estableció que “En derecho humanitario generalmente se entiende que la frase “participación directa en las hostilidades” significa actos, que por su naturaleza y propósito, buscan infligir un daño al personal o al material enemigo. Tal participación también sugiere una “relación causal directa entre la actividad en desarrollo y el daño infligido al enemigo en el tiempo y lugar en que la actividad se lleva a cabo”⁸³.

Igualmente, la CIDH destacó que se deben diferenciar los actos de participación directa, de aquellos que constituyen una participación indirecta en las hostilidades, dado que estos no generan que la persona que desarrolle tales actos indirectos sea considerada como objetivo militar. Como ejemplos de acciones indirectas la Comisión expone los siguientes: vender mercaderías a una o varias de las partes en el conflicto o expresar simpatía por la causa de una de las partes⁸⁴.

entre el régimen jurídico que rige la pérdida de protección de los civiles que participan directamente en las hostilidades y el que regula a los combatientes puede generar inconvenientes que afectan la finalidad del principio de distinción, por lo tanto el CICR establece que de acuerdo con el objeto y propósito del DIH el concepto de participación directa en las hostilidades debe restringirse a actos específicos. Comité Internacional de la Cruz Roja, Interpretive guidance on the of Direct participation in hostilities under international humanitarian law, CICR, Ginebra, 2009, pp. 44-45.

⁷⁶ The notion of direct participation in hostilities refers to specific hostile acts carried out by individuals as part of the conduct of hostilities between parties to an armed conflict. It must be interpreted synonymously in situations of international and non-international armed conflict. (traducción no oficial). *ibidem*, p. 45.

⁷⁷ that the notion of direct participation in hostilities does not refer to a person's status, function, or affiliation, but to his or her engagement in specific hostile acts, (traducción no oficial), *ibidem*, p. 44.

⁷⁸ El coronel piloto del Ejército del Aire del reino de España, Javier Guisández Gómez destaca la dificultad de la expresión “participación directa en las hostilidades de la siguiente manera: “En un conflicto armado no internacional, la promiscuidad entre las personas que participan de las hostilidades con las que no actúan en ellas, hace que sea necesario ejercer, la mayor parte de las veces, el proceso de la decisión en situación de incertidumbre”. Javier Guisández Gómez, “El proceso de la decisión del comandante y el derecho internacional humanitario. Acciones hostiles y objetivos militares”, en memorias del III curso de asesores jurídicos operacionales, realizado del 04 al 07 de octubre de 2004, p. 449.

⁷⁹ Véase Quéguiner, Jean-François, “working paper direct participation in hostilities under international humanitarian law”, 2003, <http://www.ihlresearch.org/ihl/pdfs/briefing3297.pdf>. Consulta del 10 de julio de 2009.

⁸⁰ Henckaerts, Jean-Marie, “Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario: una contribución a la comprensión y al respeto del derecho de los conflictos armados” *Revista Internacional del Cruz Roja*, 2005, No 857, pp 175-212.

⁸¹ En adelante CIDH.

⁸² Ver Convención Americana sobre los Derechos Humanos, artículo 41.

⁸³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos Tercer Informe sobre derechos humanos en Colombia, 1999, capítulo IV, párrafo 53. Disponible en <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Colom99sp/capitulo-4.htm>, consulta del 07 de julio de 2009.

⁸⁴ En contraste, las personas civiles que tan solo apoyen el esfuerzo militar o de guerra del adversario o de otra forma solo 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. Las Nuevas Reglas confirman

Por su parte, el CICR en *la guía interpretativa de la noción de participación directa en las hostilidades en el DIH*⁸⁵ estableció un conjunto de criterios que permiten identificar si un acto puede ser calificado como “participación directa en las hostilidades”⁸⁶:

- *El “umbral” de daño que debe causar el acto.* Este criterio está relacionado con dos aspectos. En primer lugar se destaca que los actos específicos deben afectar de forma negativa las operaciones militares o la capacidad militar de una de las partes del conflicto armado. En este sentido se considera como participación directa en las hostilidades el uso de armas u otros medios para realizar actos de violencia contra las personas que integran la contraparte en el conflicto o contra sus bienes⁸⁷. Las consecuencias de estos actos violentos no tienen porque ser inmediatas y por lo tanto aquellas acciones violentas destinadas a causar daño a la vida, a la integridad física del adversario o a sus bienes, ya sea que el efecto sea inmediato o retardado se consideran como participación directa en las hostilidades⁸⁸.

Sin embargo, este criterio no se limita a esta clase de actos, dado que es posible causar un daño de carácter militar que no afecte a las personas o a los bienes de una de las partes en el conflicto, por ejemplo las operaciones militares o la capacidad militar del adversario puede verse afectada por el sabotaje de las comunicaciones⁸⁹.

En segundo lugar, se considera que un acto alcanza el umbral de daño requerido para ser considerado como participación directa en las hostilidades cuando causa la muerte, lesión o la destrucción de personas o bienes protegidas contra los ataques directos de acuerdo con el DIH, aunque no exista un daño militar al adversario⁹⁰.

Se resalta que no se requiere la materialización del daño para cumplir con este criterio, basta con que exista la probabilidad objetiva de que el acto pudiese generarlo. Por lo tanto, la verificación de este criterio debe estar basada en el “daño probable”, es decir, daños que razonablemente se podrían esperar como resultado de un acto.

- *Causalidad directa*⁹¹. La expresión participación “directa” en las hostilidades implica que deben diferenciarse los actos que cumplen con esta característica de aquellos que constituyen una participación “indirecta” y que no tienen como consecuencia la pérdida de la protección otorgada por el DIH a las personas y bienes civiles contra los ataques directos. En este sentido debe existir un nexo causal directo entre el acto específico y el daño causado o probable a una operación militar a la capacidad militar de una de las partes o a las personas o bienes protegidos por el DIH.

esta apreciación al señalar que “[c]iviles que apoyan a las Fuerzas Militares (o grupos armados) aportando trabajo, transportando pertrechos, actuando como mensajeros o distribuyendo propaganda no pueden ser objeto de ataque directo individual, pero permanecen sujetos a la legislación doméstica que sancione dar ayuda y apoyo a enemigos domésticos”. Comisión Interamericana de Derechos Humanos Tercer Informe sobre derechos humanos en Colombia, 1999, capítulo IV, párrafo 56. Disponible en <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Colom99sp/capitulo-4.htm>, consulta del 07 de julio de 2009.

⁸⁵ Comité Internacional de la Cruz Roja, *Interpretive guidance on the of Direct participation in hostilities under international humanitarian law*, CICR, Ginebra, 2009.

⁸⁶ El CICR resalta que un acto debe cumplir con los tres criterios expuestos en la guía para que pueda ser catalogado como participación directa en las hostilidades, *ibidem*, p. 46.

⁸⁷ Otro aspecto de incertidumbre que afecta la regulación de los conflictos armados, tanto internacionales como no internacionales, es la ausencia de una definición precisa de la expresión “participación directa en las hostilidades”. Es indiscutible que la protección contra los ataques se pierde cuando una persona civil emplea armas y otros medios para cometer actos de violencia contra las fuerzas humanas o materiales del enemigo. Henckaerts Jean-Marie, “Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario: una contribución a la comprensión y al respeto del derecho de los conflictos armados” *Revista Internacional del Cruz Roja*, 2005, No 857, pp. 175-212.

⁸⁸ Véase Quéguiner, Jean-François, “working paper direct participation in hostilities under international humanitarian law”, 2003, <http://www.ihlresearch.org/ihl/pdfs/briefing3297.pdf>. Consulta del 10 de julio de 2009.

⁸⁹ For example, beyond the killing and wounding of military personnel and the causation of physical or functional damage to military objects, the military operations or military capacity of a party to the conflict can be adversely affected by sabotage and other armed or unarmed activities restricting or disturbing deployments, logistics and communications. Comité Internacional de la Cruz Roja, *Interpretive guidance on the of Direct participation in hostilities under international humanitarian law*, *op. cit.*, p. 48.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 49.

⁹¹ *Ibidem*, p. 51-58.

Así, solo cuando un acto sea la causa inmediata del daño causado o probable podrá concluirse que existe participación directa en las hostilidades. Esta clase de actos deben diferenciarse de las actividades que construyen o mantienen la capacidad militar de una de las partes del conflicto pero que no son la causa directa o próxima de un “daño” causado al adversario, como por ejemplo el suministro de alimentos, material de construcción, producción y transporte de armas⁹², o apoyo financiero.

Para que exista causalidad directa no es necesario y tampoco suficiente que el acto sea indispensable para originar el daño. Por ejemplo, la financiación o producción de armas o provisión de comida pueden ser indispensables para la producción del daño al adversario, pero no es directamente causal. Por otra parte, quienes sirven de observadores durante una emboscada, participan directamente en las hostilidades a pesar de que su contribución pueda no ser indispensable para la generación del daño.

Este requisito no debe confundirse con la simple proximidad temporal o geográfica. Así es posible que se realicen actos hostiles a distancias a través de armas que cuenten con un temporizador de dispositivos controlados, caso en el cual existe una relación directa aunque no haya proximidad temporal y geográfica. Por el contrario, el suministro o la preparación de alimentos para una de las partes del conflicto armado puede darse en el lugar y el tiempo de los combates, sin embargo, la relación entre la actividad y el daño causado al adversario será indirecta. En este sentido, se debe tener en cuenta que la proximidad geográfica o temporal entre el acto y el daño puede ser un indicio del que se puede deducir la participación directa en la hostilidades, pero no es un criterio absoluto⁹³.

Por último, se resalta que cuando el daño no se ha materializado la causalidad “directa” debe determinarse a partir del daño que razonablemente se puede esperar como consecuencia directa del acto realizado.

- *Finalidad del acto.* Para el DIH el concepto de “participación directa” se restringe a actos específicos relacionados con las hostilidades, entendiéndose por esta última expresión lo concerniente a la utilización de medios y métodos para dañar al adversario o a la realización de ataques directos dirigidos contra el mismo. En este sentido, para determinar si existe participación directa en las hostilidades será necesario que además de los criterios descritos, el acto o la acción causante del daño sea específicamente diseñada para apoyar a una de las partes en conflicto y en detrimento de la otra⁹⁴.

Durante un conflicto armado pueden ocurrir actos de violencia que afecten a una de las partes del mismo, pero que no están relacionados con la confrontación armada. Por ejemplo, pueden existir homicidios o robos de material militar que aunque generan un “daño” pueden no ser motivos por la situación de conflicto armado.

Se debe tener en cuenta que este criterio no hace referencia a la intención del sujeto que realiza el acto, sino al propósito objetivo del mismo, el cual se debe analizar o verificar en el diseño o naturaleza del acto o la acción en sí⁹⁵.

La expresión “participación directa en las hostilidades” también descarta el hecho de que futuros o potenciales combatientes puedan ser objeto de ataque⁹⁶. En este sentido una persona que participa directamente en las hostilidades será considerada como objetivo militar desde el momento en que comienza a participar en las mismas y hasta que dure tal participación⁹⁷.

⁹² En este caso se está analizando la acción de transportar armas. Las armas y los vehículos en los que estas sean transportadas son bienes que son objetivos militares.

⁹³ Véase Comité Internacional de la Cruz Roja, Interpretive guidance on the of Direct participation in hostilities under international humanitarian law, .op. cit, p. 55.

⁹⁴ Véase *Ibidem* p. 58.

⁹⁵ *Ibidem* p. 59.

⁹⁶ Rogers, A.P.V, Paul Malherbe, Modelo de Manual acerca del derecho de los conflictos armados op. cit p. 174.

⁹⁷ Véase Olásolo Alonso Héctor, Ataque contra personas o bienes civiles y ataques desproporcionados, op. cit p. 139.

Quienes realicen actos que de acuerdo con los criterios expuestos puedan ser considerados como participación directa en las hostilidades quedan expuestos a ataques directos y pierden los beneficios relacionados con las precauciones que se deben tener al atacar y contra los efectos de los ataques⁹⁸.

Un interrogante más debe estudiarse en relación con esta temática ¿pueden considerarse como objetivos militares las personas que se ven obligadas a apoyar el esfuerzo militar de una de las partes en conflicto? Al respecto se destaca que “lo primero que hay que analizar es si el tipo de contribución exigida constituye o no una forma de participación directa en las hostilidades – no es lo mismo que se les obligue a cocinar para la tropa, a actuar como exploradores en una unidad que intenta infiltrarse entre las líneas enemigas para cometer un acto de sabotaje o a actuar como francotiradores en una colina desde la que se dominan las líneas enemigas. Solo una vez que se haya determinado que tales personas han sido forzadas a participar directamente en las hostilidades habrá que preguntarse si el hecho que se trata de una participación involuntaria influye de alguna manera en su consideración como objetivo militar”.

“En ese sentido (...) en principio, el carácter forzado o voluntario de la participación directa de una persona en las hostilidades no afecta su condición de objetivo militar en cuanto sus actos generan un amenaza inmediata de daño para la parte contendiente contra la que actúa”⁹⁹.

A pesar de los criterios expuestos la noción de participación directa en las hostilidades no deja de presentar dificultades y es probable que su descripción teórica sea más sencilla que la aplicación de la misma por parte de quienes participan en los conflictos armados. Es por ello que el Protocolo Adicional I en su artículo 50.1 establece que en caso de duda respecto de la condición de una persona, esta se considera civil y por lo tanto no constituye un objetivo militar. Respecto de esta regla se tiene que, como el propio CICR ha señalado, no es una presunción que tiene un carácter absoluto y se traduce principalmente en la obligación de la parte atacante de: (i) tomar las medidas que la situación de combate le permita para cerciorarse de la condición de objetivo militar de la persona que se pretende atacar, y (ii) realizar una determinación honesta de dicha condición sobre la base de la información¹⁰⁰ que dadas las circunstancias se haya podido obtener- en particular aquella relativa al comportamiento de la persona que se pretende atacar, su ubicación y su vestimenta¹⁰¹. Serán los actos o acciones que realiza una persona los que deberán ser analizados con fin de determinar si estos representan un apoyo directo al esfuerzo militar del adversario.

(iii) Bienes que constituyen objetivos militares

La definición de bienes que constituyen objetivos militares se encuentra en el artículo 52.2 del Protocolo Adicional I, según la cual constituyen objetivos militares 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 definida¹⁰². Si bien, el Protocolo Adicional I regula los conflictos armados internacionales, la definición contenida en el mismo es aceptada como parte del derecho consuetudinario. En este sentido su estudio es de suma importancia dado que es el principal instrumento internacional a partir del cual se debe valorar la legalidad o no de operaciones militares dirigidas contra determinados bienes¹⁰³.

⁹⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos Tercer Informe sobre derechos humanos en Colombia, 1999, capítulo IV, párrafo 54 Disponible en <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Colom99sp/capitulo-4.htm>, consulta del 07 de julio de 2009.

⁹⁹ Olásolo Alonso, Héctor, Ataque contra personas o bienes civiles y ataques desproporcionados, op. cit. pp. 138-139.

¹⁰⁰ Para realizar esta valoración resulta de suma importancia la información suministrada por inteligencia militar –humana y técnica-.

¹⁰¹ Olásolo Alonso, Héctor, Ataque contra personas o bienes civiles y ataques desproporcionados, op. cit. pp. 144-145.

¹⁰² En la traducción al español de este artículo se utilizó la conjunción “o” lo que genera que dentro de la noción de objetivo militar se incluyen los bienes que cumplan con una de las dos condiciones exigidas por el artículo 52 (2 del Protocolo Adicional I, mientras que versión en inglés del mismo la conjunción que se utiliza es “y” de tal forma que se exige la concurrencia de ambas condiciones para que un bien pueda ser considerado como objetivo militar. Ver Olásolo Alonso, Héctor, Ataque contra personas o bienes civiles y ataques desproporcionados, op. cit. p. 152.

¹⁰³ Ver Olásolo Alonso, Héctor, Ataque contra personas o bienes civiles y ataques desproporcionados, op. cit. p. 157.

Se estudiarán las dos condiciones descritas en el artículo mencionado de tal forma que se puedan identificar los bienes que entran en la categoría de objetivos militares, a saber:

(i) Bienes que por su naturaleza, ubicación, finalidad o uso pueden ser considerados objetivos militares:

- *Bienes que por naturaleza constituyen objetivos militares.* En principio son aquellos que la esencia del bien contribuye eficazmente a la acción militar como armamento, almacenes donde se guarda este, los medios de transporte de tropa y armas, los puestos de mando, entre otros. Estos bienes han sido concebidos y diseñados para causar disuasión o daño, por lo que su destrucción, neutralización u ocupación en general representa una ventaja militar inmediata y directa¹⁰⁴.
- *Bienes que por su ubicación son objetivos militares.* Dentro de esta categoría se encuentran los bienes que como los puentes, túneles, colinas, desfiladeros o áreas que su control contribuye al desarrollo de operaciones de una de las partes del conflicto o que contribuyen al esfuerzo militar de estas. Esta circunstancia se tendría en cuenta únicamente cuando no se tuviera claridad si se trata de un objetivo militar por naturaleza, dado que es suficiente un aspecto para que un bien sea considerado de este carácter¹⁰⁵.
- *Los bienes que por su finalidad son objetivos militares.* Para lo que ha sido diseñado un determinado bien. Esta categoría abarca no solo aquellos bienes que han sido diseñados y creados a instancias militares, dado que en tiempo de paz se han podido crear elementos que en una situación de conflicto armado pueden generar una ventaja militar para una de las partes, por ejemplo los satélites de información¹⁰⁶.
- *Los bienes que por su uso son objetivos militares.* Es decir, aquellos bienes que debido a la utilización o uso dado en tiempos de conflicto armado pueden considerarse objetivos militares. Dentro de esta categoría se encuentran los bienes que normalmente se utilizan para fines civiles, sin embargo, por el uso que reciben contribuyen al esfuerzo militar de una de las partes del conflicto armado y por lo tanto se convierten en objetivos militares, por ejemplo el caso de las escuelas o las casas que son reacondicionadas para el alojamiento de tropa, o para almacenar equipamiento o son convertidos en puestos de mando.

Es importante destacar que estos bienes son objetivos militares por lo que “hacen o han hecho”, no por lo que “pudieran hacer”, así por ejemplo, las emisoras de radio pueden ser utilizadas para desarrollar funciones de mando y control, pero no se les dará el mismo tratamiento que a las *que efectivamente* están realizando esta actividad¹⁰⁷. En este último caso, el bien que por naturaleza es civil está siendo utilizado para apoyar el esfuerzo bélico del adversario lo que lo convierte en un objetivo militar, mientras que en el primer supuesto su uso para fines militares es solo una posibilidad.

(ii) Los bienes cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezcan en las circunstancias del caso una ventaja militar definida. De acuerdo con esta condición, para que el bien pueda ser considerado objetivo militar, la destrucción, neutralización o captura del mismo, debe ofrecer una ventaja militar concreta, no potencial o indeterminada¹⁰⁸.

Este segundo aspecto, establece una relación entre la identificación de un bien como *objetivo militar* y *la ventaja militar* definida que se espera obtener con la acción militar encaminada a su destrucción, neutralización o captura. Sin embargo, esta relación plantea algunos interrogantes en torno a la identificación de los bienes que pueden considerarse un objetivo militar, por ejemplo

¹⁰⁴ Guisández Gómez Javier, “El proceso de la decisión del comandante y el derecho internacional humanitario. Acciones hostiles y objetivos militares”, en memorias del III curso de asesores jurídicos operacionales, realizado del 04 al 07 de octubre de 2004, p. 182.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 182.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 183.

¹⁰⁷ Guisández Gómez, Javier. “El principio de proporcionalidad y los daños colaterales, un enfoque pragmático”, en Prieto Sanjuan, Rafael (editor académico), *Conducción de hostilidades y el derecho internacional humanitario a propósito del centenario de los convenios de La Haya*, Bogotá D. C., Ed. Biblioteca Jurídica DIKE 2007, p. 209.

¹⁰⁸ Olásolo Alonso, Héctor, *Ataque contra personas o bienes civiles y ataques desproporcionados*, op. cit, p. 155.

si el concepto de objetivo militar se puede construir a la luz de la ventaja militar esperada de la acción militar dirigida en contra del mismo, ¿la lista de objetivos militares puede ampliarse con la valoración que se haga de la ventaja militar en un momento dado y de acuerdo con los objetivos de las partes del conflicto?

Al respecto, Héctor Olásolo¹⁰⁹ destaca que existen dos posiciones en torno al tema, la primera posición sostiene que la lista de objetivos militares puede ampliarse o reducirse de acuerdo con los objetivos políticos – estratégicos de la campaña militar de las partes contendientes, en consecuencia las partes del conflicto deben analizar las características del conflicto para determinar contra que personas o bienes pueden dirigirse los ataques. La otra postura afirma que la vinculación de la noción de objetivo militar con la ventaja militar y esta a la campaña militar de las partes contendientes, reduce el alcance del concepto de objetivo militar de manera contraria a lo establecido en el Protocolo Adicional I. El autor destaca que la identificación de los objetivos militares se debe armonizar con el objeto y los fines del Protocolo, que no es otro que limitar los sufrimientos y daños causados por los conflictos armados a quienes no participan en las hostilidades y por lo tanto la determinación de lo que constituye o no un objetivo militar se debe supeditar a lo que las circunstancias del momento ofrece una ventaja militar definida.

A pesar de los criterios trazados por el Protocolo Adicional I la identificación de objetivos militares en la práctica no resulta una tarea fácil, en especial en conflictos armados que no se desarrollan en un espacio territorial delimitado, donde las partes no están claramente identificadas¹¹⁰ y en muchos casos los bienes reciben un doble uso, así bienes que son usados con fines civiles también son utilizados para contribuir al esfuerzo militar de una de las partes. En este último caso, se destaca que en caso de duda respecto de si un bien está siendo utilizado con fines militares y cuyo uso común es civil, se presumirá este es de carácter civil y no podrá ser objeto de ataque¹¹¹. Esta presunción exige a quienes participan en las hostilidades que solo en el momento en que se esté convencido que bienes de naturaleza civil son utilizados con fines militares, se consideren estos como objetivos militares¹¹².

b. Noción de población civil y no combatiente

Como se mencionó con anterioridad, los Convenios de Ginebra de 1949, así como los Protocolos Adicionales I y II si bien hacen referencia al término población civil, no establecen una definición del mismo. Estos Instrumentos internacionales se limitan a indicar que en la conducción de las hostilidades no se pueden dirigir los ataques contra la población civil, dado que no tiene el carácter de objetivo militar.

Por ello, una vez estudiadas las características de las personas que pueden ser objeto de acción militar, se considera civil toda persona que no pertenece a las fuerzas armadas o a los grupos armados organizados¹¹³. En el caso de los conflictos armados internos, quienes participen directamente en las hostilidades, perderán la protección que el DIH otorga a los civiles, convirtiéndose en objetivos militares.

Por su parte, el término población civil comprende a todas las personas civiles y esta no pierde este carácter por la presencia de personas que tengan la calidad de combatientes¹¹⁴.

¹⁰⁹ Olásolo Alonso, Héctor, Ataque contra personas o bienes civiles y ataques desproporcionados, op. cit pp. 168-173.

¹¹⁰ Prieto Sanjuan, Rafael, "De la vigencia y necesidad del derecho relativo a los métodos y medios de combate", en Prieto Sanjuan, Rafael (editor académico) Conducción de hostilidades y el derecho internacional humanitario a propósito del centenario de los convenios de La Haya, Bogotá DC, Biblioteca Jurídica DIKE 2007, p. 31.

¹¹¹ Protocolo Adicional I artículo 52.3).

¹¹² Para que el comandante militar alcance este convencimiento resulta fundamental la información otorgada por inteligencia militar humana y técnica.

¹¹³ Esta noción hace parte del derecho consuetudinario y se aplica en los conflictos armados internacionales e interno. Ver Henckaerts Jean-Marie, "Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario: una contribución a la comprensión y al respeto del derecho de los conflictos armados" Revista Internacional del Cruz Roja, 2005, No 857, pp. 175-212.

¹¹⁴ De Mulinen, Frédéric, Manual sobre el derecho de la guerra para las Fuerzas Armada, op. cit p. 13.

De la misma forma, el término no combatientes comprende a aquellas personas que ya no participan más en las hostilidades debido a que se encuentran heridos, enfermos, náufragos u otra situación a partir de la cual dejan de participar en el conflicto armado¹¹⁵. Estas personas mientras mantengan su condición de no combatiente no pueden ser objeto de ataque.

c. *Personas y bienes especialmente protegidos por DIH*

El DIH le otorga una protección especial a ciertas personas debido a la labor que realizan en un conflicto armado, esto es al personal sanitario y religioso que debe ser respetado y protegido por las partes que participan en las hostilidades. Dentro de esta categoría de personas se incluye el personal sanitario que pertenece a las fuerzas armadas, el personal sanitario civil destinado a atender a las víctimas del conflicto, así como a los miembros del movimiento del comité Internacional de la Cruz Roja¹¹⁶. También gozan de esta protección especial quienes pertenecen a las misiones de mantenimiento de la paz.

Por su parte, este ordenamiento jurídico también reconoce una protección especial a ciertos bienes por la función que desempeñan en la confrontación armada, esto es los bienes sanitarios cuyo respeto se deriva de la asistencia médica que debe proveérsele a los heridos y enfermos durante el conflicto. También se encuentran protegidos los lugares de culto¹¹⁷, los bienes culturales¹¹⁸, los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil y los que contienen fuerzas peligrosas¹¹⁹.

La CC ha reconocido esta protección especial otorgada a ciertas personas y bienes en los conflictos armados internos, así:

“El Derecho Internacional Humanitario convencional y consuetudinario, en su aplicación a los conflictos armados internos, provee especial protección a ciertas categorías de personas y de bienes que resultan particularmente vulnerables a los efectos nocivos de la guerra. Las principales categorías de personas y bienes especialmente protegidos son (a) el personal y los bienes médicos, sanitarios y religiosos, (b) el personal y los bienes de socorro humanitario, (c) el personal y los bienes de las misiones de mantenimiento de la paz, (d) los periodistas, (e) los bienes culturales y (f) las instalaciones que contienen fuerzas peligrosas”¹²⁰.

Respecto de estas personas y bienes el DIH impone una especial protección y respeto por parte de quienes participan en el conflicto armado. En este sentido, están prohibidos los ataques dirigidos, de manera directa, contra estas personas y bienes, salvo que o las personas que gozan de esta protección participen directamente en las hostilidades o que los bienes sean usados para apoyar el esfuerzo militar de una de las partes del conflicto, en este último caso pierden la protección otorgada por el DIH y se consideran como objetivos militares.

Por último, se destaca que en el caso que las personas o los bienes que tienen esta protección especial resulten afectados luego de un ataque dirigido contra un objetivo militar; para evaluar la licitud del mismo deberá tenerse en cuenta el principio de

¹¹⁵ Aquellos que se encuentran temporalmente de permiso, mantendrán en todo momento su condición de combatiente y por lo tanto de objetivo militar. Ver Olásolo Alonso, Héctor, *Ataque contra personas o bienes civiles y ataques desproporcionados*, op. cit. p. 134.

¹¹⁶ Hernández Martínez, Doris Marcela, “personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario” en González Monguí, Pablo Elías (compilador), *Derecho internacional humanitario*, Universidad Libre, Bogotá, 2007, pp. 34-35.

¹¹⁷ La protección dispensada a nivel convencional y consuetudinario a las instituciones religiosas es autónoma de la protección dada a los bienes culturales; por ello, no es necesario que estas instituciones correspondan al patrimonio cultural de los pueblos o de un pueblo en particular, para ser bienes especialmente protegidos por el derecho internacional humanitario, cuyo ataque da lugar a responsabilidad penal individual. Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-291 del 25 de abril de 2007, MP Manuel José Cepeda.

¹¹⁸ Para consultar la normativa internacional relacionada con la protección de los bienes culturales véase la primera unidad del módulo concepto y normatividad en *Derecho Internacional Humanitario y su aplicación al caso colombiano*.

¹¹⁹ Hernández Martínez Doris Marcela, “personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario”, op. cit, pp. 38-40.

¹²⁰ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-291 del 25 de abril de 2007, MP Manuel José Cepeda.

- Operación Charly (Cohete)
 - Tiradores escogidos de Plataforma TEPLAS
- a. ¿Qué operación selecciona a la luz del principio de distinción?
 - b. ¿Qué operación selecciona a la luz del principio de proporcionalidad? ¿Cuál sería la ventaja militar directa y concreta? ¿Cuáles serían los daños colaterales? ¿a partir de qué criterios valoraría si los daños colaterales son excesivos frente a la ventaja militar concreta y directa esperada?
 - c. ¿No realizaría ninguna operación militar?

Segunda parte del caso: Usted es el militar responsable que debe planear y ordenar la operación. Inteligencia informa que en el campamento guerrillero se encuentra un miembro del secretariado de las Farc. A la luz de esta nueva información ¿cambiaría alguna de las decisiones adoptadas anteriormente?

Tercera parte del caso: El responsable militar decide seleccionar una operación Alfa por las siguientes razones:

- Las condiciones geográficas no permiten que se usen tiradores escogidos de plataforma.
- La destrucción causada por una operación Alfa es menor que la causada por una operación Beta o Charly.
- Se prevé que se causarán colaterales, sin embargo estos no se consideran desproporcionados por la importancia del objetivo (miembro del secretariado de las Farc).

Luego de terminada la operación se tiene que murieron 20 personas pertenecientes al grupo armado dentro de las cuales se encontraba el miembro del secretariado y 30 resultaron heridas. En el campamento existían cinco secuestrados, de los cuales tres murieron y dos resultaron heridos.

¿Considera que se trató de un ataque lícito o ilícito de acuerdo con el DIH? Explique sus razones

6.6.1. Aspectos generales del principio de proporcionalidad

Una vez descritas las reglas que impone el principio de distinción a las partes de un conflicto armado internacional o interno, se entra a considerar el principio de proporcionalidad a la luz del DIH. Si el principio de distinción exige que las partes enfrentadas identifiquen y dirijan la acción militar solo contra aquello que puede ser objeto de ataque - objetivos militares-, el principio de proporcionalidad establece las reglas de acuerdo con las que cuales han de valorarse como lícitos o ilícitos los daños causados a personas y bienes que no tienen relación con las hostilidades por un ataque dirigido contra un objetivo militar.

El principio de proporcionalidad busca la protección de la población civil y sus bienes sin desconocer la realidad de la "guerra", estos es, que estos pueden terminar afectados incluso en los casos en los cuales los ataques se dirigen contra objetivos militares lícitos. Sólo aquellos daños que quebranten la proporcionalidad aceptada por el DIH, podrán ser considerados como ilícitos, por su parte, los que respeten este principio, aunque representen la pérdida de vidas de personas y bienes de carácter civil son aceptados por el DIH. En este sentido, el principio de proporcionalidad intenta equilibrar la necesidad militar con los intereses humanitarios.¹²¹

¹²¹ Rogers, A.P.V. Law on the battlefield, op. cit, 17.

6.6.2. Consagración normativa y definición

Existen algunas referencias normativas al principio de proporcionalidad previas al Protocolo Adicional I de 1977¹²², sin embargo es esta norma la que describe cuales son los elementos que integran este principio, según el cual los daños incidentales o colaterales no deben ser excesivos frente a la ventaja militar esperada de cualquier ataque contra un objetivo militar¹²³.

Sin bien, el Protocolo Adicional I en su artículo 51.5.b) considera el incumplimiento del principio de proporcionalidad como un ataque indiscriminado, se ha reconocido la importancia de diferenciar aquellos ataques que están dirigidos contra la población civil de los que se dirigen contra objetivos militares y que causan daños colaterales desproporcionados¹²⁴.

Por su parte, la jurisprudencia del TPIY no ha incluido de manera expresa la infracción correspondiente a los ataques desproporcionados contra personas y bienes de carácter civil, dado que no se tipificó expresamente esta infracción¹²⁵ y no consideró que estos ataques estuvieron tipificados de manera autónoma por la costumbre internacional en el momento en que se produjo el conflicto en la Antigua Yugoslavia. En consecuencia este Tribunal ha tratado estos ataques como un elemento probatorio del que se puede deducir si un ataque fue dirigido contra las personas y bienes civiles¹²⁶.

Sin embargo, dos sentencias deben mencionarse. En primer lugar se destaca la sentencia de primera instancia del caso Strugar, en la que si bien sólo se hizo referencia a la responsabilidad penal por la destrucción del casco antiguo de Dubrovnik, declarado patrimonio histórico de la humanidad, la sala aclaró que en la hipótesis que este pudiera considerarse un objetivo militar se debería llevar a cabo un análisis de proporcionalidad entre los daños civiles colaterales ocasionados y la ventaja militar esperada¹²⁷.

En segundo lugar, se encuentra la sentencia del caso Kupreskic, en la que si bien la sala basó su argumento jurídico esencialmente en la prohibición de lanzar ataques contra la población civil, destacó la relevancia del principio de proporcionalidad, pero sólo en términos conceptuales, sin hacer una aplicación del mismo al caso en concreto¹²⁸.

Por su parte, el Estatuto de Roma en su artículo 8.2.b),iv) consagra de manera independiente los ataques que pueden considerarse desproporcionados, entiendo por estos aquellos en los que se prevé que se causarán daños civiles colaterales manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se espera.

A pesar del lugar en el que normativamente pueda estar consagrado el principio de proporcionalidad, así como las infracciones al DIH que se derivan del incumplimiento del mismo, es importante diferenciarlo del principio de distinción, toda vez que este exige que todo ataque se dirija contra lo que tiene carácter de objetivo militar, mientras que el principio de proporcionalidad obliga a analizar los ataques que efectivamente se dirigen contra objetivos militares, pero que podrían causar daños colaterales, los cuales serán lícitos o ilícitos de acuerdo con la relación que se establezca entre estos y la ventaja militar concreta y directa esperada.

¹²² Bittel, Raoul, "Evolución y contenido del principio de proporcionalidad de La Haya a Ginebra", en Prieto Sanjuan, Rafael (editor académico), *Conducción de hostilidades y el derecho internacional humanitario a propósito del centenario de los convenios de la Haya* Bogotá D.C., Biblioteca Jurídica DIKE 2007, p. 138.

¹²³ Rogers, A.P.V, Paul Malherbe, *Modelo de Manual acerca del derecho de los conflictos armados* op cit, p. 22.

¹²⁴ Olásolo Alonso Héctor, *Ataque contra personas o bienes civiles y ataques desproporcionados* op cit p. 195.

¹²⁵ *Ibidem* p. 91.

¹²⁶ *Ibidem* p. 100.

¹²⁷ Véase Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, sala de primera instancia, sentencia de primera instancia del 31 de enero de 2005, caso Strugar IT-01-42-T, Párrafo 209.

¹²⁸ Véase Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, sala de primera instancia, sentencia de primera instancia del 14 de enero de 2000, caso Kupreskic IT-95-16-T, párrafo 524.

6.6.3. El principio de proporcionalidad en los conflictos armados no internacionales

Si bien en el Protocolo Adicional II se establece la protección de la población civil contra los peligros procedentes de las operaciones militares exigiendo a las partes enfrentadas, entre otros aspectos, no hacer objeto de ataque a las personas y bienes de carácter civil, no existe una referencia al principio de proporcionalidad como la que aparece en el Protocolo Adicional I aplicable a los conflictos armados internacionales. Sin embargo el principio de proporcionalidad según el cual está prohibido lanzar un ataque cuando se ha de prever que cause incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, daños a bienes de carácter civil o ambas cosas, que sean excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista, es considerado de carácter consuetudinario y aplicable a los conflictos armados internos¹²⁹.

6.6.4. Principales aspectos que integran el principio de proporcionalidad en los conflictos armados internacionales y los conflictos armados internos

a. *Gráfica 4 reglas del principio de proporcionalidad*



6.6.5. Conceptos relacionados con el principio de proporcionalidad

Para la aplicación del principio de proporcionalidad, así como para la valoración de las conductas que presuntamente vulneren este principio se deben analizar los siguientes aspectos:

- ¿Qué se puede considerar daño colateral o incidental?
- ¿Qué debe entenderse por ventaja militar concreta y directa?
- ¿Cuándo existe un desequilibrio entre los daños colaterales causados y la ventaja militar esperada?

¹²⁹ Henckaerts Jean-Marie, "Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario: una contribución a la comprensión y al respeto del derecho de los conflictos armados" Revista Internacional del Cruz Roja, 2005, No 857, pp. 175-212.

a. *Noción de daños colaterales o incidentales*

A través de este término el DIH recoge los perjuicios causados a las personas y bienes de carácter civil como resultado de un ataque dirigido a un objetivo militar lícito. En este sentido se destaca que no serán daños colaterales los generados por un ataque dirigido directamente contra la población civil, sino aquellos que se producen como consecuencia de la acción militar sobre una persona o bien que puede catalogarse como objetivo militar a la luz del DIH.

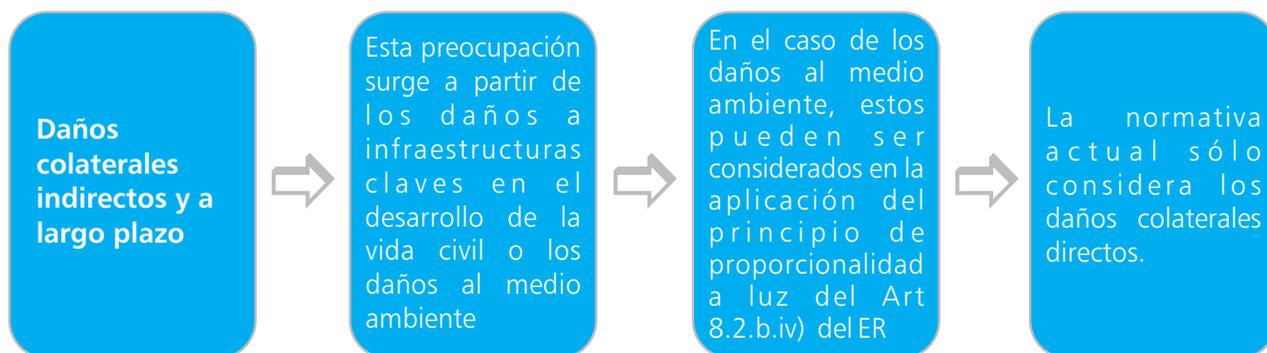
Ahora bien, en la medida en que el ataque se dirige contra un objetivo militar este se puede considerar en principio lícito, incluso a pesar de haberse generado daños colaterales o incidentales. Estos daños serán ilícitos sólo cuando se rompa el equilibrio exigido por el principio de proporcionalidad.

Tampoco son daños colaterales los ocurridos a las personas o bienes que puedan considerarse objetivo militar, a las personas que participan directamente en las hostilidades¹³⁰, y a los bienes que tengan doble uso, es decir aquellos que son utilizados en tiempos de conflictos armados con fines civiles y también para apoyar el esfuerzo militar de una de las partes.

Aunque existe claridad respecto de lo que debe considerarse como un daño colateral o incidental, existen algunos interrogantes que se consideran pertinentes estudiar, a saber¹³¹.

Interrogante 1: En el análisis de proporcionalidad ¿deben considerarse los daños indirectos como colaterales?

Gráfica 5

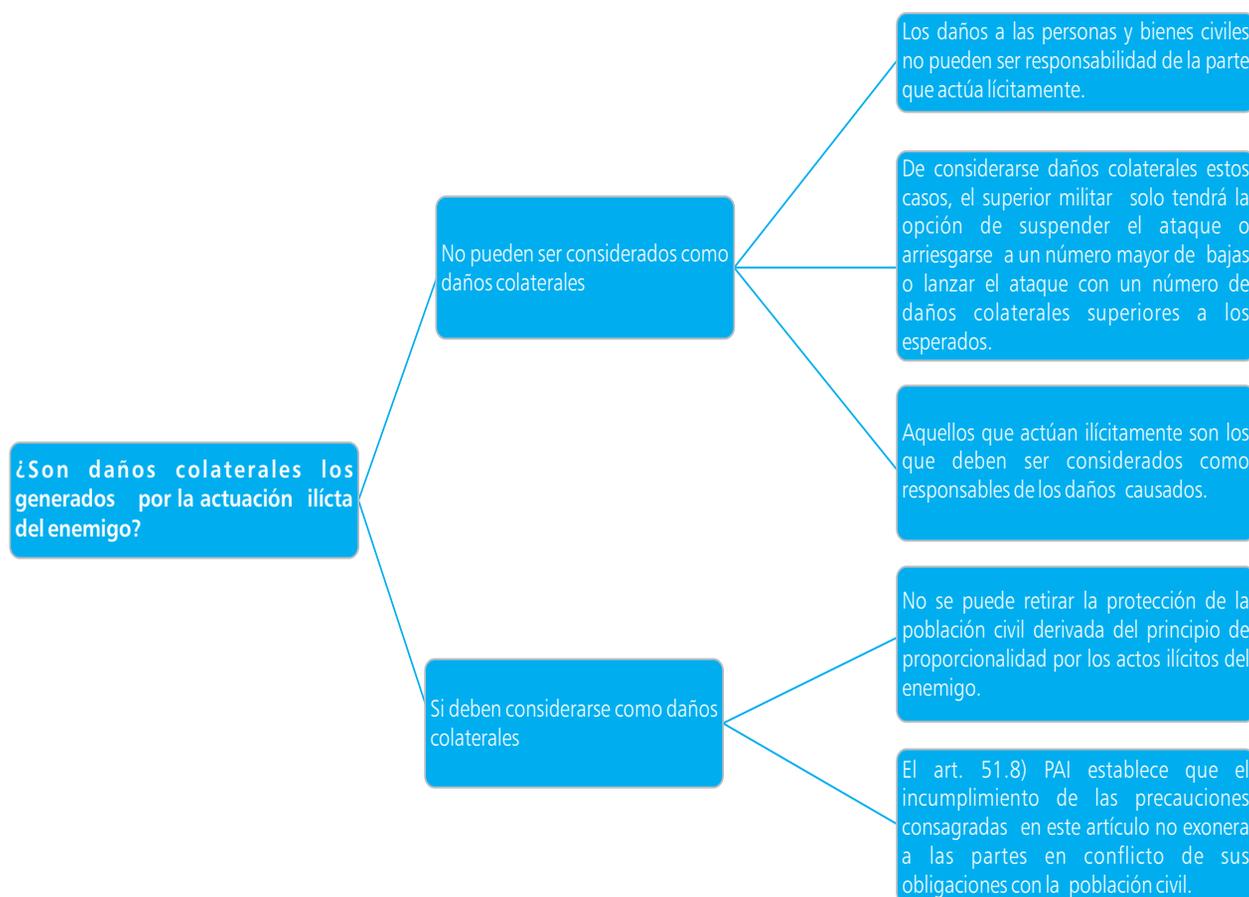


¹³⁰ Al respecto Héctor Olásolo destacó que la condición de combatiente se mantiene durante las veinticuatro horas del día (...), de manera que las muertes o lesiones ocasionadas a sus miembros cuando se encuentran durmiendo o de permiso no podrán incluirse en la columna de daños civiles colaterales. Como tampoco podrán incluirse en dicha columna las muertes o lesiones ocasionadas que sin pertenecer a los cuerpos arriba mencionados estuviesen participando directamente en las hostilidades puesto que, desde el mismo momento en que comienza su participación directa en el conflicto y hasta que la misma concluye definitivamente, su neutralización supone una ventaja militar para el enemigo y, por lo tanto, dichas personas constituyen un objetivo militar. Héctor Olásolo Alonso, *Ataque contra personas o bienes civiles y ataques desproporcionados*, op cit p. 203.

¹³¹ Olásolo Alonso, Héctor, *Ataque contra personas o bienes civiles y ataques desproporcionados*, op cit p. 204.

Interrogante 2 ¿Se deben o no considerar como daños colaterales aquellos que se generan por la actuación ilícita del enemigo? Este interrogante plantea inquietudes relacionadas con situaciones como cuando el enemigo se mezcla con la población civil o se utilizan escudos humanos para proteger ciertos bienes que tienen carácter de objetivo militar. Al respecto se encuentran dos posiciones en la doctrina, que se presentan a continuación:

Gráfica 6



Respecto de este último cuestionamiento se destaca que el DIH promueve que las actuaciones de que quienes participan en el conflicto armado estén acordes con sus disposiciones que buscan la protección de la dignidad del ser humano en estas situaciones de violencia y en ningún momento pretende que el incumplimiento de sus normativas represente para una de las partes una ventaja respecto de su adversario. En este sentido los actos ilícitos de una de las partes deberán ser juzgados y sancionados. Sin embargo, las actuaciones ilícitas del adversario no legitiman a su contraparte a desconocer las medidas de precaución que deben observarse en el momento en el que se planea y ejecuta un ataque, así como las obligaciones que se derivan de principio de proporcionalidad. En este sentido en el caso que de manera ilícita una de las parte utilice a la población civil para protegerse, el atacante no se encuentra exonerado de realizar el análisis encaminado a identificar: (i) si los daños colaterales que se pueden causar resultan excesivos frente a la ventaja militar concreta y directa que se puede obtener, (ii) los métodos y medios de guerra adecuados a la situación y (iii) adoptar las medidas de precaución que sean viables en ese momento, para reducir los daños colaterales.

b. *Noción de ventaja militar concreta y directa*

El término ventaja militar hace referencia a la contribución eficaz que una acción militar puede generar para alcanzar los objetivos de las partes en conflicto¹³². En este sentido, se busca que las órdenes y los ataques busquen más que el simple daño por el daño, sino la rentabilidad del esfuerzo realizado y del personal empeñado¹³³. El principio de proporcionalidad exige que la ventaja militar esperada cumpla con dos requisitos: (i) concreta y (ii) directa¹³⁴.

La valoración de la ventaja militar para efectos de aplicar el principio de proporcionalidad o valorar si una conducta constituye una infracción del mismo, no es sencilla. En efecto la contribución eficaz al esfuerzo militar de una de las partes del conflicto puede ser analizada desde distintos contextos, esto es: (i) incidente por incidente (nivel táctico)¹³⁵, (ii) Ataque en su conjunto (nivel operacional)¹³⁶ y (iii) campañas militares en su conjunto (nivel estratégico)¹³⁷. Este aspecto tiene especial relevancia en el momento de aplicar la regla de la proporcionalidad, toda vez que algunos daños colaterales o incidentales pueden considerarse desproporcionados si se considera la ventaja militar a nivel táctico y sin embargo, pueden evaluarse como proporcionados si el análisis de la ventaja militar se realiza a nivel operacional o estratégico.

Antes de estudiar los aspectos relacionados con la valoración de la ventaja militar en los distintos niveles mencionados, es importante destacar que se entiende por ataque *“los actos de violencia contra el adversario, sean ofensivos o defensivos. Este término se aplica a todo tipo de situaciones, desde el caso de un soldado que dispara un fusil hasta el fuego artillero y la entera gama de acciones individuales o de grupo en el marco de una gran defensa”*¹³⁸. Son ejemplos de operaciones ofensivas los contra ataques, incursiones y patrulla de toda índole.

No existe unidad en la doctrina y en la jurisprudencia respecto en qué contexto debe preverse la “ventaja militar esperada”. En varios casos el Tribunal penal para la Antigua Yugoslavia analizó la ventaja militar a nivel operacional, en otros la consideró a nivel táctico. Las razones que sustenta una u otra opinión se muestran a continuación.

¹³² Rogers, A.P.V, Paul Malherbe, Modelo de Manual acerca del derecho de los conflictos armados op. cit.

¹³³ Guisández Gómez Javier “El principio de proporcionalidad y los daños colaterales, un enfoque pragmático”, en Prieto Sanjuan, Rafael (editor académico), Conducción de hostilidades y el derecho internacional humanitario a propósito del centenario de los convenios de la haya Bogotá DC Colombia. Ed. Biblioteca Jurídica DIKE 2007, p. 223.

¹³⁴ Ver Protocolo Adicional I artículo 52.5.(b) y el Estatuto de Roma artículo 8.2.b. iv).

¹³⁵ Es en este nivel es de donde se realiza o ejecuta el poder bélico o de combate. Aquí concurren la unidad táctica fundamental, “las Compañías” y las tropas a nivel pelotón.

¹³⁶ En el nivel operacional concurren el mando, el planeamiento y la conducción de las acciones militares con el objeto de lograr los objetivos estratégicos. Es en este nivel donde se realiza la conexión entre la definición de los objetivos militares y el empleo táctico de la fuerza y se decide cuándo, dónde y bajo qué condiciones se va a efectuar la confrontación con el adversario.

¹³⁷ Una vez analizado el contexto del conflicto armado y definidos los objetivos estatales respecto del mismo, es en el nivel estratégico en el que se establece la manera en la que el factor militar del Estado debe ser articulado y desplegado para el logro de los mismo.

¹³⁸ Rogers, A.P.V, Paul Malherbe, Modelo de Manual acerca del derecho de los conflictos armados, op cit 71.

Cuadro 4 contexto en el que debe valorarse la ventaja militar concreta y directa¹³⁹

Contexto en el que debe valorarse la ventaja militar esperada	Razones que soportan la valoración de la ventaja militar en un determinado contexto	Razones que descartan la valoración de la ventaja militar en un determinado contexto
<p>1. Valoración de la ventaja militar a nivel táctico</p>	<p>La valoración de la ventaja militar esperada frente a los daños colaterales causados debe analizarse incidente por incidente, independientemente que estos hagan parte de una operación militar más amplia. Las razones que sustentan esta tesis son:</p> <p>El principio de proporcionalidad hace referencia al término ataque y este parece estar referido a actos de violencia contra el adversario, y por lo tanto a incidentes concretos y no a la operación en su conjunto.</p> <p>En el caso Galic, se analizaron cerca de 28 incidentes aislados ocurridos durante el “cerco” de Sarajevo. La valoración de la ventaja militar se realizó incidente por incidente.</p>	<p>Esta posición aunque ha sido aplicada, no ha sido aceptada de manera general dado que:</p> <p>Si se analiza el término ataque en conjunto con las disposiciones consagradas en el Protocolo Adicional I, se encuentra que este término no sólo se refiere a actos aislados de violencia, por el contrario se hace referencia a las medidas de precaución antes y después del ataque, aspectos que denotan que este se refiere a más que simples incidentes aislados de violencia, que requieren cierta planeación.</p> <p>Las acciones de las unidades militares individuales no son un fin en sí mismas, sino que por el contrario deben ser valoradas en el contexto operacional.</p>
<p>2. Valoración de la ventaja militar a nivel estratégico</p>	<p>De acuerdo con esta posición la ventaja militar para efectos de la aplicación del principio de proporcionalidad debe analizarse desde las necesidades estratégicas derivadas del conflicto armado que se trate.</p> <p>Este ha sido uno de los análisis realizados respecto de lo ocurrido en Iraq, en el que la ventaja militar esperada estaba determinada por el cambio del régimen militar y político.</p>	<p>Los que se oponen a esta posición manifiestan que los términos “concreta” y “directa” que califican la ventaja militar, no permitirían que esta fuese valorada a nivel estratégico, en especial en conflictos armados que se extienden en el tiempo y en el espacio.</p>
<p>3. Valoración de la ventaja militar a nivel operacional</p>	<p>Una operación militar puede estar compuesta por varias acciones militares contra distintos objetivos, cada una de estas acciones buscan conseguir el objetivo de la operación, razón por la cual la ventaja militar no debe analizarse de manera aislada, respecto de cada incidente.</p> <p>Por ataque debe entenderse más que el simple uso de la violencia dado que las medidas de precaución exigida por el protocolo Adicional I requieren cierta preparación y planificación y estas sólo se pueden realizar en niveles superiores a los de un mando militar de una pequeña unidad.</p>	<p>A esta posición se oponen los argumentos relacionados con el término ataque, así como la conveniencia relacionada con la valoración de la ventaja militar a nivel estratégico.</p> <p>Sin embargo, es la que mejor se ajusta a una adecuada interpretación de las disposiciones del Protocolo Adicional I.</p>

¹³⁹ Olásolo Alonso Héctor, Ataque contra personas o bienes civiles y ataques desproporcionados, op cit, pp. 211-233.

6.6.6. Criterios para comparar la ventaja militar concreta y directa esperada y los daños colaterales o incidentales previstos

La aplicación práctica del principio de proporcionalidad no es sencilla dado que exige la comparación de dos aspectos que a primera vista no son equivalentes, por un lado la vida o las lesiones causadas a personas civiles o a sus bienes y por el otro la ventaja militar. Y es que el derecho a la vida de todo ser humano debe ser promovido por la sociedad y el derecho, es por ello que el principio de proporcionalidad genera algunos cuestionamientos que evidencian la dificultad su aplicación, por ejemplo: ¿cuál es el número de civiles que deben morir o resultar lesionados para que los daños se consideren excesivos?, ¿la vida de una sola persona no es en sí misma valiosa? ¿los daños causados a mayores de edad podrían no considerarse excesivos, pero en el caso de niños bastaría con que uno de ellos resultare afectado? Y ante estas preguntas, una vez más el DIH nos ubica en su ámbito de aplicación “los conflictos armados” y lo que no parece comparable en situaciones de normalidad lo es en la realidad de la “guerra”.

En este sentido, el interrogante central para la aplicación del principio de proporcionalidad, así como para la valoración de una presunta infracción al DIH por no cumplir los parámetros dispuestos por este es: ¿Cómo comparar los daños colaterales o incidentales con la ventaja militar concreta y directa esperada, de tal forma que se pueda afirmar que estos fueron o no excesivos? ¿Qué criterios se pueden utilizar?

No se pretende presentar una respuesta exhaustiva a estos interrogantes, sino hacer referencia a un conjunto de criterios que sean, para quienes investigan, juzgan y sancionan las infracciones al DIH, parámetros para analizar cada caso en concreto.

(i) *Parámetros para evaluar la ventaja militar concreta y directa esperada*

En este aparte del módulo se siguen algunos de los planteamientos del coronel piloto del Ejército del Aire del reino de España, Javier Guisández Gómez quien presenta un conjunto de parámetros para valorar la ventaja militar de un ataque dirigido contra un objetivo militar¹⁴⁰.

¹⁴⁰ Guisández Gómez Javier “El principio de proporcionalidad y los daños colaterales, un enfoque pragmático”, en Prieto Sanjuan, Rafael (editor académico), *Conducción de hostilidades y el derecho internacional humanitario a propósito del centenario de los convenios de La Haya*, Bogotá D.C., Ed. Biblioteca Jurídica DIKE 2007, p. 223-238.

Cuadro 5

Parámetro de valoración	Descripción
Importancia del objetivo militar para el enemigo	Este parámetro incide positivamente en la valoración de la ventaja militar, es decir que entre más importante sea, por razones militares, el objetivo militar para el enemigo mayor ventaja se esperará del ataque. La importancia del objetivo militar a atacar se puede deducir de la información de inteligencia, la ubicación de bien, entre otros.
Importancia del objetivo militar para el atacante	Su incidencia en el momento de determinar la ventaja militar de un ataque a un objetivo militar es positiva. La importancia debe radicar en razones militares y se puede deducir de las capacidades intrínsecas de objetivo, como potencia de fuego y su alcance, si trata de armas, la preparación y entrenamiento en el caso que sea una unidad.
Capacidad de amortiguamiento	Es la capacidad del enemigo para minimizar los efectos de los daños que se han causado con el ataque. Su incidencia en la valoración de la ventaja militar es negativa, dado que entre mayor sea la capacidad de amortiguamiento del enemigo menor valor tiene el objetivo.
Reservas existentes de la misma naturaleza.	Se refiere a la cantidad de elementos iguales de que dispone la otra parte en el conflicto, a su capacidad para suplir inmediatamente la ventaja militar prevista en el ataque, por lo tanto su incidencia es negativa.
Dispersión de los elementos del objetivo	Si el objetivo militar está disperso, lo bienes o personas que pueden ser objeto de ataque deben considerarse como objetivos militares distintos. Incide negativamente en la valoración de la ventaja militar, dado que entre mayor sea la dispersión, mayor esfuerzo, mayor tiempo, mayor cantidad de armas.
Distancia del objetivo desde el punto inicial	En este parámetro se debe considerar el esfuerzo que debe invertirse desde el inicio del ataque, durante su realización y hasta la recuperación. Su incidencia es negativa.
Facilidad para su identificación	Tiene una incidencia positiva en el momento de determinar la ventaja militar, dado que entre más fácil sea identificar un objetivo militar se disminuye la posibilidad de error.

Como se resaltó, estos parámetros buscan dar pautas a quienes investigan, juzgan y sancionan las infracciones al DIH para analizar en cada caso si la ventaja militar concreta y directa esperada es o no excesiva frente a los daños colaterales o incidentales que se pueden esperar de la realización de un ataque.

6.7. Importancia de la selección de los métodos y medios de combate para el respeto del principio de proporcionalidad

Como se ha expuesto los principios del DIH indican la conducta que deben seguir las partes enfrentadas en un conflicto armado ya sea de carácter internacional o no. En el caso de las obligaciones que se derivan del principio de proporcionalidad se debe estudiar

un aspecto adicional a los desarrollados, esto es: una vez identificado un objetivo militar conforme a las reglas establecidas por el DIH ¿Qué criterios indica este ordenamiento para seleccionar la acción militar a seguir sobre el objetivo? ¿Qué establece el DIH respecto de los medios y métodos de combate a utilizarse en la acción militar seleccionada?

Estos interrogantes tienen especial importancia en el momento de aplicar el principio de proporcionalidad, así como en la valoración de una conducta que presuntamente constituye una infracción contra el mismo. En efecto la regla general según la cual los daños colaterales o incidentales previstos no pueden ser excesivos frente a la ventaja militar esperada está acompañada por lo dispuesto en el Protocolo Adicional I, Artículo 57.2.a.ii)¹⁴¹ según el cual se deben tomar todas las precauciones factibles en la elección de los medios y métodos de ataque para evitar o, al menos, reducir todo lo posible el número de muertos y de heridos que se pudieran causar incidentalmente entre la población civil, así como los daños a los bienes de carácter civil.

En este sentido, la comparación que se debe realizar entre la ventaja militar esperada del ataque a un objetivo militar con los daños incidentales que podrían causarse, debe estar acompañada del análisis relacionado con el tipo de acción militar a seguir y los medios y métodos de guerra que se pueden utilizar para reducir al mínimo los daños colaterales. Son precisamente los medios y los métodos de combate seleccionados y los efectos que estos pueden producir sobre el objetivo, los que le permitirán al comandante militar respectivo prever los daños colaterales que se pueden causar y por lo tanto identificar si está cumpliendo con el principio de proporcionalidad.

Este es un análisis que no resulta sencillo y por lo tanto no es pertinente establecer los detalles que deben tenerse en cuenta para esta clase de decisiones, por ello a continuación se describen los criterios generales indicados por el DIH para valorar un ataque dirigido contra un objetivo militar, criterios que deben ser compaginados con la doctrina militar y analizados en cada caso concreto.

El primer aspecto que debe destacarse es que la identificación de un objetivo militar no significa de forma necesaria el uso letal de la fuerza, aunque este no está prohibido por el DIH, sin embargo el principio de humanidad en unión con el de proporcionalidad indican que el propósito de una confrontación bélica es el debilitamiento de las fuerzas opositoras no su aniquilamiento¹⁴².

El segundo elemento a tener en cuenta está relacionado con el tipo de efecto que se quiere causar sobre el objetivo militar. De manera general, se puede afirmar que los efectos a esperar sobre un objetivo militar son la neutralización o la ocupación. Por neutralización se entiende toda acción que busca la degradación del objetivo, con la finalidad de minimizar o anular su capacidad militar, la destrucción es un caso particular de neutralización. Por su parte en la ocupación no se pretende degradar la capacidad del objetivo militar, sino utilizar sus funciones en beneficio propio, lo que significa reducir su deterioro a lo estrictamente necesario¹⁴³.

En la selección del efecto esperado se tienen en cuenta variables de carácter militar como las relacionadas con las características del objetivo o el uso que del mismo está realizando el adversario, su ubicación, así como la ventaja militar que se espera si opta por un efecto u otro. También se consideran aspectos como la viabilidad de realizar una determinada acción militar que alcance el efecto seleccionado de acuerdo con la disponibilidad de tropa, armas, entre otros.

¹⁴¹ Protocolo Adicional I, artículo 57.2.a.ii)

¹⁴² Mejía Azuero Jean Carlo, "Armas de precisión y respeto al derecho operacional en Colombia. Tiradores escogidos garantía del cumplimiento del derecho internacional de los conflictos armados (DICA)", en Prieto Sanjuan, Rafael (editor académico), *Conducción de hostilidades y el derecho internacional humanitario a propósito del centenario de los convenios de la Haya*, Bogotá, Biblioteca Jurídica DIKE 2007, p. 336.

¹⁴³ Guisández Gómez Javier, "El proceso de la decisión del comandante y el derecho internacional humanitario. Acciones hostiles y objetivos militares", en *memorias del III curso de asesores jurídicos operacionales*, realizado del 04 al 07 de octubre de 2004.

Estos elementos deben conjugarse con las disposiciones del DIH, de tal forma que también se incluyan en este análisis la previsión de los daños incidentales que pueden causarse por la acción militar seleccionada para alcanzar uno u otro efecto, teniendo en cuenta los métodos o medios de combate a utilizar¹⁴⁴.

Los medios de guerra hacen referencia a las personas y a las armas, los métodos son las tácticas o estrategias que se pueden emplear para el desarrollo de una acción militar¹⁴⁵. El análisis que debe realizarse para la selección adecuada de los medios y métodos de guerra tiene especial importancia tanto en términos militares como para el respeto del DIH¹⁴⁶. De hecho es este ordenamiento el que le da al comandante militar las pautas para la selección de las armas, las personas, las tácticas que se pueden realizar, que compaginadas con los criterios propios de la doctrina militar le indicaran la acción a seguir¹⁴⁷.

En este sentido, los métodos y los medios de guerra se seleccionan en función del objetivo militar respecto del cual recaerá la acción militar, los recursos disponibles (armas, hombres), identificando la ventaja militar que le significa la neutralización u ocupación del mismo y tratando de minimizar los daños incidentales que se puedan causar por el ataque o por los menos que los métodos y medios seleccionados en la planeación de una operación militar permitan prever que los daños colaterales que se pueden causar no serán excesivos respecto de la ventaja militar que se espera de la neutralización u ocupación del objetivo militar.

¹⁴⁴ Se aclara que al hacer referencia a métodos o medios de combate se trata de aquellos que están permitidos por el DIH, dado que es entre estos que deberá realizar el análisis el comandante militar respectivo. Para ver la normatividad relacionados con métodos y medios de guerra prohibidos consultar el módulo concepto y normatividad en derecho internacional humanitario y su aplicación al caso colombiano.

¹⁴⁵ Véase Hernández Mondragón, Mauricio, "Restricciones en la utilización de los métodos y medios de guerra", en González Monguí, Pablo (compilador), Derecho internacional humanitario, Bogotá, Universidad libre, 2007, p. 59.

¹⁴⁶ Los daños a generar deben ser "mínimos, no sólo porque el DICA nos lo exige, sino también porque la generación de daños mayores implicará mayor consumo de armamento y de hombres, mayor duración en términos temporales, mayor riesgo de exposición de las fuerzas propias, y mayor fatiga y desgaste para sus propios hombres" Javier Guisández Gómez, "El proceso de la decisión del comandante y el derecho internacional humanitario. Acciones hostiles y objetivos militares", en memorias del III curso de asesores jurídicos operacionales, realizado del 04 al 07 de octubre de 2004.

¹⁴⁷ Uno de los temas más álgidos planteados por la declaración de 1868, es el atinente a la ponderación entre utilización de armas letales y la generación de sufrimientos innecesarios o incluso la muerte en el enemigo. Pues bien, los principios del derecho internacional humanitario (en adelante DIH), vienen a salir al auxilio, con el fin de resolver el dilema. La proporcionalidad, la necesidad militar, la ventaja evidente y comprobable, entrarán a delimitar la actuación respecto a la utilización de los recursos militares relacionados con el objetivo a neutralizar. Aquí es donde el criterio del comandante y los medios puestos a disposición cobran la mayor relevancia. Pero igualmente resulta evidente hoy más que nunca la necesidad de que los comandantes estén acompañados de sus asesores jurídicos operacionales y sus oficiales de inteligencia. El primero recomendará de acuerdo con la inteligencia suministrada por el segundo, que tipo de armas se deben utilizar, verbigracia en una operación alfa, contando para ello con el conocimiento del objetivo, las armas disponibles, la necesidad y ventaja militar que se lograría con su batimiento; la posibilidad de causar daños incidentales, etc. Jean Carlo Mejía Azuero, "Armas de precisión y respeto al derecho operacional en Colombia. Tiradores escogidos garantía del cumplimiento del derecho internacional de los conflictos armados (DICA)", en Prieto Sanjuan, Rafael (editor académico), Conducción de hostilidades y el derecho internacional humanitario a propósito del centenario de los convenios de la Haya, Bogotá, Biblioteca Jurídica DIKE 2007, pp. 338-339.

Grafico 7 Aplicación del principio de proporcionalidad

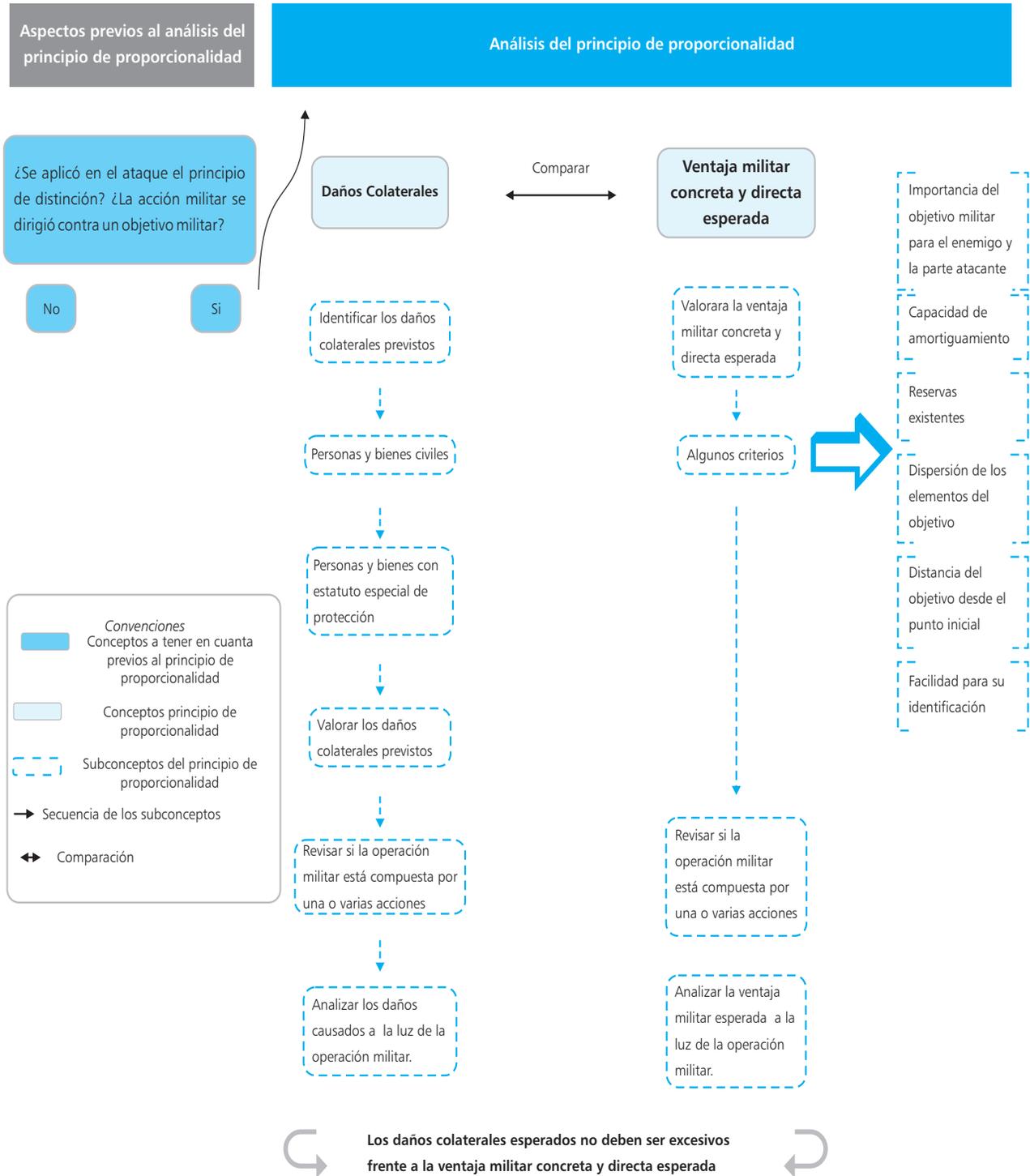
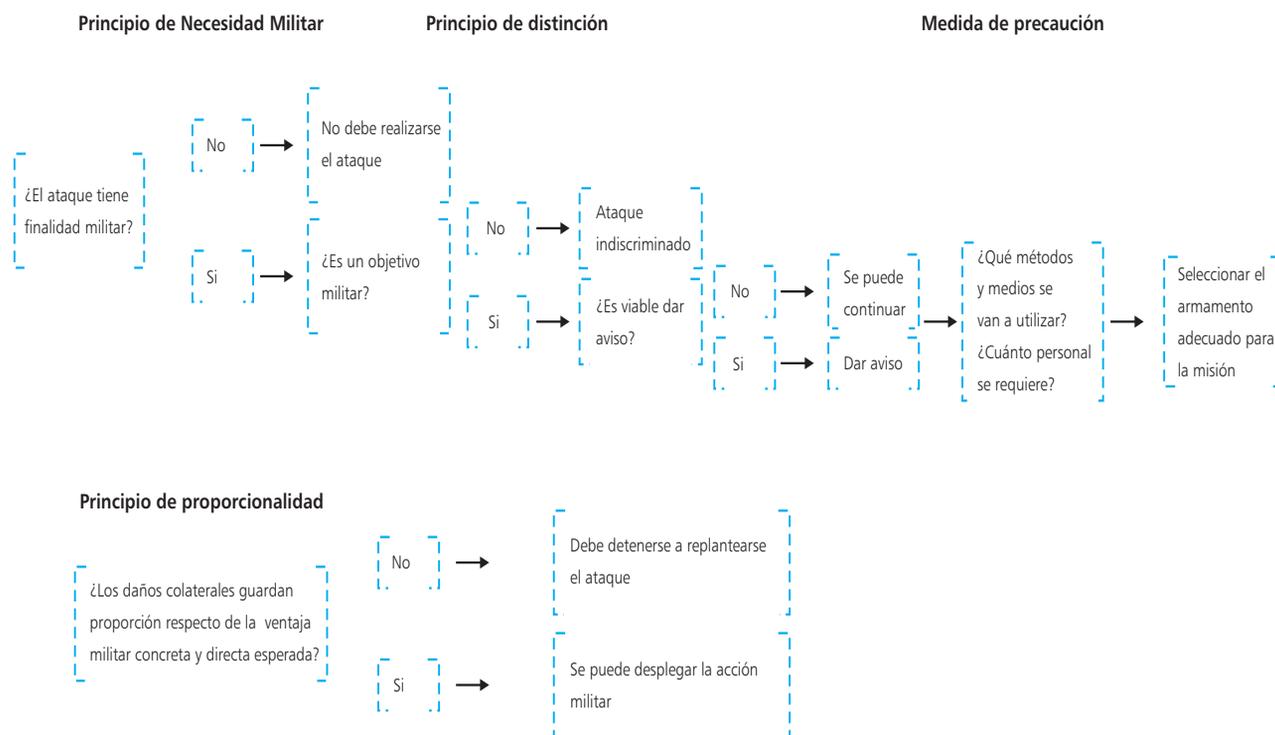


Grafico 8 Aplicación general del los principio del DIH a la conducción de hostilidades



6.8. Autoevaluación

Lea atentamente el siguiente caso y responda los interrogantes que se plantean a continuación:

La Organización del Tratado del Atlántico Norte (en adelante OTAN) desarrolló una campaña militar de bombardeos aéreos en contra de la República Federal de Yugoslavia del 24 de marzo de 1999 al 9 de junio de ese mismo año. Dentro de las acciones militares desarrolladas por la OTAN se encuentra el bombardeo realizado al puente de ferrocarril ubicado en Leskovac, el 12 de abril de 1999.

Este puente constituía una nueva ruta de abastecimiento para las fuerzas serbias en Kosovo, razón por la cual se ordenó su destrucción. En el desarrollo de la operación se lanzó una primera bomba guiada por láser con dirección al puente, sin embargo en ese momento un tren de pasajeros se encontraba cruzando el puente y fue alcanzado por la bomba. El impacto cortó el segundo vagón de pasajeros a la mitad y produjo que el tren se deslizara hacia adelante.

El puente no resultó dañado por la primera bomba, razón por la cual se escogió otro punto en el extremo opuesto del puente de tal forma que se pudiera finalizar la misión y se lanzó una segunda bomba, que también afectó al tren de pasajeros dado que este se había movido hacia adelante como resultado del primer impacto.

Como resultado de esta acción murieron 10 personas civiles y al menos 15 resultaron heridas. Respecto de los hechos ocurridos el general Wesley Clark de la OTAN Comandante Supremo Aliado para Europa, explicó lo siguiente: El puente hacía parte de la

red de suministro en Serbia, razón por la cual se seleccionó como objetivo militar. Nunca se tuvo la intención de afectar el tren de pasajeros, el avión que lanzó el ataque se encontraba a muchos kilómetros de lugar, dado que se trataba de un ataque dirigido a distancia. Sólo después de lanzar la primera bomba, momentos antes del impacto, el controlador de armas tuvo visión de circulación en el puente y no se pudo cambiar el curso de la primera bomba que impactó el tren. Este último aspecto se encontró probado en el estudio que realizó la Fiscalía del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia.

El general manifestó que lamentablemente no se pudo cambiar la ruta de la bomba en ese momento, por lo que se trató de un lamentable incidente. Igualmente resaltó que la misión era destruir el puente, y cuando se notó que este no había sido afectado, se escogió otro punto de impacto ya que era relativamente largo. El piloto de nuevo dio círculos alrededor, puso su punto en el objetivo del otro extremo del puente desde donde el tren había llegado. Sin embargo la primera bomba había generado una nube de humo que cubría el puente razón por la cual no se pudo notar que el tren se había deslizado hacia adelante, lo que generó que el tren resultase nuevamente afectado.

Preguntas:

- a. ¿Considera que el puente de ferrocarril era un objetivo militar legítimo a la luz del DIH? ¿por qué?
- b. Si consideró que el puente podía ser catalogado como un objetivo militar, describa los criterios que lo llevaron a esa conclusión.
- c. De acuerdo con sus anteriores respuestas ¿considera que se trató de un ataque contra la población civil? Si lo considera pertinente puede analizar por separado los dos momentos del ataque.
- d. ¿Considera que el ataque respetó el principio de proporcionalidad? Si lo considera pertinente puede analizar por separado los dos momentos del ataque.

7. UNIDAD 2

Interpretación de los Delitos Contemplados en el Título II del Libro Segundo del Código Penal Colombiano a la Luz de los Principios del DIH

7.1. Objetivo general de la unidad

- Identificar las relaciones existentes entre los principios del Derecho Internacional Humanitario y los tipos penales consagrados en el título II del Código Penal.

7.2. Objetivos específicos de la unidad

- Reflexionar sobre el objeto de protección de los delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, como criterio que debe orientar la interpretación de dichas normas.
- Explicar la importancia del bloque de constitucionalidad como parámetro de interpretación de las normas sobre personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, con el fin de proporcionar algunas herramientas hermenéuticas que permitan aplicar estos tipos penales de forma consistente con su objeto de protección.
- Precisar el fundamento de la responsabilidad penal de los combatientes por infracciones al DIH en el ordenamiento jurídico colombiano, como punto de partida que permite determinar el ámbito de responsabilidad penal de las personas involucradas en situaciones de conflicto armado.

CASO

Antes de comenzar el estudio de esta unidad por favor analice el siguiente caso y responda los interrogantes que se presentan a continuación:

Aproximadamente a las 5 de la mañana del día 6 de febrero de 2001 en la vereda La Concepción del municipio de Yondó, "aviones bombarderos"¹⁴⁸ del Ejército Nacional "causaron la destrucción de casi todas las viviendas de los campesinos de la zona, disparando indiscriminadamente sobre las casas, los animales y las personas". Como consecuencia de esta acción varios menores resultaron heridos, quedando con defectos físicos de por vida; adicionalmente los pobladores se vieron obligados a salir de la región porque el Ejército ocupó la zona y "quemó las viviendas de los campesinos..., junto con todo lo que se encontraba adentro" y tomaron los animales y cosechas "para el sustento de la tropa".

El día 3 de noviembre del mismo año, aproximadamente a las 11:30 A.M. nuevamente el Ejército bombardeó la vereda "y al igual que en la anterior incursión, quemaron las viviendas teniendo que huir nuevamente los pobladores con sus familias hacia Barrancabermeja a la espera de que el Ejército desocupara la región".

Se afirma en la denuncia que: "Nunca les dijeron a los campesinos que se iba a efectuar un operativo militar, ni mucho menos que desocuparan la zona, después de los hechos se han enterado de que supuestamente en estas acciones el Ejército adelantaba acciones contra la guerrilla pero sabido es que no es cierto y solo se trató de un acto de amedrantamiento a la población civil que ocupa la zona a fin de hostigarlos para que les informaran donde estaba la guerrilla, pues así se lo hicieron saber a algunos de los campesinos que fueron retenidos y ultrajados"¹⁴⁹.

¹⁴⁸ Se debe aclarar que el Ejército colombiano no cuenta con "aviones bombarderos", sin embargo esta es la expresión que se utilizó en la denuncia presentada por los hechos narrados en el presente caso.

¹⁴⁹ Caso basado en los hechos que dieron lugar a la sentencia del 5 de junio de 2008, Sección Tercera, Consejo de Estado, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

De acuerdo con los hechos planteados, considere y responda los siguientes interrogantes. Si tiene duda respecto de los criterios para responder estas preguntas anótelas e intente resolverlas cuando haya finalizado el estudio del módulo.

- a. ¿De los delitos previstos en el Código Penal cuáles cree Usted que se configuran en este caso?
- b. ¿Cuáles principios del Derecho Internacional Humanitario cree Usted que son relevantes para definir la tipicidad de estos hechos?
- c. ¿Cuáles son las normas, convencionales o consuetudinarias, relevantes para definir la tipicidad en este caso y a cuáles principios del DIH corresponden?
- d. ¿Cómo formularía la imputación al superior militar responsable de las unidades que efectuaron el ataque? (Hipótesis 1: El superior ordenó y coordinó el ataque, Hipótesis 2: El superior no estaba enterado de la operación).

7.3. El objeto de protección de los delitos contra personas y bienes protegidos por el DIH

La interpretación de las normas consagradas en el Código Penal, mediante las cuales se establece el catálogo de conductas punibles -cuya constatación fáctica autorizan al Estado colombiano para ejercer el poder de castigar-, exige tener siempre en cuenta cuál es el objeto de protección de cada una de ellas. Esto resulta indispensable para aplicar la ley penal con un mínimo de coherencia con la realidad social y así hacer que sea posible en lo penal, materializar los fines estatales fijados desde la Constitución Política¹⁵⁰. Y es que la interpretación del Derecho Penal, para que sea conforme con la Constitución, implica llevar a cabo un ejercicio hermenéutico en donde las consideraciones político-criminales en clave constitucional, orienten la aplicación de las previsiones normativas, debiendo entonces el intérprete ser consciente de los efectos sociales y políticos de su decisión¹⁵¹.

Sin embargo, cuando se trata de los delitos contra personas y bienes protegidos por el DIH, no parece muy claro cuál es ese objeto de protección, ya que el Código Penal colombiano en su parte especial, se encuentra organizado en función de la protección de bienes jurídicos, en torno de los cuales se ubican grupos de tipos penales reunidos de acuerdo con el interés contra el que cada una de dichas conductas atenta (encontramos delitos que atentan contra el bien jurídico de la vida como el homicidio y el aborto, de la libertad individual como la desaparición forzada o el secuestro, de la libertad integridad y formación sexuales como el acceso carnal violento o del patrimonio económico como el hurto y el daño en bien ajeno, entre otros), mientras que las conductas agrupadas en el Título II, parecen afectar bienes jurídicos bastante disímiles¹⁵². Así por ejemplo, el homicidio en persona protegida es una vulneración clara al bien jurídico vida, el acceso carnal violento en persona protegida evidentemente vulnera la integridad sexual y ni qué decir del delito de despojo en el campo de batalla, en donde al consumarse sobre una persona viva se asemeja más a cualquiera de las conductas que atentan contra el patrimonio económico. No es claro entonces porqué -en principio-, estos tipos penales no fueron ubicados en cada uno de los títulos en donde se encuentran las conductas que atentan contra los bienes jurídicos tradicionales, de acuerdo al interés que se viera afectado directamente por cada uno de ellos, como por ejemplo el

¹⁵⁰ Las bases de una elaboración dogmática pensada desde la función social del Derecho Penal puede encontrarse en: Peñaranda, Enrique, Suarez, Carlos, Cancio, Manuel, Un Nuevo Sistema del Derecho Penal: Consideraciones sobre la Teoría de la Imputación de Günther Jakobs, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999.

¹⁵¹ La relación entre política criminal y Derecho Penal se explica en: Roxin, Claus, Política Criminal y Estructura del Delito, PPU, Barcelona, 1992. Sobre la interpretación conforme de las leyes como característica del sistema jurídico en un Estado constitucional: Guastini, Riccardo, "La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: El Caso Italiano", en Neoconstitucionalismo(s), TROTTA, Madrid, 2005, p. 49-73.

¹⁵² "Una revisión detallada del título II del C.P. arroja como resultado que existe un elenco variopinto de bienes jurídicos tutelados por las normas que lo integran. En esencia el fin último de las citadas disposiciones es brindarle una protección siquiera mínima al ser humano en situaciones de extrema anormalidad". RAMELLI indica la variedad de bienes jurídicos que se ven afectados por los delitos contra personas y bienes protegidos por el DIH, agrupándolos de acuerdo con la calidad de los titulares de los mismos así: miembros de la población civil, combatientes que se encuentran fuera de combate y combatientes como tal. Ramelli, Alejandro, "Personas y Bienes Protegidos por el Derecho Internacional Humanitario", en Lecciones de Derecho Penal Parte Especial, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, p. 690-693.

homicidio en persona protegida en el Título I del Libro segundo (delitos contra la vida) o la toma de rehenes en el Título III (delitos contra la libertad individual y otras garantías); en cambio si se creó un título específico en donde se realizó la tipificación de todos estos comportamientos¹⁵³.

Este hecho no puede pasar desapercibido al momento de ser aplicados los tipos penales relacionados con el DIH, ya que de acuerdo con la función que se reconozca para dichas normas, se determinará no solamente su alcance, sino también el contenido de importantes categorías dogmáticas que permiten racionalizar y sistematizar su aplicación.

Se observa entonces una tensión dentro del mismo Código Penal, entre normas pensadas para contextos que por definición se encuentran por fuera de lo jurídico -situaciones "anormales" como la guerra- y normas que se suponen operan en un ámbito de "normalidad" social¹⁵⁴. En este sentido, APONTE refiriéndose al caso colombiano ha dicho: "la paz como condición fáctica para el funcionamiento del derecho, no ha sido consolidada, no es una realidad en todo el territorio y, sin embargo, los jueces penales deben aplicar las normas, deben decidir en función de situaciones de guerra, en el marco de una Constitución Política y de un orden jurídico penal en principio asentados sobre la base de unas condiciones mínimas de paz consolidada"¹⁵⁵. Con esta reflexión, este autor resalta la carga política y coyuntural que llevan estas normas, por lo que llama la atención sobre la necesidad de dotarlas de un mínimo de racionalidad jurídica mediante un tratamiento técnico. Desde esta perspectiva, creemos que la discusión sobre la protección de bienes jurídicos y la crítica que a esta postura se ha formulado desde el normativismo penal, resulta útil para poder entender el papel que cumplen estos tipos penales dentro de nuestro ordenamiento normativo.

Actualmente, después de una larga sucesión de posturas inmanentistas y trascendentalistas sobre el concepto de "bien jurídico"¹⁵⁶, influyentes posturas han buscado derivar el contenido de esta categoría de la Constitución Política; así, han establecido un nexo inquebrantable entre los valores y principios constitucionales y el Derecho Penal. En este sentido se ha afirmado que las normas penales deben estar orientadas a proteger intereses con relevancia constitucional o al menos situaciones que posibiliten el disfrute de derechos constitucionales, lo que además lleva a privilegiar desde el punto de vista de la pena los fines preventivos¹⁵⁷. No obstante, ante los problemas al parecer insolubles del concepto de "bien jurídico", también se han elaborado fuertes críticas, especialmente desde aquellas posiciones que se esfuerzan por explicar el Derecho Penal desde una perspectiva normativista. De acuerdo con estos desarrollos, la afectación de "bienes" es inherente a la vida en sociedad, de hecho las relaciones sociales no podrían tener la dinámica esperada si se prescindiera totalmente de la posibilidad de que ciertos intereses, individuales y colectivos,

¹⁵³ Contrario a lo sucedido con los delitos que podrían llegar a ser catalogados como de lesa humanidad o al menos de graves violaciones a los derechos humanos, como ocurrió con el genocidio, la tortura y la desaparición forzada. Estos delitos, aun cuando en un principio, en el trámite legislativo de la Ley 589 de 2000 se propuso crear un título especial dentro del nuevo Código Penal denominado "Delitos de Lesa Humanidad", terminaron siendo ubicados a lo largo de los títulos en donde se protegen bienes jurídicos tradicionales. Aponte, Alejandro, Protocolo para el Reconocimiento de Casos de Violaciones a los Derechos Humanos e Infracciones al Derecho Internacional Humanitario con Énfasis en el Homicidio en Persona Protegida, Vicepresidencia República de Colombia, Bogotá, 2008, p. 17-18. Consultar en: http://www.derechoshumanos.gov.co/impunidad/documentos/Protocolo_para_reconocimiento_de_casos.pdf consulta del 29 de junio de 2009.

¹⁵⁴ El Derecho como conjunto de normas que regulan la vida en sociedad requiere para su plena vigencia un consenso mínimo que permita la coordinación de comportamientos, de lo contrario las normas jurídicas pierden su realidad social y no dejan de ser meras aspiraciones. De ahí que en la guerra, al no constatarse un ambiente de paz como condición previa para la vigencia del Derecho, prime el uso desregulado de la violencia, quedando el ser humano en una condición extrema de vulnerabilidad ante la ley del más fuerte. Schmitt, Carl, El Concepto de lo Político, Alianza Editorial, Madrid, 1991, p. 20-23. Jakobs, Günther, "Derecho Penal del Ciudadano y Derecho penal de enemigo", en Derecho penal de enemigo, Editorial THOMSON CIVITAS, Navarra, 2006, p. 15.

¹⁵⁵ Aponte, Alejandro, "Análisis Crítico de la Jurisprudencia Penal Nacional de Crímenes Internacionales: El Caso Colombiano", en: Latamamerika Analysen 18, Hamburgo, 2007, p. 123-155. Consultar en: http://www.giga-hamburg.de/content/publikationen/archiv/la_analysen/z_la_analysen_18_aponte.pdf consulta del 29 de Junio de 2009.

¹⁵⁶ Para mayor información sobre la teoría del bien jurídico y los detalles del debate se recomienda consultar: Hefendehl, Roland (ed.), La Teoría del Bien Jurídico ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o Juego de Abalorios Dogmáticos?, Marcial Pons, Madrid, 2007.

¹⁵⁷ Roxin, Claus, Derecho Penal Parte General, Tomo I, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, p. 51. En la doctrina colombiana: Barbosa, Gerardo, Gómez, Carlos, Bien Jurídico y Derechos Fundamentales sobre un Concepto de Bien Jurídico para Colombia, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.

se vieran amenazados ante situaciones que por demás resultan útiles para el conglomerado mismo¹⁵⁸, menos aun tratándose de sociedades de riesgo como la actual, en donde su complejidad conlleva cada vez a más comportamientos masivos y a mayores contactos anónimos entre personas¹⁵⁹.

Así pues, desde el funcionalismo se explica cómo el Derecho Penal antes que la protección material de “bienes jurídicos”, lo que busca es la estabilización contrafáctica de expectativas normativas, para que el sistema jurídico mantenga su vigencia como parámetro de regulación de la vida en sociedad¹⁶⁰. Desde esta perspectiva, lo importante al aplicar la norma penal, por lo menos de manera inmediata, no es evitar que el sujeto responsable o infractores potenciales vulneren en el futuro “bienes jurídicos”, sino garantizar que la máxima de comportamiento contenida en la norma quebrantada continúe siendo percibida por la generalidad de las personas como una disposición vinculante -pese a que en un caso concreto ha sido incumplida- y así, cada individuo la continúe teniendo en cuenta en el ejercicio de su propia libertad, esperando razonablemente que los demás también lo harán. Tenemos entonces, según esta postura, que el Derecho Penal no debe justificarse ni fundamentarse en la intangibilidad de “bienes jurídicos”, pues su finalidad, su función en la sociedad, radica en la preservación de expectativas de comportamiento, generalizadas a partir de la definición de roles sociales¹⁶¹.

Frente a esta discusión, debemos precisar que en líneas generales, en el contexto colombiano se ha privilegiado la teoría de la protección de “bienes jurídicos”, no solamente a nivel normativo con la consagración del principio de antijuridicidad material en el artículo 11 del Código Penal, sino también a nivel jurisprudencial en desarrollo del principio constitucional de proporcionalidad¹⁶². En todo caso, en el ámbito de los delitos contra personas y bienes protegidos por el DIH, esta afirmación no puede realizarse con la misma fuerza, pues como ya lo hemos afirmado, se trata de normas que están llamadas a ser aplicadas en contextos, como la guerra, que en principio se encuentran por fuera del Derecho.

En una situación de conflicto armado, no parece sensato esperar que los “bienes” tradicionalmente protegidos por el Derecho Penal no resulten vulnerados, en otras palabras, disponer un conjunto de normas para que en la guerra no haya muertos ni destrucción de bienes no parece ser muy plausible, menos aun cuando el contexto general por las que dichas vulneraciones tienen lugar, en muchas ocasiones no es prohibido jurídicamente¹⁶³.

Por esta razón, el objeto de protección de los delitos relacionados con el DIH, no parece tener la misma naturaleza que el de los demás tipos penales consagrados en el Código Penal, pues su finalidad se encuentra condicionada por su ámbito de aplicación fáctica, es decir por la guerra. No podemos dejar de lado a este respecto, que desde el punto de vista de los crímenes

¹⁵⁸ “La pena no asegura bienes jurídicos, y mucho menos aun los repara, sino que asegura la vigencia de la norma. La protección de bienes jurídicos en todo caso se obtendrá como resultado mediato... Un comportamiento que lesiona bienes y un comportamiento no permitido no son los mismo, y con ello los bienes pasan definitivamente a un segundo plano, detrás de las relaciones entre personas”. Jakobs, Günther, *Sobre la Normativización de la Dogmática Jurídico-Penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, p. 50-61.

¹⁵⁹ Polaino-Ortis, Miguel, *Derecho penal de enemigo-Desmitificación de un Concepto*, Editora Jurídica GRIJLEY, Lima, 2006, p. 35-36.

¹⁶⁰ Se parte de la diferencia entre expectativas cognitivas y expectativas normativas. Las primeras se refieren a lo que el ser humano puede o no esperar de su entorno y las segundas a lo que cada persona puede esperar de los demás sujetos con quien entra en contacto. La defraudación de una expectativa cognitiva da lugar a que esta se replantee, mientras que la de una expectativa normativa activa un mecanismo (la pena estatal) que le permite mantener su vigencia a pesar del incumplimiento (estabilización contrafáctica de expectativas normativas). Jakobs, Günther, *Sobre la Normativización de la Dogmática Jurídico-Penal*, op cit, p. 42-43.

¹⁶¹ Montealegre, Eduardo, Perdomo, Jorge, *Funcionalismo y Normativismo Penal Una Introducción a la Obra de Günther Jakobs*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, p. 8-20.

¹⁶² Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-070 del 22 de Febrero de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁶³ Recordemos que el Derecho Internacional Humanitario no prohíbe la guerra, este ordenamiento normativo no valora el hecho en sí de la confrontación armada ni el ámbito internacional ni el interno, únicamente pretende establecer unos mínimos en la forma como se deben conducir las hostilidades y sobre la protección que merecen ciertos sujetos, con el fin de “reducir los graves y nocivos efectos que genera una confrontación armada” y “establecer límites a la crueldad del conflicto”. Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-534, 28 de mayo de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

internacionales, por medio de estos delitos se pone a los actores de un conflicto armado, “en un plano especial de exigencias” frente a los distintos sujetos que de una u otra manera resultan involucrados o se ven afectados por la confrontación¹⁶⁴.

De ahí que el objeto de protección de estos tipos penales en términos de “bienes jurídico” sea bastante plural e indefinido, pues de lo que se trata principalmente, es de establecer ámbitos de competencia a partir de deberes especiales, para que quienes participan directamente en las hostilidades -combatientes-, no interfieran en las esferas de libertad ajenas más allá de lo que la comunidad internacional considera aceptable o inevitable cuando de la guerra se trata. Claro está que el parámetro para establecer estos ámbitos dependerá del rol cumplido por el sujeto en la confrontación, debiendo ser decantados mediante la interpretación sistemática de las normas penales junto con los principios del DIH.

Los tipos penales con los cuales se intenta en el ámbito interno corresponder a los crímenes de guerra internacionales, fueron recogidos en un título específico del Código Penal -Título II Libro segundo-, a diferencia de los delitos que constituyen graves violaciones de derechos humanos, que fueron tipificados a lo largo de su texto, ubicándolos en cada uno de los títulos cuya protección se quería privilegiar. Esto permite afirmar justamente, que el objeto de protección inmediato de las conductas contra personas y bienes protegidos por el DIH no son los “bienes jurídicos” como tal que pueden resultar afectados por ellas, sino la vigencia de un cuerpo normativo muy concreto, mediante el cual se pretende dotar de un mínimo de juridicidad a situaciones de caos.

La discusión sobre si el Derecho Penal protege “bienes jurídicos” o si se encarga de garantizar la vigencia del ordenamiento jurídico, parece resolverse claramente cuando las normas punitivas castigan infracciones a un cuerpo normativo que no pretende evitar la guerra, sino garantizar el cumplimiento de un mínimo de deberes que obedecen a consideraciones de humanidad. Y es que la menor afectación durante la guerra de los “bienes” inherentes e imprescindibles para el ser humano, se logrará siempre que exista un mínimo de juridicidad, por lo tanto, ante el caos, la primera necesidad del ordenamiento jurídico penal es la de dotar a ciertas expectativas de conducta, definidas desde “un” ordenamiento jurídico muy particular -el DIH-, del mecanismo necesario para que sean generalizadas adecuadamente y para que pese a su incumplimiento, se mantengan vigentes, es decir del reproche penal mediante la pena.

En esta medida la función del Derecho Penal como instrumento estabilizador de expectativas normativas, adquiere completo sentido en el sistema jurídico colombiano, en lo que al Título II del Libro segundo de la Ley 599 de 2000 se refiere. Desde el punto de vista constitucional encuentra además sustento, si tenemos en cuenta que la propia Carta Política obliga a la plena vigencia del DIH en tiempos de “anormalidad”¹⁶⁵ y que el Código Penal en este punto lo que hace es prohibir un conjunto de conductas que desestabilizan dicha vigencia. Así pues, el “bien jurídico” tutelado en este caso no es otro que la vigencia del DIH, lo que claramente es en sí mismo un valor con relevancia constitucional, ya que la vigencia de dicho ordenamiento resulta una condición indispensable para que en una situación dramática de confrontación armada, por tanto de riesgo extremo, exista un mínimo de respeto por la dignidad del ser humano. De ahí que el reproche en estos tipos penales tienda a ser considerablemente mayor que el que tiene lugar en sus homólogos aplicables en tiempos de paz o al menos no relacionados con conflicto armado alguno.

Es por esto que encontramos en el texto original del Código Penal colombiano el homicidio simple dentro de los delitos contra la vida e integridad personal, con una pena privativa de la libertad de 13 a 25 años, mientras que el homicidio en persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario la contempló en un principio de 30 a 40 años¹⁶⁶. En los dos casos se afecta gravemente el bien jurídico vida, por lo tanto esta diferencia punitiva no podría explicarse en el mayor o menor valor del bien jurídico, ni en el grado de afectación del mismo en uno u otro caso; la diferencia radica en el estatus jurídico del sujeto pasivo (persona protegida) y del sujeto activo (combatiente), determinado por el contexto en que tiene ocurrencia el homicidio en persona protegida (con ocasión

¹⁶⁴ Aponte, Alejandro, “Análisis Crítico de la Jurisprudencia Penal Nacional de Crímenes Internacionales: El Caso Colombiano”, op cit, pp. 123-155.

¹⁶⁵ Constitución Política de Colombia, artículo 214 No. 2: “Los Estados de Excepción a que se refieren los artículos anteriores se someterán a las siguientes disposiciones: ... 2. No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario...”

¹⁶⁶ Estas penas fueron aumentadas por la Ley 890 de 2004 a partir del 1º de Enero de 2005 de una tercera parte a la mitad.

y en desarrollo de conflicto armado), tipo penal en donde no solamente se vulnera un derecho individual fundamental (la vida), sino que dicha vulneración es producto de la infracción a una regla establecida desde un ordenamiento normativo considerado inquebrantable por la comunidad internacional y cuya vigencia esta norma penal busca garantizar.

7.4. El bloque de constitucionalidad como parámetro de interpretación de los delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario

La interpretación de las normas del Código Penal colombiano sobre personas y bienes protegidos por el DIH, se encuentra íntimamente relacionada con el alcance de los principios que constituyen la base de este ordenamiento, específicamente los principios de distinción, proporcionalidad, precaución¹⁶⁷ y humanidad. De hecho, la vigencia real de dichos principios en el territorio colombiano depende en buena medida de una correcta interpretación de los tipos penales contemplados en el Título II de la Ley 599 de 2000. De lo contrario, sin la aplicación adecuada de estas normas punitivas, las consecuencias que se deben derivar de los principios del DIH, quedarían sin el mecanismo jurídico necesario para poderse estabilizar ante los continuas infracciones de las que son objeto, desvertebrándose así el corazón del Derecho Internacional Humanitario y perdiendo cualquier posibilidad de materializarse en el contexto colombiano. Sin el respaldo de la norma penal, el DIH quedaría reducido a una mera aspiración sin la base fáctica necesaria para poder ser una realidad social¹⁶⁸.

Esta relación entre la norma penal y normas de carácter internacional, se da a través de dos vías complementarias, una específica y otra general. Por un lado, tenemos la remisión que cada uno de estos tipos penales realiza al ámbito internacional, a través de ingredientes normativos que hacen parte de sus elementos estructurales, los cuales deben ser interpretados a la luz de los principios que inspiran el DIH, ordenamiento desde donde se definen dichos elementos; así por ejemplo, lo que debe entenderse por “persona protegida”, “bienes protegidos” o “medios y métodos de guerra ilícitos” (conceptos incorporados en la descripción típica de estos delitos) dependerá de las definiciones hechas desde el DIH en desarrollo de principios como el de distinción¹⁶⁹.

Por otro lado, el ordenamiento interno remite al ámbito internacional a través de la figura del bloque de constitucionalidad (art. 93, 214 C.P.) y del principio de integración (art. 2º Ley 599 de 2000) y prelación de los tratados internacionales en materia penal (art. 3º Ley 906 de 2004). Esta vía nos pone de presente una relación mucho más amplia que la anterior, puesto que el cruce entre el derecho interno y el derecho internacional no se limita aquí a dar contenido a conceptos específicos, sino que además orienta la interpretación global de la norma punitiva, en atención a los fines del DIH. En consecuencia, la interpretación de la ley penal conforme con la Constitución, exige en estos casos que el ámbito de aplicación de los tipos penales de cuenta de los principios del Derecho Internacional Humanitario, los cuales proporcionan la razón de ser de estos delitos y los contextualizan en función de su objeto de protección. Así pues, los principios de distinción, proporcionalidad, precaución y humanidad, al formar la base de los deberes especiales que surgen para los combatientes en contextos de conflicto armado, se constituyen en criterios para determinar el comportamiento típico y en este sentido contribuyen a la delimitación del injusto.

¹⁶⁷ Lo relacionado con la medida de precaución fue abordado como parte del principio de distinción en la unidad: Principios del DIH de este módulo.

¹⁶⁸ “Los pactos que no descansan en la espada no son más que palabras, sin fuerzas para proteger al hombre en modo alguno. Por consiguiente, a pesar de las leyes de naturaleza... si no se ha instituido un poder o no es suficientemente grande para nuestra seguridad, cada uno fiará tan solo, y podrá hacerlo legalmente, sobre su propia fuerza y maña, para protegerse contra los demás hombres” Hobbes, Thomas, *Leviatán o la Materia – Forma y Poder de una República Eclesiástica y Civil*, Fondo de Cultura Económica, México, 2006, p. 137.

¹⁶⁹ En este mismo sobre los crímenes de guerra de competencia de la Corte Penal Internacional OLÁSULO afirma que: “El esfuerzo definidor de los redactores del ER y de los EC no ha evitado, sin embargo, la abundante utilización de elementos normativos en la definición de los crímenes de guerra, tales como “conflicto armado”, “ataque”, “objetivo militar”, “necesidad militar”, por poner sólo algunos ejemplos. La referencia expresa en la definición de los subtipos contenidos en el art. 8.2(b) y (e) al “marco establecido de derecho internacional”... constituye una prueba evidente de la estrecha interrelación entre la definición de los crímenes de guerra en el ER y el derecho internacional de los conflictos armados, locución esta última referida tanto al llamado derecho de la Haya sobre la conducción de los hostilidades como al llamado derecho de Ginebra sobre la protección de las víctimas de los conflictos armado”. Olásulo, Héctor, *Ensayos sobre la Corte Penal Internacional*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2009, p. 352.

Es por esto que “en lo referente a la interpretación de los delitos que figuran en el título II del Código Penal, el recurso a los métodos teleológico y sistemático resulta esencial”, puesto que, como hemos visto, nos “encontramos ante numerosos tipos penales “en blanco”, cuyo contenido y alcance requieren ser precisados acudiendo a nociones, principios, categorías y reglas propias del DIH”, de manera que los jueces deben “tener siempre presentes el objeto y los fines perseguidos por las normas humanitarias”¹⁷⁰. Por tanto, los funcionarios judiciales deben participar de manera activa y directa en la cohesión del ordenamiento jurídico con las exigencias de las leyes de la guerra, siguiendo los objetivos fundamentales del DIH¹⁷¹. Para esto será trascendental, identificar el propósito o valor que en cada caso la norma penal está llamada a proteger, como por ejemplo el principio de distinción y proporcionalidad en el caso del homicidio en persona protegida (art. 135 Código Penal.) o el principio de humanidad en el caso de los actos de barbarie (art. 145 Código Penal.), así como la expectativa o regla de conducta que de ellos se desprende para el caso concreto. En este orden, el tipo penal correspondiente debe ser aplicado de forma tal, que el principio constitucional en el que está inspirado encuentre la oportunidad plausible de materializarse en la práctica¹⁷².

Esta interpretación teleológica y sistemática de los delitos contra personas y bienes protegidos por el DIH es un imperativo constitucional, por lo tanto, en cada caso el operador jurídico deberá argumentar con suficiencia el alcance y efecto que le otorga al delito en cuestión, valiéndose desde el punto de vista metodológico de la integración del orden interno e internacional por medio del bloque de constitucionalidad y de los parámetros que sobre esta materia, particularmente con relación al DIH, se han establecido en la jurisprudencia constitucional colombiana¹⁷³. En este sentido, es importante señalar a manera de ejemplo, dos fallos de la Corte Constitucional, concretamente sobre los tipos penales descritos en el Título II del Libro segundo del Código Penal, en donde justamente acudiendo a la figura del bloque de constitucionalidad, la Corte se ha pronunciado sobre conceptos contenidos en las descripciones típicas de algunos de estos delitos:

- a) Sentencia C-148 del 22 de Febrero de 2005 M.P. Álvaro Tafur Galvis: En esta sentencia se declaró la inexecutableidad de la expresión “graves”, contenida tanto en el artículo 137 C.P. (tortura en persona protegida) como en el artículo 178 C.P. (tortura), por ser este un término que calificaba indebidamente los dolores o sufrimientos padecidos por la víctima, contrariando así la Convención americana para prevenir y sancionar la tortura y el artículo 93 de la Constitución Nacional.
- b) Sentencia C-291 del 25 de Abril de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa: Mediante este pronunciamiento se declaró la exequibilidad de la expresión “combatientes” contenida en el numeral 6º del párrafo del artículo 135 C.P. (homicidio en persona protegida), además se declaró la inexecutableidad de la expresión “la otra parte” contenida en el artículo 148 C.P. (toma de rehenes) y de la expresión “debidamente señalados con los signos convencionales” contenida en los artículos 156 (destrucción o utilización ilícita de bienes culturales y de lugares de culto) y 157 C.P. (ataque contra bienes e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas).

¹⁷⁰ Ramelli, Alejandro, “Personas y Bienes Protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, op cit, pp. 699-700.

¹⁷¹ Aponte, Alejandro, Protocolo para el Reconocimiento de Casos de Violaciones a los Derechos Humanos e Infracciones al Derecho Internacional Humanitario con Énfasis en el Homicidio en Persona Protegida, op cit, p. 56.

¹⁷² “En general, podría decirse que por “fin”, “interpretación finalista” o “interpretación teleológica” se denomina a la técnica mediante la cual la aplicación de cualquier texto legal requiere una previa interpretación del propósito o valor que la norma busca proteger... La interpretación “sistemática” consiste, pues, en la identificación de una o varias normas, fines, valores o principios constitucionales que tienen mayor abstracción y en los que se plasma mayor objetivos morales y políticos de signo más universal y consensuado”. López, Diego, Interpretación Constitucional, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Bogotá, 2006, p. 36-39.

¹⁷³ La Corte Constitucional colombiana se ha pronunciado en diversas oportunidades sobre el alcance del Derecho Internacional Humanitario en el ordenamiento interno, desde la sentencia C-574 del 28 de Octubre de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón, en la que se revisó la constitucionalidad del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), hasta la sentencia C-534 del 28 de mayo de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Gil, sobre la constitucionalidad de la Ley 1072 del 31 de julio de 2006, por medio de la cual se aprueba “La Enmienda al artículo 1º de la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados”.

Vale la pena entonces hacer algunas consideraciones sobre la composición del DIH, para precisar qué tipo de instrumentos y de normas debe tener en cuenta el operador al momento de aplicar los delitos contra personas y bienes protegidos por el DIH, así como para aclarar el alcance de las mismas.

El DIH se encuentra conformado por normas de carácter convencional y normas de carácter consuetudinario, lo que quiere decir que no solamente son las previsiones contenidas en los tratados internacionales, las que conforman el conjunto de reglas orientadas a humanizar la guerra y por tanto relevantes para la interpretación de los crímenes de guerra; es más, “la mayoría de los convenios de derecho internacional humanitario deben ser entendidos más como la simple codificación de obligaciones existentes que como la creación de principios y reglas nuevas”¹⁷⁴. Algunos instrumentos internacionales importantes para la aplicación de las normas del Código Penal colombiano relacionadas con el DIH son los siguientes (sin el ánimo de ser exhaustivos)¹⁷⁵:

Instrumentos internacionales sobre medios y métodos de combate
Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, 10-10-1980.
Protocolo I sobre fragmentos no localizables, 10-10-1980.
Protocolo II sobre prohibiciones o restricciones del empleo de minas, armas trampa y otros artefactos, 3-05-1996.
Protocolo III sobre prohibiciones o restricciones del empleo de armas incendiarias, 10-10-1980.
Protocolo IV sobre armas láser cegadoras, 13-10-1995.
Instrumentos internacionales sobre la protección de víctimas de la guerra
I Convención de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña, 12-08-1949.
II Convención de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las Fuerzas Armadas en el mar, 12-08-1949.
III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, 12-08-1949.
IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempos de guerra, 12-08-1949.
Artículo 3 común a los cuatro convenios de Ginebra, 12-08-1949.
Protocolo I adicional a los convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 8-06-1977.
Protocolo II adicional a los convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 8-06-1977.
Instrumentos internacionales sobre protección de bienes
Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, 14-05-1954.
Protocolo para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, 14-05-1954.
Segundo Protocolo de la Convención de la Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, 26-03-1999.

¹⁷⁴ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-225, 18 de Mayo de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁷⁵ Para consultar el texto de estos tratados, así como de los relacionados con el Derecho de la Haya de 1907 y otros, ver: http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/section_ihl_databases?OpenDocument consulta del 29 de junio de 2009.

Al lado de este cuerpo normativo de carácter convencional, las normas internacionales consuetudinarias cumplen un papel fundamental, ya que en muchas ocasiones las reglas que se forman a partir de la práctica común de los Estados, revisten una mayor riqueza y precisión, que los preceptos contenidos en los tratados internacionales¹⁷⁶. La Corte Constitucional colombiana lo ha puesto de presente de la siguiente forma, resaltando la relevancia de la costumbre internacional como elemento de interpretación e integración del ordenamiento interno: “no sólo por tratarse del cuerpo normativo que ha contado con un mayor desarrollo a lo largo del tiempo, sino porque proporciona regulaciones del conflicto armado más detalladas que aquellas incluidas en los tratados internacionales que le codifican, por lo cual constituye un instrumento de interpretación e integración de cardinal importancia, y porque en virtud de su naturaleza consuetudinaria, resulta vinculante para todas las partes en un conflicto armado internacional o interno, independientemente de que hayan ratificado o no el tratado correspondiente”¹⁷⁷.

En este sentido es importante tener en cuenta que “A diferencia del derecho convencional, el derecho internacional consuetudinario no está expresado por escrito. Para probar que determinada norma es consuetudinaria, se debe demostrar que refleja la práctica de los Estados y que existe la convicción, en la comunidad internacional, de que esa práctica es requerida por el derecho. En ese contexto, la “práctica” se refiere a la práctica oficial de los Estados, es decir sus declaraciones formales”¹⁷⁸.

La mayoría de las normas que integran el DIH, tanto convencional como consuetudinario, tienen carácter de *ius cogens* o norma imperativa de Derecho Internacional¹⁷⁹, esto es, según el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 23 de Mayo de 1969, normas aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, como normas que no admiten acuerdo en contrario y que sólo pueden ser modificadas por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter¹⁸⁰. Así pues, las normas de DIH que ostentan esta condición, por su naturaleza fundamental, adquieren una jerarquía especial dentro del conjunto de normas del Derecho Internacional y no pueden ser desconocidas por los Estados ni por ninguno de los sujetos a las que están dirigidas, bajo la excusa de la ausencia de un tratado o de una convención en donde su fuerza vinculante sea reconocida de manera expresa.

En este contexto aparecen los principios del DIH y las subreglas que de ellos se derivan, como normas con carácter de *ius cogens* que deben ser respetadas en todo momento y lugar¹⁸¹. La CC se ha referido al conjunto de subreglas que integran los principios de distinción, precaución y humanidad, señalando que por su carácter consuetudinario y de *ius cogens* tienen plena vigencia y validez en el contexto colombiano, obligando no solamente al Estado y sus representantes, sino también a los miembros de los grupos

¹⁷⁶ Recientemente el Comité Internacional de la Cruz Roja y la Universidad de Cambridge han realizado una recopilación de normas consuetudinarias, mediante un estudio detallado de las prácticas y declaraciones oficiales de distintos estados, el Volumen 1 puede ser consultado en su versión en español en: [http://www.cicr.org/Web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/pcustom/\\$File/ICRC_003_PCUSTOM.PDF](http://www.cicr.org/Web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/pcustom/$File/ICRC_003_PCUSTOM.PDF) consulta del 29 de junio de 2009.

¹⁷⁷ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-291 del 25 de Abril de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁷⁸ Comité Internacional de la Cruz Roja, CICR, página web: <http://www.cicr.org/spa/derecho-consuetudinario> consulta del 29 de junio de 2009.

¹⁷⁹ Aunque la Corte Constitucional colombiana afirma que la mayoría de las normas convencionales y consuetudinarias tienen carácter de *ius cogens*, en la doctrina especializada este tema no es pacífico. Para ver diferentes posturas sobre la composición del *ius cogens* consultar: Nieto, Rafael, “Derecho imperativo internacional, derecho internacional humanitario y bloque de constitucionalidad”, en Derecho internacional contemporáneo: lo público, lo privado, los derechos humanos, Universidad del Rosario, Bogotá, 2006. También ver: Acosta, Juana, Duque, Ana, “Declaración Universal de Derechos Humanos ¿Norma de *Ius Cogens*?”, Revista International Law, 2008, No. 12, p. 13-14.

¹⁸⁰ “53. Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (“*ius cogens*”). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, 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”. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969.

¹⁸¹ “La Sala Plena precisa que son los principios esenciales del Derecho Internacional Humanitario los que tienen rango cierto de normas de *ius cogens*, dado que la comunidad internacional como un todo les ha reconocido carácter perentorio e imperativo”. Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-291 del 25 de abril de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

armados ilegales y a todos aquellos que participen directamente en las hostilidades. Si bien en la primera unidad se estudiaron los principios del DIH y las reglas que de ellos se desprenden, para el estudio de los temas de esta unidad se enunciará el contenido de estos principios como lo ha sistematizado este alto Tribunal¹⁸²:

- a) Principio de distinción: 1. la prohibición de dirigir ataques contra la población civil; 2. la prohibición de desarrollar acciones orientadas a terrorizar a la población civil; 3. las reglas relativas a la distinción entre bienes civiles y objetivos militares; 4. la prohibición de ataques indiscriminados y de armas de efectos indiscriminados; 5. la prohibición de atacar las condiciones básicas de supervivencia de la población civil, y 6. la prohibición de atacar a las personas puestas fuera de combate. “son consuetudinarias las definiciones de los conceptos básicos que componen cada una de estas reglas”¹⁸³.
- b) Principio de precaución: 1. la obligación de las partes en conflicto de hacer todo lo posible para verificar que los objetivos que van a atacar son objetivos militares; 2. la obligación de las partes en conflicto de tomar todas la precauciones posibles al elegir los medios y métodos bélicos que van a usar, para así evitar o minimizar el número de muertos, heridos y daños materiales causados incidentalmente entre la población civil y proteger a los civiles de los efectos de los ataques; 3. la obligación de las partes en conflicto de dar aviso en la medida en que las circunstancias lo permitan, con la debida anticipación y por medios efectivos, de cualquier ataque que pudiera afectar a la población civil; 4. el deber de optar, cuando se pueda elegir entre varios objetivos militares que representen una ventaja similar, por aquél cuyo ataque represente menos peligro para las personas y bienes civiles; 5. la obligación de las partes en un conflicto de retirar a la población civil, al máximo grado posible, de la vecindad de los objetivos militares, y 6. el deber de evitar ubicar objetivos militares en o cerca de áreas densamente pobladas. “El incumplimiento de estas obligaciones por una de las partes, no exime a las otras de cumplir con sus propios deberes según el principio de distinción”¹⁸⁴.
- c) Principio de humanidad: 1. la prohibición de la discriminación en la aplicación del Derecho Internacional Humanitario; 2. la prohibición del homicidio; 3. la prohibición de la tortura y de los tratos crueles, inhumanos y degradantes; 4. la prohibición de los castigos corporales y los suplicios; 5. la prohibición de las mutilaciones, de las experimentaciones médicas o científicas u otras actuaciones médicas no requeridas por la persona afectada y contrarias a las normas médicas generalmente aceptadas; 6. la prohibición de la violencia de género, de la violencia sexual, de la prostitución forzada y de los atentados contra el pudor; 7. la prohibición de la esclavitud y de la trata de esclavos; 8. la prohibición del trabajo forzado no retribuido o abusivo; 9. la prohibición de tomar rehenes; 10. la prohibición de utilizar escudos humanos; 11. la prohibición de las desapariciones forzadas; 12. la prohibición de la privación arbitraria de la libertad; 13. la obligación de respetar las garantías judiciales esenciales y por los principios de legalidad de los delitos y de las penas y de responsabilidad penal individual; 14. la prohibición de los castigos colectivos; 15. la obligación de respetar las convicciones y prácticas religiosas de las personas civiles y fuera de combate; 16. la obligación de respetar la vida familiar; 17. la obligación de proteger los derechos de las mujeres afectadas por los conflictos armados; 18. la obligación de proteger los derechos especiales de los niños afectados por los conflictos armados, junto con la prohibición de reclutamiento infantil y la prohibición de permitir la participación directa de niños en las hostilidades; 19. la obligación de respetar los derechos especiales de los ancianos y personas con discapacidad afectados por los conflictos armados; 20. la prohibición absoluta del genocidio en el curso de un conflicto armado; 21. la prohibición absoluta de los crímenes de lesa humanidad cometidos en el curso de un conflicto armado; 22. el deber de recoger y asistir a los heridos y los enfermos; 23. la prohibición de los actos de terrorismo; 24. la prohibición del pillaje y 25. el deber de respetar las garantías mínimas de las personas privadas de la libertad.

¹⁸² Ibidem.

¹⁸³ Ibidem.

¹⁸⁴ Ibidem.

Los principios del DIH hacen parte integral del bloque de constitucionalidad, en consecuencia, las normas de conducta para los sujetos que participan activamente en un conflicto armado y que acabamos de mencionar, tienen rango constitucional y son por lo tanto de obligatoria observancia para todas las autoridades públicas, incluyendo, claro está, aquellas como los jueces penales, que deben aplicar normas de rango legal que respaldan y desarrollan dichos principios. Así lo ha establecido la Corte Constitucional aclarando que todas las normas humanitarias, sean convencionales o consuetudinarias, tengan o no el carácter de *ius cogens*, "son obligatorias para el Estado colombiano como parte del bloque de constitucionalidad"¹⁸⁵ por mandato de los artículos 93, 94 y 44 del Estatuto Superior. En esta medida, el DIH se incorpora de manera automática al ordenamiento interno, lo cual "es lo congruente con el carácter imperativo que... caracteriza a los principios axiológicos que hacen que este cuerpo normativo integre el *ius cogens*"¹⁸⁶.

Así pues, por ejemplo, si en un caso en particular un juez o jueza de la República se encuentra ante la posibilidad de imputar las conductas contenidas en los artículos 135 (homicidio en persona protegida) y 155 del Código Penal (destrucción de bienes e instalaciones de carácter sanitario), como consecuencia de un ataque de la Fuerza Aérea colombiana a una zona en la que se presumía estaba instalado un campamento guerrillero, pero al mismo tiempo a poca distancia se encontraba una población que resultó afectada, deberá preguntarse en cumplimiento de las medidas de precaución, entre otros aspectos, si los mandos militares encargados de la operación dieron aviso o no a la población civil -en la medida en que las circunstancias lo permitan- y si tomaron todas las precauciones posibles al elegir los medios y métodos bélicos que iban a usar, para así evitar o minimizar el número de muertos, heridos y daños materiales causados incidentalmente; de la misma manera, el funcionario o funcionaria judicial, deberá indagar en cumplimiento del principio de distinción, si el ataque fue indiscriminado o si se utilizaron armas de efectos indiscriminados de acuerdo con los tratados internacionales y las normas consuetudinarias.

En consecuencia, en este ejemplo, si definitivamente dentro de la actuación penal se constata que efectivamente se cumplieron las reglas consuetudinarias y convencionales que desarrollan el principio de precaución, la conducta será atípica, al menos en lo que al delito de destrucción de bienes e instalaciones de carácter sanitario se refiere, en la medida en que no se cumple con unos de los elementos descriptivos del tipo penal, puesto que el ataque no habrá tenido lugar sin que se "haya tomado previamente las medidas de protección adecuadas y oportunas", tal y como la misma descripción típica lo exige. De igual forma, el juez o jueza tendría que valorar, si al tratarse de daños colaterales que involucren la vida de civiles, se cumplió o no con las reglas del principio de proporcionalidad y distinción, pues de no ser así, porque por ejemplo el ataque fue indiscriminado, no solamente habría que imputar los tipos penales que hacen alusión a la protección de bienes, sino también el homicidio en persona protegida.

En el caso, por ejemplo, del delito de destrucción y apropiación de bienes protegidos contemplado en el artículo 153 Código Penal, la conducta, para ser típica, debe ser realizada por medios ilegales o excesivos en relación con la ventaja militar concreta prevista, sin embargo, independientemente de la ventaja que pueda reportar una operación militar, un ataque directo contra la población civil no sale del ámbito de aplicación de esta norma, pues de ser así el principio de distinción quedaría sin ninguna garantía. Nótese cómo en la aplicación del artículo 153 Código Penal que alude expresamente al principio de proporcionalidad, se deben tener en cuenta también las subreglas del principio de distinción, con el fin de permitir que el ordenamiento penal cumpla con su objetivo en esta materia.

Vale anotar que la aplicación de los delitos contra personas y bienes protegidos por el DIH al margen de los instrumentos internacionales, de las normas consuetudinarias y en general de sus principios, generaría una decisión viciada, puesto que violaría

¹⁸⁵ Ibidem.

¹⁸⁶ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-225 del 18 de mayo de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

directamente la Constitución, dando lugar entonces, de cumplirse los demás requisitos generales y especiales de procedibilidad, a la acción de tutela¹⁸⁷.

A partir de la integración del DIH al bloque de constitucionalidad, la CC ha realizado algunas precisiones adicionales que conviene resaltar en este momento antes de continuar con el siguiente acápite, ya que también deben ser tenidas en cuenta en la interpretación del Código Penal:

- a) A pesar de que en estricto sentido algunas normas del DIH se dirigen a conflictos entre Estados y otras se orientan a los conflictos no internacionales, en el contexto colombiano son aplicables todas las garantías humanitarias, sin que sea relevante para efectos del conflicto armado interno esta diferencia. Así lo estableció la Corte Constitucional en las sentencias C-534 de 2008, C-156 de 1999, C-574 de 1992¹⁸⁸.
- b) En materia de DDHH y DIH, el legislador colombiano tiene algunos límites que debe respetar al momento de establecer las sanciones y los procedimientos de los delitos considerados de lesa humanidad o crímenes de guerra, en atención a las obligaciones internacionales que el Estado colombiano ha adquirido y cuyo estándar de protección fue recogido por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. En esta medida, las normas del Estatuto de Roma, así como los elementos de los crímenes, deben ser tenidos también en cuenta al interpretar los delitos que en el derecho interno incorporan infracciones al DIH¹⁸⁹.
- c) La importancia de las normas consuetudinarias del DIH es tal, que a nivel internacional en sí mismas dan fundamento a la responsabilidad penal individual. *“Así, el Estatuto de la Corte Penal Internacional remite directamente a las normas consuetudinarias del DIH al establecer, en el Artículo 8 (“Crímenes de Guerra”) que “2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por ‘crímenes de guerra’: (...) (e) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional (...)”* (subraya la Sala); y el artículo 3 del Estatuto del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia otorga competencia a este organismo para investigar y juzgar a los responsables de *“violaciones a las leyes o costumbres de la guerra”*.¹⁹⁰
- d) El principio de distinción exige que en las estrategias de seguridad y defensa implementadas por los estados, no se involucre a miembros de la población civil. *“Las estrategias de seguridad y defensa no pueden imponer deberes tales a la población civil, que terminen involucrándola en el conflicto armado, ya que no sólo se estaría afectando el principio de distinción derivado del DIH, sino que además se estaría desconociendo el mandato constitucional, según el cual, las tareas de protección de la soberanía y el orden público corresponden a la Fuerza Pública, y no a los particulares”*¹⁹¹.
- e) *“La ausencia de una determinada regla específica en el Protocolo II relativa a la protección a la población civil o a la conducción de las hostilidades no significa, en manera alguna, que el Protocolo esté autorizando tales conductas a las partes enfrentadas. En efecto, las normas de otros convenios de DIH que sean compatibles con la naturaleza de los conflictos no internacionales se deben, en general, considerar aplicables a los mismos, incluso si ellas no aparecen en el Protocolo II, puesto que -se*

¹⁸⁷ Sobre los requisitos de procedencia de la acción de tutela contra sentencias judiciales en materia penal, ver: Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-590 del 8 de Junio de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

¹⁸⁸ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-534, 28 de mayo de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil; sentencia C-156, 10 de marzo de 1999, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez; Sentencia C-574, 28 de octubre de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.

¹⁸⁹ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-578, 30 de junio de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁹⁰ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-291 del 25 de abril de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁹¹ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-251 del 11 de abril de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés Vargas Hernández.

reitera- las normas codificadas en este campo aparecen como una expresión convencional de principios de ius cogens que se entienden automáticamente incorporados al derecho interno colombiano¹⁹².

7.5. Fundamentos de la responsabilidad penal por infracciones al Derecho Internacional Humanitario en el ámbito del Código Penal Colombiano

Hemos afirmado que los delitos contra personas y bienes protegidos por el DIH contemplados en el Código Penal colombiano, tienen como objetivo mantener la vigencia de un conjunto muy particular de expectativas normativas, que son definidas desde el ámbito internacional y que se insertan en el ordenamiento interno a través de los elementos descriptivos de estos tipos penales y del concepto amplio de constitución que se desprende de la figura del bloque de constitucionalidad. Pues bien, ante una situación de conflicto, de guerra, en la que las relaciones entre un buen número de sujetos se dan por fuera de cualquier máxima de comportamiento y en la que en esta medida no es posible predicar la existencia de una identidad normativa clara, que permita hablar de sociedad en todo el sentido de la palabra¹⁹³, a través del ordenamiento jurídico, con el DIH, se intenta “ordenar” -si cabe la expresión en tratándose de la guerra- en un mínimo este contexto, con el fin de que resulte lo menos gravoso posible para ciertos valores que se entienden imprescindibles, verbi gracia, la dignidad humana¹⁹⁴.

La complejidad que implica el contacto humano se reduce mediante la generalización de expectativas de conducta, que son producto de la comunicación entre personas y que se estabilizan a través del sistema jurídico. Las expectativas normativas tienen como fundamento el rol que cada individuo cumple en sociedad, pues a partir suyo se definen una serie de pautas de comportamiento que se espera sean cumplidas por todo el que desempeñe o cumpla dicho rol. Para una situación de conflicto armado, se han definido dos roles fundamentales, entorno de los cuales se establecen las reglas -expectativas normativas- convencionales o consuetudinarias que desarrollan los principios del DIH. Encontramos entonces el rol de “combatiente” y el de “persona protegida”.

De esta manera, de cualquier sujeto -no importa si se trata de un miembro de las Fuerzas Armadas, de un civil o de un integrante de un grupo armado ilegal- que participe directamente en la confrontación armada, es decir, que adquiera la condición de combatiente, se espera, según lo preceptuado por el DIH, que cumpla una serie de deberes especiales con la finalidad de humanizar la guerra y limitar así los efectos de las hostilidades¹⁹⁵. Por ejemplo, el combatiente debe abstenerse de atacar o aterrorizar a la población civil, según se desprende del principio de distinción; igualmente del combatiente se espera que, por ejemplo, no lance ataques mediante métodos o medios que no puedan ser dirigidos contra un objetivo militar determinado, minas u otros artefactos que funcionen por control remoto o en forma automática mediante acción retardada¹⁹⁶.

¹⁹² Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-225 del 18 de mayo de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁹³ “¿Por qué la configuración de la identidad normativa que realiza el Derecho penal resuelve un problema social? Porque la constitución de la sociedad... tiene lugar a través de normas... La sociedad es la construcción de un contexto de comunicación que en todo caso podría estar configurado de otro modo a como está configurado en el caso concreto... la identidad de la sociedad se determina por medio de las reglas de la configuración, es decir, por medio de normas, y no por determinados estados o bienes... El contexto de configuración debe ser capaz de mantener su configuración frente a modelos divergentes”. Jakobs, Günther, Sociedad, Norma, Persona en una Teoría de un Derecho Penal Funcional, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, p. 16-17.

¹⁹⁴ “Así pues, la interrelación en sociedad presupone la existencia de expectativas; “no hay otra opción posible: o interrelación y expectativas, o estado natural y caos”... Las expectativas normativas presuponen que se incorporen en el esperar tanto la conducta ajena como las expectativas... lo que se busca es la coordinación de comportamientos anónimos a través de normas”. Montealegre, Eduardo, Perdomo, Jorge, Funcionalismo y Normativismo Penal Una Introducción a la Obra de Günther Jakobs, op cit, pp.15-16.

¹⁹⁵ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-291 del 25 de Abril de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; Sentencia C-156 del 10 de marzo de 1999, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

¹⁹⁶ Protocolo II sobre prohibiciones o restricciones del empleo de minas, armas trampa y otros artefactos, del 3 de mayo de 1996, artículo 2º No. 3 y artículo 3º No. 3.

Las normas que componen el DIH constituyen en este sentido expectativas de comportamiento, que deben ser generalizadas adecuadamente, en este proceso el Derecho Penal cumple una función fundamental. Tenemos entonces que la generalización congruente de expectativas normativas debe darse en tres dimensiones, una temporal, una social y otra material, sin lo cual ningún conjunto de normas podría consolidarse como ordenamiento normativo verdaderamente jurídico. Desde el punto de vista temporal, se requiere de un mecanismo para que “los ciudadanos puedan seguir confiando en ellas a pesar de su defraudación”¹⁹⁷; desde el punto de vista social, la generalización se produce cuando a pesar de la falta de reconocimiento por parte de algunos individuos, puede afirmarse un consenso en torno a ellas, “por lo que se necesitan principios de identificación comunes a los participantes en la interacción que, si bien mostrarán un determinado grado de abstracción, serán referidos a *roles* concretos”¹⁹⁸; y, en términos materiales, la generalización se da cuando las expectativas tienen contenidos claros e identificables¹⁹⁹.

La dimensión material de la generalización de las expectativas normativas que surgen del DIH, se puede constatar en el proceso de “codificación” del que han sido objeto los usos y costumbres de la guerra, por medio de los instrumentos convencionales suscritos por los Estados y en las compilaciones de normas consuetudinarias. La dimensión social a su turno está dada por el reconocimiento que la comunidad internacional y las instancias estatales nacionales (como los jueces) hacen sobre la vinculatoriedad del DIH, así como por las reivindicaciones de innumerables organizaciones de víctimas de conflictos armados e instituciones sociales (Iglesia católica, Comité Internacional de la Cruz Roja) que reclaman constantemente el respeto por las normas humanitarias. Este reconocimiento ha permitido, que independientemente del estatus jurídico de las partes enfrentadas, de sus motivos o supuesta legitimidad, se entienda siempre que la calidad de combatiente obliga a cumplir las prescripciones de las leyes de la guerra (no importa el “bando” ni la razón por la que se está luchando, tampoco si el conflicto se da entre Estados o en el territorio de uno solo, quienes participan de las hostilidades comparten todos la condición de combatientes y en esta medida se esperará de ellos el cumplimiento del DIH, en cuanto partícipes de ese rol). En tercer lugar, la dimensión temporal la proporcionan los mecanismos coercitivos que a lo largo de la historia se han establecido para sancionar las infracciones a las leyes de la guerra, desde los tribunales ad-hoc (Núremberg, Ex-Yugoslavia y Ruanda) hasta la Corte Penal Internacional, incluyendo, en lo que a Colombia se refiere, los delitos contra personas y bienes protegidos incluidos en el Código Penal²⁰⁰.

Así pues, cuando se trata de la responsabilidad penal por alguno de los delitos contemplados en el Título II del Libro segundo de la Ley 599 de 2000, se debe identificar la expectativa defraudada por el “combatiente”, para determinar si de acuerdo con este rol, lo acaecido se encuentra dentro de su ámbito de competencia. “Actualmente, *el juicio de imputación se fundamenta en la delimitación de ámbitos de competencia: sólo se responde por las conductas o resultados que debo desarrollar o evitar en virtud de los deberes que surgen de mi ámbito de responsabilidad*”²⁰¹.

En consecuencia, si por ejemplo se efectúa una operación militar en donde el objetivo del ataque resultó ser un bien de carácter civil, el juzgador o juzgadora, deberá preguntarse si dicho error se encuentra dentro del ámbito de competencia de los responsables de la operación. Así pues, teniendo en cuenta que se trata de combatientes en un conflicto armado particular, tendrá que establecer si las expectativas que surgen de los principios del DIH se cumplieron o no, dentro de ellas la que establece que “las partes en conflicto deberán hacer todo lo que sea factible para verificar que los objetivos que prevén atacar son objetivos militares”²⁰² (principio de precaución). En caso de que se constate que alguna de estas expectativas fue defraudada, en el ámbito

¹⁹⁷ Montealegre, Eduardo, Perdomo, Jorge, Funcionalismo y Normativismo Penal Una Introducción a la Obra de Günther Jakobs, op cit, p.16.

¹⁹⁸ Ibidem, p. 19.

¹⁹⁹ Ibidem, p. 21.

²⁰⁰ “con la imposición de la pena se mantiene la vigencia de la norma como modelo del contacto social... Entonces, las expectativas de que trata el Derecho penal son aquellas que, ante su defraudación, siguen vigentes, esto es, pueden seguirse tomando como modelo de orientación”. Ibidem., p. 18.

²⁰¹ Ibidem. P. 49.

²⁰² “Norma 16. Las partes en conflicto deberán hacer todo lo que sea factible para verificar que los objetivos que prevén atacar son objetivos militares”. Henckaerts, Jean-Marie, Doswald-beck, Louise, El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, Comité Internacional de la Cruz Roja, p. 63. [http://www.cicr.org/Web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/pcustom/\\$File/ICRC_003_PCUSTOM.PDF](http://www.cicr.org/Web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/pcustom/$File/ICRC_003_PCUSTOM.PDF) consulta del 29 de junio de 2009.

interno colombiano, dicha expectativa encontrará la posibilidad de confirmar su vigencia mediante la aplicación de los delitos de “homicidio en persona protegida” y “destrucción de bienes protegidos”. El comportamiento típico estará entonces determinado por esta y otras normas que bien pueden ser consuetudinarias, en la medida en que su incumplimiento permitirá realizar el juicio de imputación a los que realizaron el ataque; nótese que si por ejemplo el bien que resultó afectado lo fue por un uso indebido de la otra parte, lo que llevó al error de los atacantes, lo ocurrido se deberá atribuir al ámbito de competencia de aquellos, por la violación del principio de distinción que obliga a no involucrar a los civiles en la confrontación.

Si alguna de las partes del conflicto destruye un bien de carácter civil, no necesariamente tendrá responsabilidad penal, pues habrá que determinar cuál de las dos partes incumplió sus deberes o si lo hicieron las dos. Si el atacante respetó todas las reglas que surgen de los principios de distinción, precaución y proporcionalidad, pero el defensor no, al utilizar por ejemplo escudos humanos, la responsabilidad penal caerá sobre este último; si definitivamente el atacante no tomó las previsiones adecuadas o simplemente atacó deliberadamente un bien civil, la responsabilidad penal claramente será suya. Nuevamente: el cumplimiento o no de las reglas convencionales o consuetudinarias que desarrollan cada uno de los principios del DIH, debe ser evaluado para determinar en cada caso el comportamiento típico y poder realizar así el juicio de imputación²⁰³.

La delimitación de ámbitos de competencia de acuerdo con la calidad de combatiente y de sus deberes frente a las personas y bienes protegidos, exige establecer, cuál es el fundamento de la responsabilidad penal, para así determinar el título de imputación de cada sujeto involucrado en una situación reprobada por el DIH. Desde el punto de vista jurídico-penal, la persona puede ser penalmente responsable en virtud de la forma como configura el mundo en ejercicio de su propia libertad (competencia por organización) o con base en la pertenencia a una institución básica para la identidad social (competencia institucional).

JAKOBS lo explica de la siguiente manera: “En una sociedad moderna, que en el ámbito del Derecho penal ya no conoce sistemas de responsabilidad por una situación de hecho o por el resultado... sólo hay dos razones -intentaré exponerlas muy brevemente- que entran en consideración para fundamentar la responsabilidad: en primer lugar, los seres humanos configuran la realidad y responden si la configuran en un ámbito en el que son otros los que están autorizados para configurarla. Esto conduce a la responsabilidad por arrogarse un ámbito de organización. En segundo lugar, los seres humanos viven en el marco de ciertas vinculaciones características hacia los demás, esto es, ostentan determinados papeles. Producen una defraudación si abandonan su papel; esto conduce a la responsabilidad por la lesión de una institución”²⁰⁴.

La competencia por organización genera una serie de deberes negativos denominados “deberes de seguridad en el tráfico”, los cuales consisten en las medidas que toda persona debe tomar para evitar que el ejercicio de su libertad afecte a otros individuos (se es responsable porque se es libre); si estos fracasan, nacen los “deberes de salvamento”, orientados a revocar el peligro que se ha desatado por el incumplimiento o fracaso de los deberes de seguridad²⁰⁵. La competencia institucional da lugar a ciertos deberes positivos, pues en este caso se trata del deber “de establecer un mundo en común -al menos parcialmente- con un beneficiario”²⁰⁶.

²⁰³ De acuerdo con la investigación realizada por el CICR “La práctica de los Estados indica que no se prohíbe atacar objetivos militares si el defensor no toma las precauciones debidas o utiliza deliberadamente a civiles como escudos contra operaciones militares. Sin embargo, el atacante sigue estando obligado, en todas las circunstancias, a tomar las precauciones pertinentes en el ataque (véase la norma 15) y a respetar el principio de proporcionalidad (véase la norma 14), aunque el defensor viole el derecho internacional humanitario”. *Ibidem.*, p. 80.

²⁰⁴ Günther, Jakobs, *El Concepto Jurídico Penal de Acción*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, p. 32-33.

²⁰⁵ “El deber de aseguramiento más relevante es el deber general de aseguramiento del tráfico. Éste tiene como contenido que la zona de roce de la organización ajena debe estar configurada de forma socialmente adecuada” Jakobs, Günther, *Acción y Omisión en Derecho Penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, p. 14.

²⁰⁶ *Ibidem.*, p. 21.

La CC colombiana ha explicado de la siguiente manera el contenido de estos deberes, como criterios para establecer ámbitos personales de competencia y así fundamentar la responsabilidad penal: "1) En la interacción social se reconoce una libertad de configuración del mundo (competencia por organización) que le permite al sujeto poner en peligro los bienes jurídicos ajenos; el ciudadano está facultado para crear riesgos, como la construcción de viviendas a gran escala, la aviación, la exploración nuclear, la explotación minera, el tráfico automotor etc. Sin embargo, la contrapartida a esa libertad es el surgimiento de **deberes de seguridad en el tráfico**, consistentes en la adopción de medidas especiales para evitar que el peligro creado produzca daños excediendo los límites de lo permitido... Ahora bien, si las medidas de seguridad fracasan y el riesgo se exterioriza amenazando con daños a terceros o el daño se produce... surgen los llamados **deberes de salvamento**, en los cuales el sujeto que ha creado con su comportamiento peligroso anterior (generalmente antijurídico) un riesgo para los bienes jurídicos, debe revocar el riesgo... (pensamiento de la injerencia). Esos deberes de seguridad en el tráfico, también pueden surgir por **asunción** de una función de seguridad o de salvamento, como en el caso del salvavidas que se compromete a prestar ayuda a los bañistas en caso de peligro"²⁰⁷.

"2) Pero frente a la libertad de configuración, hay deberes que proceden de instituciones básicas para la estructura social (competencia institucional) y que le son impuestas al ciudadano por su vinculación a ellas. Por ejemplo, las relaciones entre padres e hijos y ciertas relaciones del Estado frente a los ciudadanos. Estos deberes se caracterizan, porque el garante institucional tiene la obligación de configurar un mundo en común con alguien, de prestarle ayuda y **protegerlo contra los peligros que lo amenacen**, sin importar que el riesgo surja de un tercero o de hechos de la naturaleza"²⁰⁸.

Podemos afirmar entonces, que la responsabilidad penal con base en los delitos contra personas y bienes protegidos por el DIH, surge del quebrantamiento de las expectativas normativas definidas desde este ordenamiento, para todo el que adquiere en un conflicto armado el rol de combatiente. Esta posición en un contexto de guerra, puede dar lugar a distintos ámbitos de competencia, dependiendo de si la participación en el conflicto obedece a la forma como el sujeto a conducido su voluntad (competencia por organización) o a la pertenencia a una institución estatal (competencia institucional). Así por ejemplo, en el contexto del conflicto armado interno que se vive en Colombia, los miembros de los grupos armados ilegales, insurgentes o paramilitares, son garantes frente a lo que suceda con la población civil en la medida en que con sus acciones, incluyendo la pertenencia al grupo, generan un riesgo antijurídico para los derechos y bienes de los ciudadanos, de donde tenemos que su responsabilidad penal se sustenta en una competencia por organización.

Así mismo los miembros de los organismos de seguridad del Estado (militares y policía) en su condición de combatientes, serán garantes frente a la población civil en virtud de una competencia institucional²⁰⁹. En la sentencia SU-1184 de 2001 esta circunstancia se puso de presente de la siguiente manera: "b) El Estado puede ser garante (competencia institucional) cuando se trata de ciertos deberes irrenunciables en un Estado Social y Democrático de Derecho. Por ejemplo, es irrenunciable la protección de la vida e integridad de todos los habitantes del territorio y la defensa de la seguridad interior y exterior de la nación. Como el Estado no puede responder directamente en el campo penal, el juicio recae en el titular de la función correspondiente. Por ende, para que el miembro de la fuerza pública sea garante, se requiere que **en concreto** recaiga dentro de su ámbito de competencia (material, funcional y territorial) el deber específico de proteger los derechos constitucionales de los ciudadanos de la República. En consecuencia, si un miembro de la fuerza pública que tiene dentro de su ámbito de responsabilidad el deber de resguardar un sector de la población amenazada por grupos al margen de la ley, no inicia la acción de salvación cuando ostenta los medios

²⁰⁷ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia SU-1184, 13 de noviembre de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

²⁰⁸ *Ibidem*.

²⁰⁹ "En los delitos correspondientes a estos deberes la autoridad no se fundamenta en la organización, sino en la infracción del deber. Esto tiene como consecuencia que en estos delitos el obligado no puede ser partícipe". Jakobs, Günther, Acción y Omisión en Derecho Penal, op cit, p. 21.

materiales para hacerlo, se le imputan los resultados lesivos (las graves violaciones a los derechos humanos) que estos cometan en contra de los habitantes”²¹⁰.

Los principios del DIH y las reglas que de ellos se desprenden adquieren entonces la connotación de criterios de imputación que contribuyen, como ya lo dijimos, a definir el comportamiento típico, partiendo de la base de que todo sujeto que participe de la guerra se convierte en garante del respeto por la dignidad y derechos de los civiles y víctimas del conflicto en general, de acuerdo con los fines del Derecho Internacional Humanitario, bien con fundamento en una competencia por organización o bien con fundamento en una competencia institucional²¹¹.

7.6. Relación entre la conducta típica y la noción de conflicto armado

Con lo dicho hasta aquí, haremos ahora algunas anotaciones sobre la expresión “con ocasión y en desarrollo de conflicto armado”, incluida en las descripciones típicas hechas en el Título II del Código Penal. Trataremos de ilustrar así, en líneas generales, un conjunto de herramientas útiles para dotar de contenido este elemento normativo, a partir de las definiciones del DIH. Queremos con esto resaltar que la amplitud o estrechez con que se definan este y otros conceptos que por razones de espacio no abordaremos, determinará la posibilidad de reconocer consecuencias concretas a los principios del DIH en nuestro medio²¹². Para un análisis más detallado sobre el alcance de este elemento normativo, sugerimos consultar el *Módulo I Concepto y normatividad en DIH y su aplicación al caso colombiano*.

Con los delitos contemplados en el Título II del Libro segundo del Código Penal, se intentó dar un respaldo coercitivo al DIH para que tuviera una vigencia real en el contexto colombiano, se trataba de responder a la tendencia internacional de llevar los deberes que surgen de las normas humanitarias, a un plano en el que su respeto no estuviera atado simplemente a la buena voluntad de los combatientes, sino que tuviera un mecanismo jurídico que en el ámbito interno le diera verdadera trascendencia a su incumplimiento, ajustando la legislación nacional a los estándares internacionales de protección²¹³.

De ahí que “si bien no existe una *simetría perfecta* entre la tipificación de los crímenes internacionales que aparece recogida en el texto del nuevo Código Penal y aquella que figura en el Estatuto de Roma, lo cierto es que ambas van en la misma dirección. Es más, el texto del instrumento internacional constituye un referente obligado al momento de interpretar el contenido y alcance de las disposiciones del Código Penal en materia de DIH y DIDH. En efecto, las nociones de crimen de guerra y crimen de *lesa*

²¹⁰ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia SU-1184 del 13 de noviembre de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

²¹¹ Es importante tener en cuenta las consecuencias dogmáticas que se desprenden al asumir la posición de garante como fundamento de la responsabilidad penal en los delitos contra personas y bienes protegidos por el DIH, sobre todo con relación al concurso de personas y a la imputación a título de acción o de omisión. Por ejemplo, tratándose de la competencia institucional “también los delitos comunes pueden ser cometidos por personas que se encuentran obligadas positivamente en el sentido descrito, y entonces el delito común se convierte en delito de infracción deber. Así, por ejemplo, los padres se encuentran obligados positivamente respecto de sus hijos. Si no impiden que un asesino mate a su hijo o incluso le presta ayuda... no se trata sólo, por ejemplo, de participación -por omisión o por acción- en los actos de organización del homicidio, sino además de una lesión independiente del deber, esto es, de autoría”. Jakobs, Günther, *Acción y Omisión en Derecho Penal*, op cit, pp. 21-22.

²¹² Sobre los conceptos de “combatiente” y “persona protegida” se recomienda consultar las normas 1 a 6 y sobre los conceptos de “bienes civiles” y “objetivos militares” las normas 7 a 9 de la obra *El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario del CICR*, así como también las normas 11 a 13 sobre ataques indiscriminados, 14 sobre la proporcionalidad en los ataques y 15 a 24 sobre las reglas consuetudinarias derivadas del principio de precaución. Henckaerts, Jean-Marie, Doswald-beck, Louise, *El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario*, op cit, p. 63.

²¹³ “Los tipos penales existentes en Colombia, a la sazón, no eran acordes con la gravedad y particularidades que presentan las infracciones a la legalidad internacional. Así pues, las especiales circunstancias de modo, tiempo y lugar que rodean la comisión de ciertas infracciones al DIH y las violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos, amén de su extrema gravedad y lesividad a bienes jurídicos tan caros a la sociedad internacional, ameritaban un tratamiento punitivo especial, vale decir, se aludía al principio de proporcionalidad”. Ramelli, Alejandro, “Personas y Bienes Protegidos por el Derecho Internacional Humanitario”, op cit, p. 689.

humanidad que nos trae el Estatuto de Roma resultan esenciales para que el operador de la norma penal en Colombia distinga estos comportamientos de los delitos ordinarios²¹⁴.

En esta medida, para definir el ámbito de aplicación de los delitos contra personas y bienes protegidos por el DIH, lo primero que se debe hacer es establecer el significado de la expresión “con ocasión y en desarrollo de conflicto armado”, la cual constituye un elemento normativo común a todas las conductas punibles del Título II. Esta define el ámbito de aplicación espacio-temporal de los tipos penales que estamos analizando²¹⁵, coincidiendo con uno de los elementos contextuales de los crímenes de guerra internacionales. Así pues, el operador u operadora judicial tendrá que establecer en estos casos, si están dados los elementos que permiten afirmar que estamos en presencia de un conflicto armado y si el hecho a imputar se relaciona o no con esta situación²¹⁶. Para estos efectos se deberá recurrir entonces a la normatividad internacional, a la jurisprudencia de los tribunales internacionales y, claro está, a la jurisprudencia constitucional interna.

Es importante señalar, que aunque en el Estatuto de Roma se separan los crímenes previstos para conflictos armados de carácter internacional -art. 8.2(b)- de los que se dan en el contexto de un conflicto armado interno -art. 8.2(c)-, siendo incluso más numerosos los primeros²¹⁷, en el sistema jurídico colombiano dicha distinción no se da; de hecho, los tipos penales del Código Penal sólo aluden a un “conflicto armado” sin importar si se da entre Estados, entre un Estado y grupos armados disidentes o incluso entre grupos armados conformados por particulares. Esto debe interpretarse teniendo en cuenta, que todas las normas del DIH se incorporan de manera automática y tienen plena vigencia en el conflicto colombiano, sin que interese el tipo de contienda a la que están referidas a nivel internacional (Corte Constitucional sentencias C-534 de 2008, C-156 de 1999, C-574 de 1992). En consecuencia, en Colombia cabe entonces la responsabilidad penal por un hecho acaecido en el contexto del conflicto armado interno, en donde para la imputación se tenga en cuenta la infracción a normas que en el Derecho Internacional son aplicables a conflictos armados internacionales.

Adicionalmente, es importante tener en cuenta, que no se puede perder de vista que más allá de la relación con el conflicto armado, los delitos contemplados en el Código Penal colombiano no exigen los mismos elementos de contexto que sí requieren los crímenes de guerra de competencia de la Corte Penal Internacional, en la medida en que la descripción típica de aquellos no incluye ninguna referencia a la gravedad, intensidad o sistematicidad con que deben ser cometidos, como sí sucede con el artículo 8.1 del Estatuto de Roma (La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes). “Los elementos del tipo objetivo de los crímenes de guerra en el ER pueden dividirse entre elementos contextuales aplicables al conjunto... y los elementos específicos de cada figura delictiva. A su vez, entre los primeros cabe distinguir entre los elementos contextuales de carácter material que deben concurrir a los efectos de que el comportamiento típico tenga la naturaleza de crimen de guerra (por ejemplo su producción en el contexto de un conflicto armado) y los elementos contextuales jurisdiccionales cuya concurrencia, sin afectar a la naturaleza del crimen, determina que la Corte, tenga jurisdicción material sobre los mismos... los elementos contextuales de carácter jurisdiccional se pueden dividir entre aquellos relativos a la naturaleza internacional o no internacional del conflicto

²¹⁴ Ibidem, p. 705.

²¹⁵ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-291 del 25 de abril de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

²¹⁶ “Para comenzar, debe precisarse que en nuestro país se ha reconocido políticamente la existencia de un conflicto armado interno de proporciones considerables, razón por la cual el Estado Colombiano se ha dado a la tarea de actualizarse en el tema del derecho internacional humanitario, no sólo para procurar una mayor protección de la población civil, sino para propiciar condiciones que permitan diseñar caminos de reconciliación nacional con miras a alcanzar uno de los objetivos propuestos por la constitución para el logro de la paz”. Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 15 de febrero de 2006, M.P. Edgar Lombana Trujillo, Proceso No. 21330.

²¹⁷ “El problema es todavía más acentuado en relación con los conflictos armados de carácter no internacional puesto que el Art 8.2(e) ER excluye de los subtipos penales aplicables a conflictos de dicha naturaleza los relativos al empleo de los medios y métodos de guerra arriba mencionados que han sido expresamente tipificados en relación con los conflictos armados internacionales”. Olásolo, Héctor, Ensayos sobre la Corte Penal Internacional, op cit, p. 370.

armado y aquellos relativos al umbral de gravedad necesario para que la Corte pueda ejercitar su jurisdicción material”.²¹⁸ Los delitos contra personas y bienes protegidos por el DIH previstos en el ordenamiento jurídico interno, únicamente coinciden con los crímenes de guerra internacionales, en el elemento contextual material, no en el jurisdiccional.

En todo caso, la valoración de una situación concreta en la actualidad colombiana debe partir de las consideraciones hechas desde las normas y jurisprudencia internacionales sobre los conflictos armados no internacionales²¹⁹. En cuanto a la normatividad, tanto el Artículo 3º común a los cuatro convenios de Ginebra, como el Protocolo II Adicional de 1977, nos dan algunos criterios sobre el concepto de “conflicto armado no internacional”. El artículo 3º común exige para poder hablar de conflicto armado no internacional, que no se trate “de un enfrentamiento armado interestatal”, ni “de aquellos en los que los pueblos luchan contra la dominación colonial, la ocupación extranjera o los regímenes racistas (art. 1º apar. 4 Protocolo Adicional I)”²²⁰, adicionalmente se requiere que el conflicto sea armado y que enfrente a dos o más partes que dispongan de cierta organización, “lo cual comporta una distribución de tareas, sin que sea necesaria la existencia de una jerarquía rígida y de un mando responsable, propios de un ejército regular”²²¹. A su turno, de acuerdo con el Protocolo II, un conflicto armado no internacional supone “que no debe tratarse de un conflicto armado internacional, en los términos del artículo 1º del Protocolo Adicional I a los cuatro convenio de Ginebra”²²², además debe tener lugar en el territorio de una alta parte contratante, “entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo” (artículo 1º Protocolo II)²²³.

Aunque el Estatuto de Roma no definió lo que debe entenderse por conflicto armado, “la Sala de Apelaciones común a los TPIY y TPIR en su decisión jurisdiccional en el caso Tadic definió la noción de conflicto armado como el recurso a la fuerza armada entre Estados o la utilización prolongada de la violencia entre un Estado y un grupo armado organizado, o entre grupos armados organizados”²²⁴. Así pues, se deberá determinar si un delito tiene lugar o no en el contexto de un conflicto armado, o “con ocasión y en desarrollo de conflicto armado” en los términos del Código Penal colombiano, sobre la base de que “el DIH se aplica en todo el territorio de los Estados en conflicto, o bajo el control de las partes en conflicto, desde el inicio de las hostilidades y, más allá de su cese, hasta la conclusión de un acuerdo de paz o de un arreglo específico de la controversia”²²⁵. De manera que, un crimen de guerra, o en el ámbito interno un delito contra personas o bienes protegidos por el DIH, no debe darse en medio de un combate, “ni tan siquiera en un área en la que están vivas las hostilidades cuando se producen tales crímenes”, aunque sí es indispensable una relación cercana “entre los mismos y las hostilidades”²²⁶.

²¹⁸ *Ibidem.*, p. 357-362.

²¹⁹ Sobre la jurisprudencia internacional de derechos humanos y el bloque de constitucionalidad ver: Uprimny, Rodrigo, *Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y Proceso Penal*, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Bogotá, 2006, p. 90.

²²⁰ Ramelli, Alejandro, *La Constitución Colombiana y el Derecho Internacional Humanitario*, Bogotá, 2005, p. 55.

²²¹ “El ejercicio pleno y continuo, por la organización armada, de su poder sobre un territorio preciso, no es, a pesar de todo, un requisito para que sea considerada como parte en el conflicto armado interno. Tal control puede ser tan sólo esporádico o encontrarse compartido de facto con las autoridades constitucionales del Estado”. *Ibidem.*, p. 55-56.

²²² *Ibidem.*, p. 62.

²²³ “La exigencia de un mando responsable busca establecer una frontera con las situaciones de disturbios internos, durante los cuales, si bien pueden surgir espontáneamente líderes populares, éstos no ejercen un verdadero mando sobre los amotinados... La continuidad de las operaciones significa que éstas no sean esporádicas. Son concertadas a partir del momento en que responden a la ejecución de un plan acordado con cierta antelación por los miembros de un grupo organizado... Una última condición... es su capacidad para aplicar el Protocolo II... en lo que concierne a esta última condición, es pertinente anotar que no resulta invocable, por ninguna de las partes en contienda el principio de reciprocidad”. *Ibidem.*, p. 68-70.

²²⁴ Olásolo, Héctor, *Ensayos sobre la Corte Penal Internacional*, op cit, pp.357-358.

²²⁵ *Ibidem.*, p. 359. También ver: Aponte, Alejandro, *Protocolo para el Reconocimiento de Casos de Violaciones a los Derechos Humanos e Infracciones al Derecho Internacional Humanitario con Énfasis en el Homicidio en Persona Protegida*, op cit, p. 21

²²⁶ *Ibidem.*

Así por ejemplo, si de una interpretación ajustada a la constitución se trata, en la que es indispensable la referencia al bloque de constitucionalidad, no resulta coherente con los estándares internacionales de protección a la población civil, exigir que la conducta se presente dentro o inmediatamente antes o después de un combate; en otras palabras, no es dable restringir la noción de conflicto armado a la de combate²²⁷. La expresión “con ocasión y en desarrollo de conflicto armado” no equivale a decir, que entre un homicidio en persona protegida -por ejemplo- y un combate deba haber “inmediatez absoluta”, ya que en términos espacio-temporales, será suficiente con que la conducta haya sido realizada por un sujeto que ostente la calidad de combatiente, sobre uno que tenga la calidad de persona protegida, en un “territorio agobiado permanentemente por situaciones ligadas al conflicto armado interno”²²⁸.

La Corte Constitucional, citando varios pronunciamientos del TPIY ha recogido un conjunto de criterios útiles, para establecer el grado en que un hecho debe estar relacionado con un conflicto armado y así configurar un crimen de guerra. “Al determinar la existencia de dicha relación las cortes internacionales han tomado en cuenta factores tales como la calidad de combatiente del perpetrador, la calidad de no combatiente de la víctima, el hecho de que la víctima sea miembro del bando opuesto, el hecho de que el acto pueda ser visto como un medio para lograr los fines últimos de una campaña militar, o el hecho de que el acto haya sido cometido como parte de los deberes oficiales del perpetrador, o en el contexto de dichos deberes. También ha precisado la jurisprudencia, en casos de comisión de crímenes de guerra, que es suficiente establecer que *“el perpetrador actuó en desarrollo o bajo la apariencia del conflicto armado”*, y que *“el conflicto no debe necesariamente haber sido la causa de la comisión del crimen, sino que la existencia del conflicto debe haber jugado, como mínimo, una parte sustancial en la capacidad del perpetrador para cometerlo, en su decisión de cometerlo, en la manera en que fue cometido o en el objetivo para el que se cometió”*²²⁹.

Cabe resaltar en este sentido lo sucedido en Colombia en torno de los llamados “falsos positivos”, en donde no combatientes, después de ser ejecutados, son presentados, en algunos casos, por ejemplo por miembros de las Fuerzas Militares como bajas en combate. En este tipo de situaciones el homicidio en persona protegida es claro, en el sentido de existir una relación concreta entre la conducta y el conflicto armado, al ser presentado el sujeto pasivo del homicidio como un combatiente muerto en una confrontación armada, tratándose en ocasiones incluso de personas que habiendo militado en grupos armados ilegales ya han regresado a la vida civil²³⁰.

²²⁷ La Corte Suprema de Justicia ha definido el combate, con relación a la lucha guerrillera, de la siguiente manera: “es considerado como un enfrentamiento armado de carácter militar, regular o irregular, colectivo, determinado en tiempo y espacio, con el propósito de someter al contrario y con el fin último de imponer un nuevo régimen constitucional o derrocar al Gobierno Nacional por parte de los rebeldes. Confrontación que implica una lucha de contrarios, una reacción ante el ataque que depende no solo de la capacidad de respuesta, sino que exige además la posibilidad de que se pueda repeler”. Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 27 de mayo de 1999, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, Proceso No. 12661.

²²⁸ Aponte, Alejandro, “Análisis Crítico de la Jurisprudencia Penal Nacional de Crímenes Internacionales: El Caso Colombiano”, op cit, pp. 123-155.

²²⁹ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-291 del 25 de abril de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

²³⁰ Así lo ha puesto de presente la Unidad Nacional de Derechos Humanos y DIH de la Fiscalía General de la Nación, calificando como casos de homicidio en persona protegida, hechos como los que dieron lugar a la colisión negativa de competencias entre el Juez Segundo Penal del Circuito de Yopal y el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de la misma ciudad, resuelta por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 2 de Diciembre de 2008: “Se adelanta este proceso penal con ocasión del homicidio de que fue víctima un desmovilizado de las llamadas Autodefensas Unidas de Colombia, señor Óscar Eduardo Pérez Anave, quien el 4 de enero de 2007 a eso de las 8:30 de la mañana, fue bajado por encapuchados del vehículo automotor en que se transportaba en dirección al paraje denominado Montañas del Totumo del municipio de Paz de Ariporo, donde cumpliría una cita con miembros del Ejército Nacional. Con posterioridad se conoció que el Ejército Nacional reportó la baja en combate de un NN de sexo masculino, quien a la postre fue identificado como Pérez Anave; enfrentamiento reportado como sucedido a las 11 de la mañana del mismo día por el Grupo Montado de Caballería No. 16 “Guía del Casanare”. Por estos hechos se vinculó penalmente a los mencionados miembros del Ejército Nacional y se les definió situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio alguno, por medio de decisiones proferidas el 10 de diciembre de 2007 y 9 de abril de 2008, por cuanto se consideró que la muerte de Pérez Anave no se produjo en desarrollo de un combate con la fuerza pública, sino que correspondió a una típica ejecución extrajudicial”. Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 2 de diciembre de 2008, M.P. José Leónidas Bustos Martínez, Proceso No. 30743.

Otro aspecto importante para tener en cuenta al momento de establecer la relación de una conducta con el conflicto armado vivido en Colombia, es que a pesar de que en principio el Artículo 3 común se refiere a cualquier tipo de conflicto armado no internacional sin importar su intensidad y que el artículo 1º del Protocolo II hace referencia a conflictos de muy alta intensidad²³¹, el Código Penal colombiano no parte de esta clase de distinciones, siendo en consecuencia los delitos previstos en el Título II aplicables “a toda suerte de enfrentamiento armado”²³², lo cual se ve corroborado por la Corte Constitucional cuando sostiene que “frente a situaciones de violencia que no adquieran connotación bélica o las características de un conflicto armado, las exigencias de tratamiento humanitario derivadas del DIH de todas formas se mantienen. Las normas humanitarias tienen así una proyección material para tales casos, pues pueden también servir de modelo para la regulación de las situaciones de disturbios internos. Esto significa que, en el plano interno, la obligatoriedad de las reglas del derecho humanitario es permanente y constante, pues estas normas no están reservadas para guerras internacionales o guerras civiles declaradas. Los principios humanitarios deben ser respetados no sólo durante los estados de excepción sino también en todas aquellas situaciones en las cuáles su aplicación sea necesaria para proteger la dignidad de la persona humana”²³³.

7.7. Autoevaluación

Caso 1

Vuelva a leer el caso propuesto al inicio de esta unidad. De acuerdo con lo estudiado en el módulo ¿cambiaría alguna de sus respuestas?

²³¹ “Así pues, el artículo 3º se aplica a todas las situaciones de grave violencia interna que no sean consideradas como tensiones interiores o disturbios internos, independientemente de su intensidad. Esto significa que en este amplio abanico quedan comprendidos desde los conflictos armados de baja intensidad hasta las hostilidades abiertas, como lo son las guerras de secesión y las guerras civiles en sentido clásico. Por el contrario, el Protocolo Adicional II se aplica tan sólo a determinados conflictos armados internos, de muy alta intensidad, caso en el cual los dos instrumentos internacionales se ejecutan simultáneamente”. Ramelli, Alejandro, *La Constitución Colombiana y el Derecho Internacional Humanitario*, op cit, p. 62.

²³² Ramelli, Alejandro, “Personas y Bienes Protegidos por el Derecho Internacional Humanitario,” op cit, p. 700.

²³³ Colombia, Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-225 del 18 de mayo de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

8. UNIDAD 3

Aplicación de los Principios del Derecho Internacional Humanitario en la Estructuración de las Faltas Disciplinarias en el Ordenamiento Colombiano

8.1. Objetivo general de la unidad

- Identificar las relaciones existentes entre los principios del Derecho Internacional Humanitario y las faltas disciplinarias establecidas en el artículo 48 del Código disciplinario único (ley 734 de 2002) relativas a esta temática.

8.2. Objetivos de la unidad

- Estudiar la relación existente entre el principio de distinción del Derecho Internacional Humanitario y las faltas disciplinarias relativas a esta temática.
- Estudiar la relación existente entre el principio de proporcionalidad del Derecho Internacional Humanitario y las faltas disciplinarias relativas a esta temática.

Caso de estudio de los principios del DIH y las faltas disciplinarias establecidas en el artículo 48 del Código disciplinario único (ley 734 de 2002) relativas a esta temática.

Antes de comenzar el estudio de esta unidad por favor analice el siguiente caso y responda los interrogantes que se presentan a continuación:

El Comandante de una Unidad Táctica recibe una llamada de un ciudadano, habitante de un municipio ubicado entre los límites de los departamentos de Cauca y Putumayo, quien le manifiesta que su municipio está siendo hostigado, al parecer desde las montañas que circunden al lugar, por parte de uno de los frentes de las Farc que opera en la zona.

Sin embargo, cuando la tropa llega al lugar, se da cuenta que los disparos se están produciendo desde la torre de la catedral del pueblo, de donde, además de disparos, se observa la pretensión de lanzar artefactos explosivos contra la Alcaldía, la estación de Policía y contra los hombres que integran el pelotón que repele la hostilidad.

Ante tal situación, el comandante ordena disparar contra la torre del lugar religioso, resultando muertos varios guerrilleros y el campanero, quien era un menor de edad que colaboraba con los quehaceres de la iglesia y había sido obligado por los insurgentes a permitirles el acceso a la torre; además, al derrumbarse la torre, se generó la muerte de una mujer y su hija de seis años, quienes corrían por el lugar con el fin de huir de los disparos.

De acuerdo con los hechos planteados, considere y responda los siguientes interrogantes. Si tiene duda respecto de los criterios para responder estas preguntas anótelas e intente resolverlas cuando haya finalizado el estudio de la unidad.

- ¿Considera que la acción militar dirigida contra la torre de la iglesia respetó el principio de distinción? ¿Por qué?
- ¿Considera que el comandante emitió una orden proporcional o no al ataque perpetrado por las Farc? ¿Por qué?
- ¿Considera que la muerte del campanero, en las circunstancias anotadas, constituyó una infracción a los principios de distinción y proporcionalidad? ¿Por qué?
- ¿Considera que la muerte de la mujer y su hija, en las circunstancias anotadas, constituyen una infracción a los principios de distinción y proporcionalidad? ¿Por qué?
- ¿Al comandante de la operación militar podría atribuírsele alguna falta disciplinaria en relación con los principios de distinción y proporcionalidad? ¿Cuál? Explique las razones.

8.3. Principio de distinción

8.3.1. Contextualización

Como lo expresa el módulo “Concepto y normatividad en derecho internacional humanitario y su aplicación al caso colombiano”, el derecho internacional humanitario puede definirse como la rama del derecho internacional público cuyas normas buscan la limitación de los métodos y los medios de hacer la guerra, protegiendo a las personas que no participan en las hostilidades (miembros de la población civil) o que han dejado de participar en ellas (los que se rinden y los que quedan fuera de combate), dentro del contexto del conflicto armado²³⁴.

Como se ha mencionado con anterioridad, en una confrontación armada de carácter interno, el DIH juega un factor preponderante en la conducción de las hostilidades al imponer obligaciones a sus actores, tanto a los miembros de las Fuerzas Armadas del Estado como a quienes integran los grupos armados ilegales, en calidad de destinatarios de estas disposiciones, sin importar las denominaciones entre uno y otro grupo frente a su adversario o el reconocimiento o no de la existencia de un conflicto.

Así emerge uno de los principios fundamentales, según el cual, las personas que participan en los conflictos armados deben distinguir, en todo momento y lugar, entre civiles y combatientes, así como entre bienes civiles y objetivos militares, temas que fueron estudiados en la primera unidad, principio denominado “de distinción”, que constituye el pilar del derecho internacional propio de los conflictos armados, del cual, a su vez se derivan normas específicas del DIH.

Para analizar el *principio de distinción* en materia disciplinaria, es importante considerar unos de los instrumentos humanitarios internacionales que concretan la aplicación del principio en estudio, como lo es el artículo 3º común a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional II, que prevén para su aplicación, la existencia de dos (2) condiciones dentro del desarrollo del conflicto: que los grupos armados actúen bajo un mando responsable y que ejerzan control sobre una parte del territorio. Igualmente, el artículo 4º del Protocolo II, señala a las personas a proteger, diferenciando entre quienes ostentan la calidad de “combatiente”, como aquel que participa directamente en las hostilidades y “no combatiente”, quien no participa directamente en las hostilidades, como es el caso de la población civil o quienes han dejado de participar, como los heridos, enfermos o capturados, conceptos que fueron desarrollados en la primera unidad.

En materia disciplinaria se debe considerar al combatiente de acuerdo con lo previsto en el artículo 4º, numerales 1 y 2 del III Convenio de Ginebra, exigiéndose como requisitos frente a la colectividad, presentar una estructura de mando y mostrar respeto por las normas del derecho internacional humanitario y a manera individual, exhibir un signo distintivo fijo y portar armas abiertamente, requisito último necesario para extender tal calidad a los guerrilleros²³⁵.

Por su parte los bienes que tienen el carácter de objetivo militar se definen como aquellos que dada su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización, son importantes para el ejercicio de la acción militar del grupo que los poseen y por lo tanto, su destrucción total o parcial, captura o neutralización, ofrecen una ventaja a la contraparte; corresponden a la calidad de bienes civiles, aquellos que no son objetivos militares²³⁶.

El IV Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949, así como el Protocolo I, consagran las medidas necesarias para la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra y establece en su Título II medidas de protección general a la población con

²³⁴ Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, comunicado de prensa sobre la importancia del Principio Humanitario de Distinción en el conflicto armado interno, 30 de junio de 2003.

²³⁵ Ver unidad Principios del DIH de este módulo.

²³⁶ Ministerio de la Protección Social, Manual de la Misión Médica., 2004. p 40.

relación a los efectos de la guerra en las zonas y localidades sanitarias y de seguridad; zonas neutralizadas; evacuación y protección de heridos y enfermos, de hospitales, envío de medicamentos, víveres y ropa y medidas especiales a favor de la infancia.

De acuerdo con la definición rendida por el Manual de la Misión Médica, del Ministerio de la Protección Social, dicha misión se define como “el conjunto conformado por el personal sanitario, bienes, instalaciones, instituciones, vehículos, equipos, materiales necesarios, personas participantes y acciones propias de la prestación de servicios de salud en situaciones o zonas de conflictos armados, desastres naturales y otras calamidades”.

La misión médica tiene como deber la atención, bajo criterios de imparcialidad y ética, a quienes requieran de sus servicios como consecuencia del fragor de las hostilidades, absteniéndose de participar en ellas, para lo cual, es imperiosa una señalización o identificación a efectos de distinguirse como tal de los actores del conflicto, además de la conservación del secreto profesional. Dicha misión merece el respeto, protección y facilidades para el ejercicio de su labor; no puede ser cuestionada por su actuar, siempre y cuando se fundamente en parámetros éticos propios de su labor.

Existe la tendencia a confundir los términos de neutralidad e imparcialidad con relación al personal sanitario, términos que son distintos y merecen ser aclarados. Por tanto, entiéndase como neutralidad, el deber de abstenerse de realizar actos que puedan interpretarse como a favor de los intereses de una de las partes o en detrimento de los intereses de la contraparte²³⁷ y como imparcialidad, las acciones del personal sanitario de carácter civil (tanto público como privado) que no conduzcan en el ejercicio de su labor a proporcionar apoyo o ventaja estratégica a los combatientes para que no se vea afectada su calidad de persona protegida por el DIH. Muy a pesar de que todo ciudadano goza de derechos constitucionales a la libertad de conciencia y de expresión, el personal sanitario debe ser prudente en el ejercicio de esos derechos, en el ejercicio de su labor médica y humanitaria, para evitar malas interpretaciones y por supuesto ser vistos como apoyo a alguna de las partes protagonistas en las hostilidades.

Los términos “heridos y enfermos” se aplica a personas militares o civiles que, debido a contusiones, enfermedades, trastornos físicos, mentales, necesitan asistencia médica y aislarse de los efectos de la hostilidad. Este concepto se extiende a las mujeres embarazadas, en periodo de lactancia, a los recién nacidos e inválidos, personal que merece un tratamiento humano permanente, ágil, de gran calidad, en toda circunstancia, sin que puedan ser sometidas a discriminación alguna.

Como quiera que las partes en los conflictos armados no internacionales pueden estar constituidas por Estados o grupos armados, por ejemplo fuerzas rebeldes, o sólo grupos armados, en ambos casos, es dable advertir su formación militar con cierto grado de organización y estructura de mando y, por lo tanto, tienen la capacidad de garantizar el respeto a las normas que contemplan el DIH, ya que una de las consecuencias derivadas de su inobservancia, es la degradación del conflicto que a su vez conlleva a una clara dificultad en el desarrollo del ejercicio de la labor humanitaria por parte del Comité Internacional de la Cruz Roja, de las agencias del Sistema de las Naciones Unidas y de las organizaciones no gubernamentales que protegen, defienden y proporcionan ayuda a personas afectadas por la guerra, pues el *Principio de Distinción* implica hacer lo posible para evitar que el personal sanitario, sus medios de transporte e instalaciones se puedan convertir en objetivo militar.

Por su parte, el Protocolo I, artículo 48, así como el Reglamento sobre leyes y usos de la guerra terrestre, anexo al Convenio II relativo a las leyes y usos de la guerra terrestre de 1899, cuyo artículo 25 prohíbe atacar ciudades, pueblos, casas o edificios que no estén defendidos; el artículo 27, impone el deber de librar de bombardeos a los edificios consagrados al arte, la ciencia, beneficencia, hospitales y lugar de reunión de heridos y enfermos que no tengan un fin militar.

²³⁷ Ibidem, p. 42.

Sin embargo, los Derechos de La Haya y Ginebra no son los únicos que han previsto la distinción dentro del marco de las hostilidades; por ejemplo el Código Lieber de 1863, que regula las conductas de los Ejércitos de los Estados Unidos en campaña, prevé en su artículo 15 que la necesidad militar permite la destrucción directa de la vida de los miembros de la fuerza enemiga como de aquellos cuya destrucción incidental es inevitable en el curso de los enfrentamientos; sin embargo, el artículo 19 de la misma codificación obliga a los comandantes, “cuando sea pertinente” informar al enemigo sobre la intención de bombardear alguna localidad, con el fin de procurar la evacuación de los no combatientes.

Ahora bien, si según lo dispuesto en el artículo 21 de la citada norma, los ciudadanos o nativos de un país hostil son considerados enemigos y por ende sujetos de la dureza de la guerra, el artículo 22 pone de presente el progreso, especialmente en la guerra terrestre, de la distinción entre la persona civil de un país enemigo y quienes representan al país enemigo a través de sus hombres en armas.

Dado lo anterior, no es posible predicar que la falta de reconocimiento respecto de la existencia de un conflicto armado interno permita a sus protagonistas la convicción acerca de la ausencia de su deber de observar los principios internacionales de distinción: según el cual debe hacerse diferencia entre quienes participan directamente en las hostilidades y quienes en ellas no tienen tal participación; de limitación: que implica que las partes en conflicto están sujetas a restricciones al ejercer su derecho de elegir los medios y métodos de guerra y de proporcionalidad: que establece que la utilización de medios y métodos de guerra no puede ser excesiva en relación con la ventaja militar prevista.

En este orden de ideas, diremos que el *principio de distinción* entre los protagonistas activos de un conflicto y quienes no hacen parte del desarrollo de las hostilidades, constituye la base fundamental del DIH y es el punto de partida para la materialización y efectividad de las garantías para la imposición de las obligaciones y los derechos correspondientes que de él nacen.

La aplicación del *principio de distinción*, implica que la población civil y las personas no combatientes reciban el trato humano y la protección general que merecen, de la misma manera a quienes se han rendido y quedado fuera de combate, al proibirse conductas como los atentados contra la vida; la tortura; tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; toma de rehenes; castigos colectivos; actos de terrorismo; esclavitud y trata de esclavos; pillaje; amenazas e infracciones contra los derechos de los niños²³⁸.

El principio referido también exige la aplicación de garantías consagradas para las personas privadas de la libertad con ocasión del conflicto, con el fin de proporcionarles un trato humanitario en condiciones dignas de detención y con las precauciones necesarias frente a los peligros propios de la guerra.

8.3.2. Aplicación del principio de distinción en materia disciplinaria

En el ámbito del derecho disciplinario, encontramos que su aplicación recae exclusivamente sobre quienes ostentan la calidad de servidores del Estado y a la luz del artículo 23 de la Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único, se consideran como faltas el incumplimiento de deberes, la extralimitación de funciones y las prohibiciones, entre otras, lo cual, por principio de integración normativa, habrán de complementarse con otros estatutos para su interpretación²³⁹, así como para la tipificación de otros comportamientos.

²³⁸ Infracciones al DIH según el artículo 3º común a los Convenios de Ginebra y el artículo 4º del Protocolo Adicional II.

²³⁹ De acuerdo con el artículo 21, en lo no previsto en la ley disciplinaria general, se dará aplicación al contenido de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados en Colombia.

En materia de DIH, en nuestro ordenamiento jurídico, dado el grado de relevancia que genera tanto la situación de orden público, como las consecuencias que el mismo ha generado, especialmente frente a la población civil, se predica la aplicación del artículo 3º común a los convenios de Ginebra de 1949, los cuales entraron a regir en Colombia el 8 de mayo de 1962 al expedirse la Ley 5ª de 1960, del Protocolo II, vigente en nuestro país desde el 15 de febrero de 1996, en razón a la expedición de la Ley 171 de 1994, así como del Derecho Consuetudinario aplicable a los conflictos armados internos²⁴⁰.

El artículo 3º común a los cuatro convenios de Ginebra de 1949, encierra una serie de garantías que constituyen un mínimo de obligatoriedad en el esfuerzo que deben adoptar los actores de las hostilidades por proteger a quienes no son parte del conflicto, mientras que el Protocolo II busca condensar el objetivo y el alcance tanto del artículo 3º común como de otras reglas consuetudinarias del DIH, buscando la protección de las víctimas, normas humanitarias, que en razón a lo dispuesto en el numeral segundo del artículo 214 y del artículo 93 constitucionales, se incorporan automáticamente a nuestro orden interno y prevalecen sobre el mismo, ya que mediante la figura del Bloque de Constitucionalidad se busca lograr una armonía entre el orden internacional de los Estados con la aplicación de las normas del derecho internacional humanitario y el orden constitucional interno.

Recordemos que una de las finalidades de la expedición de normas de índole humanitario es la de lograr su aplicación real en los conflictos armados, tanto internacionales como internos, a fin de menguar sus devastadores efectos tanto de la población y de quienes se amparan en el estatuto de protección como de los bienes que gozan de dicha categoría. Por lo tanto, no obstante su incorporación automática al orden interno, se hace necesario además que el legislador diseñe medidas de aplicación que permitan evitar que las garantías contenidas en tales normas no queden simplemente plasmadas en un documento.

Así, el Estado colombiano, mediante el ejercicio del *Ius Puniendi*, ha implementado un sistema en el cual consagra conductas materia de reproche, en la categoría de penas o faltas, según se trate de normas penales o disciplinarias, así como sus consecuencias, basado en penas y sanciones, para quienes desconozcan las normas de carácter humanitario, dentro del desarrollo de acciones armadas tanto por los agentes que lo representan, como por aquellos que actúan desde la ilegalidad.

A nivel de faltas disciplinarias por violación al *principio de distinción*, se debe tener en cuenta que éstas se encuentran consagradas en el artículo 48 de la Ley 734 de febrero 5 de 2002, cuyo numeral 7 remite a los instrumentos, los cuales serán abordados por separado.

Por otra parte, el numeral 1 del citado artículo 48 de la Ley 734 de febrero 5 de 2002, permite adecuar como falta disciplinaria la realización objetiva de una descripción típica consagrada en la ley como delito, siempre que sea sancionable a título de dolo y que su comisión se produzca con ocasión o como consecuencia de la función, cargo, o abuso del mismo, siendo el juez disciplinario, a juicio de la CC, el competente para discernir, con base en el material probatorio y en las condiciones en que se produjo la conducta materia de investigación, si ella fue cometida bajo la modalidad dolosa o culposa, atendiendo a la aplicación, en el evento culposo, de los *numerus apertus*²⁴¹ y la proscripción de la responsabilidad objetiva.

Por lo tanto, con relación al principio de distinción consagrado en las normas humanitarias, serían aplicables en materia disciplinaria a las infracciones contenidas en el Capítulo Único del Título II del la Ley 599 de julio 24 de 2000, Código Penal Colombiano,

²⁴⁰ Ver unidad Principios del DIH de este módulo.

²⁴¹ Transformación de una conducta descrita como delito doloso en una conducta disciplinaria culposa. Esta transformación es permitida por la Sentencia C-720 de agosto 23 de 2006, MP. Clara Inés Vargas Hernández, en cuya ratio motivandi, se afirmó: "...La disposición atacada obliga al "juez disciplinario" a verificar en la legislación penal si la conducta que ha dado lugar al proceso está descrita objetivamente o tipificada, para posteriormente establecer dentro del proceso a su cargo si la misma conducta fue cometida con dolo o culpa, con el propósito de imponer la respectiva sanción atendiendo a lo dispuesto en el artículo 13 de la ley 734 de 2002 -Código Disciplinario Único...".-

respecto de las conductas punibles que afecten a las personas y bienes que se abrigan bajo el estatuto especial de protección, según las definiciones de los artículos 135 y 154.

De acuerdo con el párrafo del artículo 135 penal, son *personas protegidas* por el derecho internacional humanitario:

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

La Ley 791 de diciembre 16 de 1994, por medio de la cual entran en vigencia en Colombia los preceptos del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra, determina que constituirían infracciones contra las personas, que en razón del *Principio de Distinción*, exhiben la calidad de protegidas, conductas como los atentados contra la vida, la tortura, los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, toma de rehenes, castigos colectivos, actos de terrorismo, la esclavitud y trata de esclavos, el pillaje, las amenazas y las infracciones contra los menores, así como contra los derechos de las personas, que con ocasión del conflicto se encuentren privadas de la libertad, junto con las restricciones al debido proceso legal y el desplazamiento forzoso de la población civil, comportamientos que a su vez se encuentran descritos de forma similar al instrumento convencional, en la ley penal colombiana, no obstante algunos condicionamientos que el legislador en su momento estableció para la tipificación de punibles como la toma de rehenes y la tortura en persona protegida, los cuales fueron proscritos de nuestro orden legal mediante vía jurisprudencial²⁴².

Respecto de los bienes materia de protección por parte del DIH, encontramos a partir del artículo 154 penal una serie de conductas relacionadas con la protección de bienes civiles, los cuáles son definidos en el párrafo del artículo en comento, así:

1. Los de carácter civil que no sean objetivos militares.
2. Los culturales y los lugares destinados al culto.
3. Los indispensables para la supervivencia de la población civil.
4. Los elementos que integran el medio ambiente natural.
5. Las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas.

Constituyen punibles contra dichos bienes, la destrucción y apropiación de bienes protegidos con ocasión y en desarrollo del conflicto armado -artículo 154 CP-; la destrucción de bienes e instalaciones de carácter sanitario sin justificación alguna y sin previas medidas de protección, al atacar o destruir ambulancias o medios de transporte sanitarios, hospitales de campaña o fijos, depósitos de elementos de socorro, convoyes sanitarios, bienes destinados a la asistencia y socorro de las personas protegidas, zonas sanitarias y desmilitarizadas, o bienes e instalaciones de carácter sanitario debidamente señalados con los signos convencionales de la Cruz Roja o de la Media Luna Roja -artículo 155 idem-.

²⁴² Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-291 del 25 de 2007, MP. Manuel José Cepeda Espinosa; Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-148 de 22 de febrero de 2005, MP. Álvaro Tafur Galvis; Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-249 del 16 de abril de 2009, MP. Mauricio González Cuervo.

Se describen también como conductas típicas penales, la destrucción o utilización ilícita de bienes culturales y de lugares de culto, como monumentos históricos, obras de arte, instalaciones educativas o lugares de culto, que constituyan el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos, sin justificación alguna y sin previas medidas de protección adecuadas y oportunas, de acuerdo con el artículo 156 *ibidem* y el ataque contra obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas como presas, diques, centrales de energía eléctrica, nucleares u otras, siempre que la conducta tenga ocasión en el conflicto armado, según el artículo 157 *ad justem*.

De acuerdo con lo anterior, podemos concluir que en materia penal, el principio de distinción encuentra aplicación en aras de su afán por garantizar que tanto las personas como los bienes que no se encuentren relacionados con los actores que operan dentro del conflicto, se reconozcan y se excluyan del campo operacional, en aras de evitar su utilización como escudos de guerra, ni que las personas sean sometidas a tratos que pongan en peligro la vida, integridad física y moral, libertad física, sexual o espiritual, en términos generales, su dignidad, la cual constituye el fundamento dentro del esquema del Estado Social de Derecho.

a. *Faltas disciplinarias al Principio de Distinción consagradas en instrumentos internacionales.*

El estatuto disciplinario general prevé como obligación de todo servidor público el cumplimiento de los deberes contenidos en los tratados de DIH, así como las leyes y las órdenes superiores emitidas por funcionario competente, entre otras²⁴³, que al inobservarse o incumplirse pueden dar lugar a una conducta constitutiva de falta disciplinaria a la luz de su numeral 1 del artículo 34, siendo, por consiguiente, necesaria la utilización de la teoría de los tipos abiertos o en blanco, con el fin de complementar, mediante la remisión a los instrumentos internacionales, los comportamientos relacionados con el tema materia de estudio²⁴⁴.

En consideración a que los miembros de la Fuerza Pública, quienes en razón de su misión constitucional, se convierten en destinatarios naturales del DIH, además de serlo en materia disciplinaria, ellos tienen el deber de dar cumplimiento al *Principio de Distinción*, observando las garantías previstas en el Protocolo II adicional a los cuatro (4) Convenios de Ginebra, las cuales a su vez se encuentran vigentes en la categoría de ley en el ordenamiento colombiano²⁴⁵ y que fueron analizadas en la primera unidad.

En este orden de ideas, vale la pena hacer mención al contenido de la Política Integral de DDHH y DIH expedida por el Ministerio de Defensa Nacional en el año 2007, concebida como el documento marco “que describe los lineamientos, sienta los objetivos y establece los programas que en esta materia deben conocer y desarrollar las Fuerzas Militares y, donde sea pertinente, la Policía Nacional²⁴⁶”, previendo, en relación con el *principio de distinción*, la protección a personas a las cuales ha categorizado como “*grupos especiales*”, entre los cuales se encuentran las víctimas, tanto actuales como potenciales, en materia de DDHH y DIH; igualmente se prevén estrategias como el programa de atención para tales grupos para el trámite de quejas y que en caso de existir presuntas violaciones a los derechos humanos o infracciones al derecho internacional humanitario, propongan acuerdos amistosos e incentiven reparaciones integrales, al tiempo que la política integral impone el deber de formular políticas de protección especial; llevar a cabo talleres y capacitación tanto a los grupos que requieren atención diferenciada como a los miembros de la Fuerza Pública.

²⁴³ Mejía Ossman, Jaime. Régimen Disciplinario. Ley 734 de 05 de febrero de 2002, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, D.C., 2007. Ley 734 de 5 de febrero de 2002.p.65 Artículo 34. “Deberes. Son deberes de todo servidor público: 1. Cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, los tratados de Derecho Internacional Humanitario, los demás ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas, los contratos de trabajo y las órdenes superiores emitidas por funcionario competente.

²⁴⁴ *Ibidem*. Ley 734 de 05 de febrero de 2002. Artículo 21.

²⁴⁵ Ley 171 de diciembre 16 de 1994.

²⁴⁶ Ministerio de Defensa Nacional, Política Integral de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario.,p.19.

Así mismo, el documento en estudio, invoca el apoyo a las diferentes instituciones del Estado que desarrollan programas de protección de poblaciones específicas, como el Proyecto de Atención a Comunidades en Riesgo (PACR) y la protección de personas en condición de desplazamiento o en situación de riesgo extraordinario, buscando atender de manera directa a poblaciones que requieren una atención diferenciada, por lo cual, la Dirección de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario del Ministerio de Defensa atiende las consultas y peticiones presentadas por personas víctimas de violencia de género, menores, miembros de la misión médica y comunidades en riesgo, entre otros.

Como quiera que uno de los fundamentos de la Política Integral en mención, se encuentra el interés de asegurar el cumplimiento de las obligaciones que en materia de DDHH y DIH le son atribuibles a la Fuerza Pública, para revisar y robustecer los instrumentos con que cuenta en aras de garantizar el cumplimiento de estos deberes contenidos en los instrumentos internacionales y en el orden interno que constituye un marco normativo respecto de dicha actividad, consideramos que ese valioso documento podría enmarcarse como una orden superior, emitida por un funcionario competente para tal efecto, en este caso, por el señor Ministro de Defensa Nacional, razón por la cual los actos administrativos que de ella emanen conservan la misma categoría. Por lo tanto, el incumplimiento del documento que contiene la Política Integral y de los actos administrativos que lo desarrollan, acarrearán la posible comisión de falta disciplinaria en razón al incumplimiento de deberes allí establecidos como respaldo indiscutible al DIH.

Debe tenerse en cuenta que el Código Disciplinario Único –numeral 7 del artículo 48-, aplicable a los miembros de las Fuerzas Militares, establece como falta gravísima “las graves infracciones al derecho internacional humanitario”, en donde se hace alusión exclusivamente a aquellas calificadas como de “mayor gravedad”, por lo que, a efectos de establecer si una conducta es típica en el ordenamiento disciplinario, se debe establecer si el proceder de su destinatario se ajusta a los parámetros previstos internacionalmente para calificar como “graves” las infracciones en las que pueda verse comprometido su comportamiento, no sin antes hacer claridad que el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1994, comenzó su vigencia en Colombia con la expedición de la Ley 171 de diciembre 16 de 1994, recordando además, que respecto del numeral en comento del Código Disciplinario Único, para efectos de interpretar el concepto de “graves infracciones al derecho internacional humanitario”, la Corte Constitucional ordenó la remisión al concepto de crimen de guerra previsto en el Estatuto de Roma²⁴⁷.

El principio humanitario de distinción no sólo encuentra resguardo en las normas internacionales, sino que además, en el orden interno colombiano se han adoptado mecanismos que facilitan su aplicación, especialmente por parte de los agentes del Estado, que permiten categorizar conductas como punibles y faltas disciplinarias, lo cual refleja el esfuerzo del legislador para su ajuste a los parámetros invocados en las convenciones ratificadas por Colombia.

Por lo tanto, las reglas del *principio de distinción* que a su vez constituyen un deber funcional para los destinatarios de la ley disciplinaria, son:

- Fijar métodos de diferenciación entre combatientes y personas amparadas bajo el estatuto de protección.
- Establecer medidas para proteger y atender a las personas protegidas dentro del contexto de las hostilidades.
- Fijar métodos de diferenciación entre objetivos militares y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario.
- Asentar disposiciones para proteger los bienes civiles en el desarrollo de las conflagraciones internas.
- Proteger y brindar atención a los actores de las hostilidades que han quedado fuera de combate por captura, heridas, enfermedad o rendición.
- Abstenerse de colocar en los objetivos militares, elementos distintivos similares a los emblemas humanitarios o sanitarios para generar confusión al combatiente enemigo.

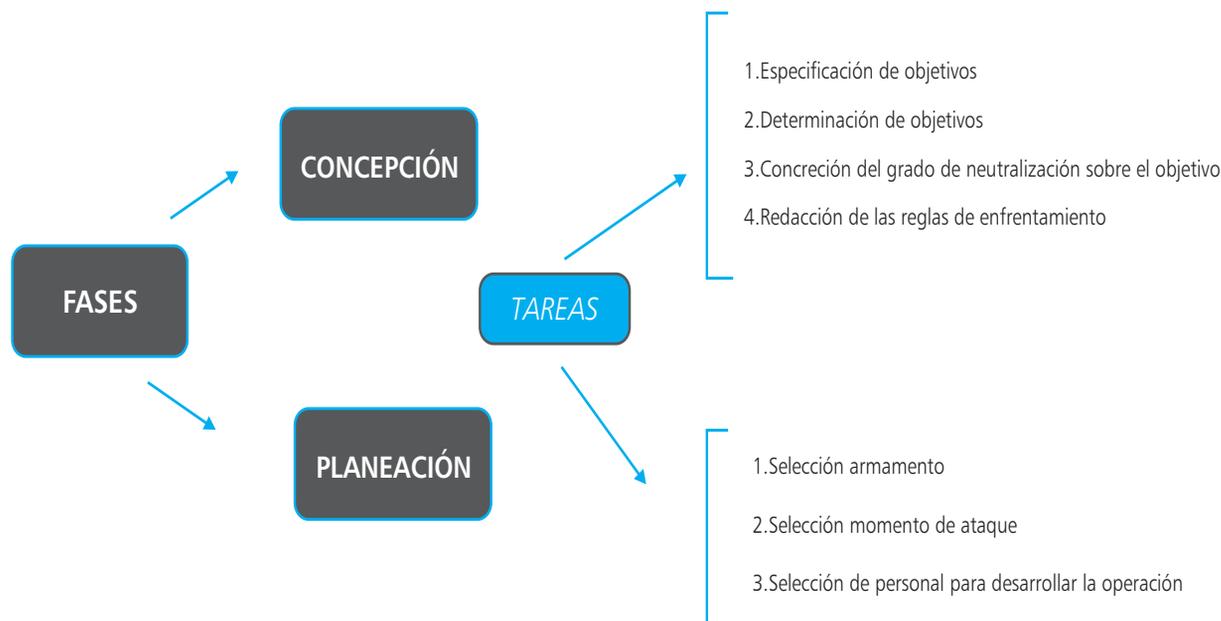
²⁴⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-720 de veintitrés (23) de agosto de 2006. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

- Proteger a las personas y bienes que hacen parte de las misiones médicas y humanitarias, así como de las labores que éstos desarrollan, siempre que se encuentren relacionadas con tales objetivos.

La discusión frente al dilema entre la eficacia operacional y el sometimiento de la actividad militar del Estado a los parámetros mínimos exigidos por el *Derecho Internacional Humanitario*, ha venido superándose en los últimos años, imponiéndosele al Comandante el deber de ajustar las operaciones a dicha normatividad, insistiéndose en que el éxito de una misión consiste en atacar el objetivo perseguido, en el momento adecuado y con la eficacia requerida, alcanzando el grado de neutralización deseado y las bajas previstas, garantizándose a su vez el cumplimiento riguroso de las leyes mínimas de humanidad desde su inicio, a través de investigación y desarrollo de la misión, hasta el momento en que se produce el impacto de un objetivo²⁴⁸.

Los participantes en las hostilidades, los ejercicios, las operaciones, las armas y bienes militares a utilizar, las tácticas y técnicas, el planeamiento, operatividad y ejecución, así como las normas internacionales y del orden interno constituyen la base sobre la cual deben desarrollarse las operaciones militares, tanto en la planeación como en la ejecución de acciones militares, por lo que la carencia de alguno de ellos afectará necesariamente el resultado final y sus repercusiones o consecuencias.

El *proceso de planeamiento* de una operación militar, es el conjunto de funciones en cadena para la resolución de un problema de donde se deriva la o las líneas de acción facilitando al Comandante adoptar de la forma más adecuada, aceptable y practicable su decisión. Sus fases son la concepción y preparación, en las cuales se debe tener presente los parámetros del *Derecho Internacional Humanitario* imponen como deberes, en relación con el principio en estudio:



Respecto a la *fase de concepción*, tenemos que la *especificación de los objetivos* busca evitar la vaguedad y confusión en los componentes del Estado Mayor al momento de analizar el objetivo que se pretende atacar, los cuales deben ser lo suficientemente

²⁴⁸ Guisandez Gómez, Francisco Javier. "Aplicación del derecho Internacional de los Conflictos Armados en las Operaciones Aéreas". II Jornadas del Grupo Español, Madrid, 1999.

concretos a efectos de deducir los efectos colaterales directos y accesorios que puedan derivarse del desarrollo de la operación; la *determinación* facilita la adopción de medios y métodos de combate que representen mayor efectividad.

La *concreción del grado de neutralización* tiene que ver con la degradación en un sistema de armas como consecuencia del ataque, lo que obliga a establecer cual es el grado de neutralización que se pretende alcanzar, el cual debe ser apenas suficiente respecto de la ventaja militar perseguida; finalmente las reglas de enfrentamiento evitarán que quienes comanden y participen en la operación militar caigan en improvisaciones e interpretaciones diferentes sobre la evaluación de las situaciones que se puedan presentar durante la acción.

En la fase de *planeación*, se procede a *seleccionar el armamento* más idóneo y adecuado a la modalidad de operación que se pretende realizar, una vez analizadas las condiciones logísticas, tácticas u operativas, a efectos de mermar el daño colateral; *seleccionar el momento del ataque* es de suma relevancia, ya que se debe escoger el momento en que la presencia de personal civil sea mínima; finalmente la selección del personal que hará parte de la operación obligará a contar con quienes ostenten la mejor preparación para minimizar errores y que a su vez cuenten con la solvencia suficiente en el conocimiento y la aplicación de las normas humanitarias, especialmente cuando se puedan presentar heridos o participantes que depongan sus armas.

La *ejecución* será entonces exitosa en la medida que el planeamiento se adecúe a las normas internacionales, teniendo en cuenta que las circunstancias que han dado origen a la decisión de ataque pueden variar y por lo tanto, es responsabilidad del Comandante adaptar los medios y métodos a utilizar a las nuevas situaciones fácticas.

Así, el incumplimiento de los deberes relacionados con las normas de *Derecho Internacional Humanitario* en el planeamiento y ejecución de las acciones militares devendrá, en relación con los destinatarios de la ley disciplinaria, en una conducta constitutiva de falta.

b. *Jurisprudencia*

La Corte Constitucional se pronunció²⁴⁹ en cuanto al DIH, explicando su ámbito de aplicación frente a los conflictos armados, internacionales o internos, en relación con los parámetros advertidos por las cortes internacionales consistentes en la intensidad del conflicto, y el nivel de organización de las partes, siempre que la conflagración sobrepase el nivel de simples desórdenes internos, deduciendo que la existencia de un conflicto armado se determina jurídicamente con base en factores objetivos, independientemente de la denominación o calificación que le den los Estados, Gobiernos o grupos armados en él implicados, por lo tanto, los Estados, incluido el colombiano, se encuentran en la obligación de respetar y de hacer respetar las normas que recogen el derecho internacional humanitario.

Respecto del campo de configuración permitido legislativamente en materia penal, en proporción a los límites trazados por la Constitución Política y el bloque de constitucionalidad, la consagración de tipos penales que reprochan conductas que vulneran el DIH, corresponden a una facultad basada en los conceptos de democracia y soberanía popular, para lo cual le corresponde a la CC el control respectivo, especialmente cuando el Legislador, al sobrepasarlos desconoce principios, valores o derechos protegidos en la citada normatividad.

²⁴⁹ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-291 de abril 25 de 2007, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

En materia disciplinaria, ha sostenido la Alta Corporación²⁵⁰ que ha sido la voluntad del legislador sancionar con destitución no cualquier desconocimiento de las normas que integran el DIH, sino aquellas infracciones que revisten verdaderamente “gravedad” a las garantías y deberes de protección allí previstos.

Referente al principio humanitario materia de estudio, la Corte Constitucional²⁵¹ lo define como “una de las piedras angulares del DIH”, que parte del principio de protección a la población civil de los efectos derivados de la guerra, ya que en el campo de las hostilidades, mediante el uso de armas, se incrementa su vulnerabilidad. Indica además que, por parte de los protagonistas, solamente es prudente el debilitamiento militar de la contraparte, haciendo la distinción entre combatientes y población civil, ya que ni los Estados, ni los actores armados pueden hacer a los civiles objeto de ataques.

Acudiendo a los criterios internacionales, igualmente esa Alta Corporación, define a los combatientes, en sentido genérico, como aquellas personas que, por formar parte de las fuerzas armadas y los grupos armados irregulares, o tomar parte en las hostilidades, no gozan de las protecciones contra los ataques que le han sido asignadas a los civiles; en sentido específico, el término se utiliza solamente en el marco de los conflictos armados de carácter internacional, para reconocerle el “status de combatiente” a quien, con derecho, toma parte en las hostilidades y quien asume la posibilidad de ser considerado como un objetivo militar legítimo, teniendo la facultad de enfrentar a otros combatientes o individuos que participan en las hostilidades, amén de recibir, por lo tanto, trato especial cuando ha sido puesto fuera de combate por rendición, captura o lesión.

Para la aplicación del principio en estudio en el espacio de los conflictos armados de carácter interno, se define como persona civil a aquella “persona” que no forma parte de las fuerzas armadas del Estado o de las organizaciones armadas irregulares protagonistas de los enfrentamientos y que tampoco toma partido en el desarrollo de las hostilidades, bien sea de manera individual o de manera colectiva, bajo la denominación de “población civil”, definición que permite caracterizar una determinada conducta, como un crimen de guerra o como un crimen de lesa humanidad. Así, el TPIY definió para tal fin a los civiles como las personas que no son, o han dejado de ser parte de las fuerzas armadas o actores del conflicto, cobijando en tal denominación, tanto a los cuerpos armados estatales oficiales como a los grupos armados irregulares, estimando nuestro Tribunal Constitucional que si un civil participa en las conflagraciones, pierde las garantías derivadas del *Principio de Distinción*, durante el tiempo que dure su participación en el conflicto.

En consecuencia, la determinación del carácter civil de una persona o de una población dependerá del resultado analítico de las circunstancias en que se demanda dicha categoría, pues no bastaría la simple mención en forma abstracta del estatuto legal que establece los parámetros de quienes gozan de estatuto de protección, sino su relación con el desarrollo del conflicto armado.

La protección derivada de la aplicación del *principio de distinción*, cubre también a aquellas personas que participaron en las hostilidades y que fueron puestas fuera de combate al caer en poder de otro actor armado en el conflicto; o a aquellas personas combatientes que no pudieron defenderse debido a una situación clínica de inconsciencia, naufragio, heridas o enfermedad o por haber expresado la intención de rendirse al abstenerse de realizar actos de naturaleza hostil o intentos de evasión.

La diferenciación entre bienes de carácter civil y objetivos militares es otra regla derivada del *principio de distinción*, que obliga a los actores de un conflicto a esforzarse por lograr tal reconocimiento; así, los bienes civiles se definen como aquellos que no pueden ser considerados legítimamente como objetivos militares, y a éstos como aquellos bienes que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyen eficazmente a la acción militar y por lo tanto su destrucción total o parcial, captura o neutralización, pueden ofrecer una ventaja militar definida.

²⁵⁰ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-1076 del 5 de diciembre de 2002. MP. Clara Inés Vargas Hernández.

²⁵¹ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-291 del 25 abril de 2007. MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

Respecto a las conductas previstas en los artículos 156 y 157 del código de las penas, consistentes en los ataques contra bienes culturales y obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas como presas, diques, centrales de energía eléctrica, nucleares u otras obras, la Corte Constitucional²⁵² declaró como inexecutable el condicionamiento dado por el legislador consistente en la debida señalización de estos lugares con signos convencionales, por cuanto tal requisito no se encuentra contemplado en las normas convencionales y consuetudinarias de DIH que los protegen. Dijo la Corte Constitucional, que la imposición del requisito de señalización “*restringe el alcance de las salvaguardas internacionales aplicables*”, excluyendo del campo de protección a los bienes en mención que no se encontraran señalizados, marginalización que contraría el *principio de distinción* y los artículos 93, 94 y 214 de la Carta Política.

En síntesis, el desarrollo del carácter legislativo del *principio de distinción* trasciende cuando, por medio de sus pronunciamientos, el juez constitucional dictamina el alcance y su contenido, especialmente al explicar las definiciones de quienes, bajo el amparo de las garantías previstas por el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra, así como las normas consuetudinarias, se abrigan bajo el estatuto de protección en el marco de los conflictos internos de carácter no internacional. Por ello este principio cuenta, además, con un sistema penal y disciplinario que obliga a los destinatarios naturales del derecho internacional humanitario al respeto de las garantías y los derechos allí consagrados.

8.4. Principio de proporcionalidad

8.5. Contextualización

Como se dijo en la primera unidad, el *Principio de Proporcionalidad*, en materia de DIH, implica la obligación de abstenerse de perpetrar ataques de los cuales pueden resultar heridas o muertes en la población civil; daños a bienes de carácter civil; o a ambas cosas, que representan un exceso respecto a la ventaja militar que se persigue, en relación con la acción a realizar²⁵³. Precisar cuando la pérdida de personas o bienes civiles puede ser desproporcionada, involucra interpretaciones ambiguas y subjetivas, correspondiéndole a los tribunales ofrecer criterios de interpretación, respecto a la infracción o no de este principio, lo cual constituirá una verdadera herramienta al deber ser.

El principio de proporcionalidad impone una limitación a la finalidad de la guerra. Busca, concretamente, el sometimiento del enemigo y la imposición de condiciones, lo que exige que el uso de la fuerza sea la necesaria e indispensable para cumplir con la finalidad referida, es decir, que obliga al combatiente a elegir medios y métodos de combate que eviten muertes innecesarias, heridas o daños a personas y destrucción o afectación excesiva de bienes, inclusive de aquellos que constituyen objetivos militares, ya que la legitimidad para su destrucción no es ilimitada²⁵⁴.

Debe tenerse en cuenta, en el análisis de este principio, que según el CICR, la presencia de un “militar de permiso” en un lugar determinado, no constituye una justificación para que la parte enemiga emprenda una acción que culmine con la destrucción total o parcial de dicha localidad²⁵⁵.

Uno de los instrumentos humanitarios internacionales que concreta la aplicación del principio en estudio, es el Protocolo II adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra, expedido el 8 de junio de 1977, en sus artículos 13, 14 y 17, mediante la adopción

²⁵² Ibídem.

²⁵³ Protocolo adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra del 8 de junio de 1977.

²⁵⁴ Oficina del Alto Comisionado para las Naciones Unidas- Defensoría del Pueblo, Manual de calificación de conductas violatorias. derechos humanos y derecho internacional humanitario, volumen II.2004 P. 124.

²⁵⁵ CICR, Comentarios al Protocolo Adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra, 8 de junio de 1977.

del principio de inmunidad jurídica del que goza la población civil, que proscribe como métodos de combate los ataques directos y los actos de terrorismo hacia ella, provocando hambrunas, y desplazamientos forzados.

En el mismo instrumento, figura el principio de protección a la población civil contra los peligros emanados de las acciones propias de los conflictos, el cual obliga a reforzar las medidas pertinentes para tal efecto a favor de las personas que han sido clasificadas por su vulnerabilidad y exposición ante las consecuencias de las conflagraciones, lo que impide el ataque indiscriminado a personas civiles y obligue a buscar métodos de guerra que limiten sus efectos. Sin embargo, como se mencionó en la primera unidad es el Protocolo Adicional I el que consagra las característica de este principio, que además hace parte del derecho consuetudinario en materia de DIH aplicable a los conflictos armados internos.

Así las cosas, para la puesta en práctica del principio que se analiza, los actores del conflicto, en las fases de concepción, decisión y ejecución de las acciones y ataques, deben tener en cuenta las precauciones necesarias para marginar a la población civil de sus efectos nocivos. Por ejemplo, debe evitarse la ubicación cercana a la población, con el fin de buscar la abstención de ataque por parte de su contrincante, de las instalaciones ligadas a las hostilidades y consideradas como objetivos militares, como lo recomienda el CICR²⁵⁶. Además, el principio no sólo tiene aplicación respecto de personas o bienes civiles, sino que se extiende a quienes combaten, ya que ellos no podrán ocasionar a sus contrincantes daños desproporcionados al objetivo de la confrontación, que consiste en destruir o debilitar el potencial militar enemigo, lo cual se consigue de tres formas: matar, herir o capturar, prefiriéndose la captura a la herida y la herida a la muerte²⁵⁷.

Sobre lo anotado en precedencia, la Declaración de San Petersburgo de 1868, que busca prohibir el uso de ciertos proyectiles en tiempos de guerra, hace alusión en su Preámbulo a la necesidad de que el progreso de las civilizaciones humanas conlleve a la atenuación de las calamidades de la guerra, cuya finalidad legítima debe ser el debilitamiento, y no el exterminio de las fuerzas enemigas, bastando únicamente poner fuera de combate a la mayor cantidad de hombres posibles.

Otros instrumentos internacionales han buscado materializar el principio de proporcionalidad, al establecer prohibiciones o restricciones de ciertas clases de armamentos, en razón a los efectos que puede generar en el corto, mediano y largo plazo en la población civil y hasta en los mismos combatientes, como la Convención, en 1993, sobre la prohibición del desarrollo, producción, almacenamiento y empleo de armas químicas la cual excluye el empleo de armas químicas, mientras que la Convención de 1972 busca el mismo propósito respecto de las armas biológicas, completando el Protocolo de Ginebra de 1925 sobre la prohibición de emplear gases asfixiantes, tóxicos o similares y medios bacteriológicos. Advierte dicho Protocolo, que los logros obtenidos por la química deben utilizarse exclusivamente en beneficio de la humanidad, y que el desarrollo de esa industria debe obedecer a fines no prohibidos.

Igualmente, la Convención de 1980, sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, prohíbe emplear las armas cuando estén concebidas de tal forma o que sean de tal naturaleza que causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios (art.3º, párr. 3); que estén concebidas para explotar ante la presencia de un detector (art. 3º, párr. 5); emplearlas contra la población civil o bienes de carácter civil (art. 3º, párr. 7) o de manera indiscriminada (art. 3º, párr. 8).

Sin duda, uno de los instrumentos de mayor relevancia en la conquista para limitar los métodos de guerra, ha sido la Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción,

²⁵⁶ *Ibidem*.

²⁵⁷ Oficina del Alto Comisionado para las Naciones Unidas- Defensoría del Pueblo, Manual de calificación de conductas violatorias. Derechos humanos y derecho internacional humanitario, volumen II.2004. p. 125.

también conocido como “Tratado de Ottawa”, la cual se abrió a la firma el 3 de diciembre de 1997 en dicha ciudad y entró en vigor el 1 de marzo de 1999, con el fin de evitar la propagación de las trágicas consecuencias derivadas del uso de las minas antipersonal, al prohibir el uso de artefactos que no distingan entre personas civiles y combatientes o causen sufrimientos innecesarios o daños superfluos.

Es dable advertir que pese lo anterior, y en razón a sus consecuencias, estimamos que el Estatuto de la CPI, cuya Conferencia Diplomática culminó en Roma el 17 de marzo de 2001, constituye uno de los mayores logros del Derecho Internacional, cuya génesis data del año 1947, cuando la Asamblea General de las Naciones Unidas confió a la Comisión de Derecho Internacional la preparación de un proyecto, a fin de codificar los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, labor que inició en 1949 y que culminó en 1994 con un proyecto de Estatuto y en 1996 con un proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad²⁵⁸.

Es así como el artículo 8º del Estatuto presenta como nomen iuris “los crímenes de guerra”, dentro de los cuales, en el numeral segundo, literal e, indica como violaciones graves de las leyes y usos conflictos armados que no sean de índole internacional, los actos siguientes -entre otros-, con la aclaración que su aplicación no tendrá lugar en casos de disturbios y tensiones internas, como motines, actos aislados y esporádicos de violencia:

- i) Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil como tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades;
- ii) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y vehículos sanitarios y contra el personal habilitado para utilizar los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional;
- iii) Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles u objetos civiles con arreglo al derecho de los conflictos armados;
- iv) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados al culto religioso, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos, los hospitales y otros lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, a condición de que no sean objetivos militares;
- x) Declarar que no se dará cuartel;

Según lo contempla el estatuto referido, para que se tipifique la conducta punible de atacar indiscriminadamente a la población debe precisarse que el autor haya lanzado un ataque, cuyo objeto haya sido la población civil o personas civiles que no forman parte de las conflagraciones; que el ataque haya sido intencional y consciente de que el mismo se realizara dentro del contexto del conflicto armado y en relación con él.

De lo anteriormente expuesto, tenemos entonces que la concepción internacional del *principio de proporcionalidad* tiene como finalidad, tal como ya lo hemos afirmado, limitar los daños que puedan generarse de las operaciones militares respecto de los medios y métodos empleados para el desarrollo de las hostilidades en relación con la ventaja que se busca obtener.

Para mayor ilustración del alcance del principio en comento, es de gran trascendencia traer a colación la tragedia ocurrida en el municipio de Bojayá, departamento de Chocó, ocurrida los días 1 y 2 de mayo de 2002, en donde se produjo un enfrentamiento entre las Fuerzas Armadas y Revolucionarias de Colombia y las Autodefensas Unidas de Colombia que produjo la muerte violenta de

²⁵⁸ Teitelbaum, Alejandro, El Estatuto De La Corte Penal Internacional. Representante permanente en Ginebra de la Asociación Americana de Juristas, 17 de marzo del 2001.

más de cien personas y de más de 80 heridos, todos civiles, así como la destrucción de bienes civiles, a consecuencia del lanzamiento de pipetas, conducta públicamente reconocida por las FARC como error, en razón a que los miembros de las AUC se resguardaron en la iglesia y en la Casa de las Misioneras, lugares donde también buscaron protección parte de la población civil.

Frente al hecho, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, atribuyó responsabilidad en su informe²⁵⁹ a las Fuerzas Armadas y Revolucionarias de Colombia por infringir el artículo 3º común a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y al artículo 13 del Protocolo II adicional de 1977, al considerar, que el grupo insurgente estaba obligado a tomar medidas previas para evitar la afectación de personas y bienes protegidos, además de haber suspendido el ataque causante de muertes y heridas incidentales a miembros de la población civil, máxime, cuando dentro de la ventaja militar que buscaba el grupo armado permitía realizar tal previsión, ya que el hecho que dentro del grupo de personas civiles hubiesen buscado resguardo los miembros de las autodefensas, no implicaba la pérdida de la calidad de “protegida” de la población.

El documento en comento también atribuyó responsabilidad a las Autodefensas Unidas de Colombia, al haber expuesto a la población civil a las consecuencias de las acciones militares, ya que las normas del derecho internacional humanitario imponen la garantía de la seguridad e integridad de la población en el plano ofensivo y defensivo, exigiendo a los actores del conflicto, no solo abstenerse de atacar a la población civil sino de reducir al mínimo las pérdidas incidentales.

Por tal motivo, y en cumplimiento del *principio de proporcionalidad*, tanto los agentes del Estado como los miembros de los grupos armados, se encuentran en la obligación de garantizar la integridad y seguridad o de tomar medidas que minimicen la posibilidad de afectación de la población civil, y de quienes hacen parte del estatuto de protección, así como de los bienes que ostentan igual categoría, sin importar si entre los protagonistas del conflicto se presentan o no condiciones de reciprocidad respecto de observancia de las medidas de protección.

8.6. El Principio de proporcionalidad en el derecho disciplinario.

Recordemos que en materia humanitaria, dentro del contexto de un conflicto de carácter no internacional, se da aplicación material al contenido del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra, el cual a su vez condensa y amplía las garantías comprendidas en el artículo 3º común y las demás normas convencionales y consuetudinarias para amparar de los efectos derivados de las operaciones militares a quienes no hacen parte de ellas y a los bienes que se encuentran protegidos, cuya concreción en nuestro orden interno va más allá del ámbito previsto en el artículo primero, el cual limita su campo de acción cuando la hostilidad no trasciende de la categoría de simples desórdenes, tensiones internas o disturbios, pues su aplicación debe observarse frente a cualquier situación en que las garantías previstas en los instrumentos puedan verse amenazadas o vulneradas²⁶⁰.

Como quiera que el *principio de proporcionalidad* se concibe como una demarcación a la actividad propia de quienes hacen parte del conflicto armado de carácter no internacional, o en el caso colombiano, en cualquier situación que amenace la aplicación de las garantías contenidas en el DIH, se hace indispensable la adopción de herramientas jurídicas que permitan establecer los límites en los medios y métodos para el desarrollo de las hostilidades y la mengua de sus efectos sobre la población civil y en general, de las personas y bienes con *status* de protección, a fin que los efectos de la acción perpetrada no excedan la ventaja militar perseguida, cuando los daños a la personas o bienes civiles superan dicha ventaja, nos encontramos frente a la posible ilicitud del daño colateral.

²⁵⁹ Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Informe sobre su Misión de Observación en el Medio Atrato. Tomado de: Oficina del Alto Comisionado para las Naciones Unidas- Defensoría del Pueblo. Manual de calificación de conductas violatorias. Derechos humanos y derecho internacional humanitario. Volumen II.2004. pp. 127-128.

²⁶⁰ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-225 del 18 de mayo de 1995. MP. Alejandro Martínez Caballero.

En materia penal se expidió la Ley 599 de julio 24 de 2000, dentro de la cual se implementó un título que abarca las conductas y penas en relación con la afectación de las garantías previstas en las normas humanitarias, en relación con el *principio de proporcionalidad*, aplicables dentro del contexto del conflicto armado y que constituyan violaciones al DIH, del cual son destinatarios los protagonistas de las hostilidades, bien sean agentes estatales o particulares que hagan parte de los grupos armados en contienda.

Respecto al principio en comento, figuran en el código vigente tipos penales que proscriben la utilización de medios de combate que puedan afectar a personas o bienes amparados en el estatuto de protección, que van desde la omisión en la adopción de medidas protectoras hasta la perpetración de ataques, terrorismo y represalias, entre otros.

Los actos de terrorismo, descritos en el artículo 144 penal, se conciben como ataques indiscriminados o excesivos contra la población civil por vía de agresiones, represalias, actos o amenazas de violencia, cuya finalidad principal sea aterrorizarla, los cuales se diferencian de los actos de barbarie previstos en el artículo 145 *ibidem*, consistentes en no dar cuartel; el ataque a persona fuera de combate; el abandono de heridos o enfermos o cualquier acto tendiente a no dejar sobrevivientes; a rematar a los heridos y enfermos u otra clase de eventos de tal naturaleza prohibidos en tratados internacionales ratificados por Colombia.

Sin duda uno de los mayores flagelos de nuestra sociedad lo ha constituido el desplazamiento forzoso cuando se produce en desarrollo del conflicto armado, conducta prevista en el artículo 159 *ibidem*, que se materializa precisamente cuando ocurre, la deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de su sitio de asentamiento a la población civil, sin que medie justificación militar.

En cuanto a las conductas de omisión, se reprocha en el artículo 161 penal la omisión de medidas de protección a la población civil a quien, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, estando obligado a hacerlo, omite la adopción de medidas para la protección de la población civil, así como la obstaculización de tareas sanitarias y humanitarias, contra el que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, obstaculice o impida al personal médico, sanitario o de socorro o a la población civil la realización de las tareas sanitarias y humanitarias que de acuerdo con las normas del DIH pueden y deben realizarse -artículo 153 *ibidem*-.

También se considera como una vulneración del *principio de proporcionalidad* el daño o ataque al adversario, ocasionado en desarrollo de conflicto armado, cuando una de las partes simula la condición de persona protegida o utiliza indebidamente signos de protección como la Cruz Roja o la Media Luna Roja, la bandera de las Naciones Unidas o de otros organismos Intergubernamentales, la bandera blanca de parlamento o de rendición, banderas o uniformes de países neutrales o de destacamentos militares o policiales de las Naciones Unidas, punible conocido como perfidia, a la luz del artículo 143 de la Ley 599 de 24 julio de 2000.

En cuanto a los bienes que gozan del estatuto de protección dentro del contexto del conflicto armado, se describen como conductas punibles la destrucción y apropiación de bienes protegidos (artículo 154 CP), los cuales son definidos en el mismo artículo como materialización del principio de distinción, ya estudiado.

Se castiga además la destrucción de bienes e instalaciones de carácter sanitario (artículo 155 CP), como ambulancias o medios de transporte sanitarios, hospitales de campaña o fijos, depósitos de elementos de socorro, convoyes sanitarios, bienes destinados a la asistencia y socorro de las personas protegidas, zonas sanitarias y desmilitarizadas, o bienes e instalaciones de carácter sanitario, así como la destrucción o utilización ilícita de bienes culturales y de lugares de culto (artículo 156 CP), como monumentos históricos, obras de arte, instalaciones educativas o lugares de culto, que constituyan el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos y el ataque contra obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas como presas, diques, centrales de energía eléctrica, nucleares u otras, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado (artículo 157). Estimamos que las conductas en mención presentan ingredientes normativos que reflejan el alcance del *principio de proporcionalidad* al establecer, como condiciones para su ocurrencia, la ausencia de justificación basada en imperiosas necesidades militares y la falta de adopción previa de medidas de protección adecuadas y oportunas.

Estas descripciones punibles que guardan relación con la afectación del *principio de proporcionalidad*, las cuales se concentran en el Capítulo Único del Título II del la Ley 599 de julio 24 de 2000, Código Penal Colombiano, son susceptibles de transformación en faltas disciplinarias de naturaleza gravísima, cuando sean cometidas por un miembro de las Fuerzas Armadas, en razón a lo previsto en el numeral 1º del artículo 48 de la Ley 734 de febrero 5 de 2002, disposición que permite adecuar como falta disciplinaria “la realización objetiva de una descripción típica dolosa” y que su comisión se produzca con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo.

Ahora bien, en el terreno del derecho disciplinario, se establece un sistema de *faltas* basado en el incumplimiento de los deberes derivados de la función pública ejercida por sus destinatarios para lograr su buena marcha; en prohibiciones o extralimitaciones en el ejercicio de funciones o atribuciones²⁶¹, así como en sus correspondientes *sanciones*, una vez se demuestre la certeza de la responsabilidad del agente.

Como lo hemos señalado y para dar aplicabilidad al *principio de proporcionalidad* mediante la limitación de los métodos de guerra y sus efectos sobre quienes no hacen parte de las contiendas armadas o de los bienes protegidos, se han levantado instrumentos internacionales, aunados al ya estudiado Protocolo II adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra, que prohíben el uso de ciertas armas y tácticas militares, los cuáles a su vez han sido acogidos por la legislación colombiana.

Tenemos en primer lugar la Convención de la Haya del 14 de mayo 1954, que busca la protección de bienes culturales en caso de conflicto armado, la cual entró en vigencia en nuestro ordenamiento en 1998, con la expedición de la Ley 340 de diciembre 26 de 1996; el Protocolo relativo a la prohibición del empleo en la guerra de gases asfixiantes, tóxicos o similares, y de medios bacteriológicos, firmado en Ginebra el 17 de junio de 1925 y la Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (Biológicas), y tóxicas y sobre su destrucción”, -Washington, Londres y Moscú, 10 de abril de 1972-, los cuales iniciaron su aplicabilidad en Colombia el 9 de diciembre de 1983 en razón a la Ley 10 de febrero 4 de 1980.

Figura también, la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, “hecha en Ginebra, el 10 de octubre de 1980”, así como sus cuatro (4) protocolos que inician su vigencia en nuestro medio el 6 de septiembre de 2000 en razón a lo previsto en la Ley 469 de agosto 5 de 1998 que prohíbe y restringe las armas con fragmentos no localizables, el empleo de minas, las armas trampa y otros artefactos, de armas incendiarias y armas láser cegadoras.

De la misma manera, tenemos la Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción, “hecha en París el 13 de enero de 1993”, la cual entra en vigor en Colombia el 5 de mayo de 2000 dada la expedición de la Ley 525 de agosto 12 de 1999, mientras que el Tratado de Ottawa, del 18 de septiembre de 1997, que estableció la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y ordenó su destrucción, rigió en Colombia a partir de la vigencia de la Ley 757 de julio 25 de 2002.

Se estima entonces, que de conformidad con los deberes previstos en el numeral 1º del artículo 34, la inobservancia por parte de quien ostente la calidad de servidor público, así como su omisión para que otros cumplan el contenido de los anteriores preceptos legales internacionales acogidos mediante ley en nuestro orden interno, puede constituir falta disciplinaria ante su trasgresión, pudiendo afrontar las respectivas consecuencias sancionatorias.

²⁶¹ Además de la violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, en suma de las conductas descritas como faltas gravísimas en el artículo 48.

Retomando el contenido de la Política Integral de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, expedida por el Ministerio de Defensa Nacional en el año 2007, en donde se recogen y definen los lineamientos que en materia de derecho internacional humanitario deben observar los miembros de la Fuerza Pública, notamos, en relación con el *principio de proporcionalidad*, que se ha previsto dentro de ella como factor indispensable el concepto de “disciplina”, el cual debe aplicarse en el campo operacional, especialmente en aquellas actuaciones que se desarrollan en medio de la población, sin olvidar que el aumento en el ritmo e intensidad de las operaciones de la Fuerza Pública, obliga a los comandantes a incrementar los controles sobre la tropa para evitar desbordes en el uso de la fuerza²⁶².

Como atrás se anotó, la Política Integral constituye un marco normativo respecto a la actividad de quienes integran la Fuerza Pública, tanto para los comandantes como para el personal subalterno, la cual enfatiza el ejercicio de la disciplina operacional en aras a evitar el desborde del uso legítimo de la fuerza concedido constitucionalmente, e insiste en que la labor misional no culmine en actuaciones violatorias de los principios humanitarios, como el referido a la proporcionalidad, razón por la cual, al catalogarse el documento de política integral como una orden superior, emitida por un funcionario competente, tanto su desconocimiento, como la inobservancia de los actos administrativos que de él se deriven, podrá conducir a la comisión de una conducta constitutiva de falta disciplinaria.

Como conclusión al presente módulo, es dable afirmar que la Rama Legislativa del Poder Público se ha preocupado por adoptar mecanismos jurídicos para la materialización y observancia del *principio de proporcionalidad*, el cual, si bien aún no es respetado integralmente dentro del contexto de las hostilidades que presenta nuestro país, su estudio ha constituido un avance hacia la concientización, especialmente en los miembros de la Fuerza Pública, acerca de la importancia de marginar a las personas y bienes resguardados con el estatuto de protección de los efectos derivados de ciertos usos y técnicas propias de la guerra.

En este orden de ideas, las reglas del *principio de proporcionalidad* que a su vez constituyen un deber funcional para los destinatarios de la ley disciplinaria, son:

- Propender el equilibrio entre la ventaja militar perseguida y los métodos o medio de guerra a utilizar en el desarrollo de las hostilidades, a fin de minimizar el daño colateral.
- Omitir el empleo de armas que no permitan diferenciar entre personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario de los combatientes y los bienes que son objetivos militares.

a. *Jurisprudencia*

Definido jurisprudencialmente como principio de precaución²⁶³, el *principio de proporcionalidad* emana del *principio de distinción*, partiendo de una concepción consuetudinaria según la cual, las operaciones militares deben realizarse con cuidado permanente a fin de tutelar a la población, a las personas y bienes que gozan de protección especial dada su naturaleza civil y además, tomando todas las precauciones necesarias para evitar, o reducir al máximo, el número de muertos y heridos, así como los daños a bienes, generados incidentalmente.

El principio en estudio, constituye una norma consuetudinaria de derecho internacional humanitario, y por su carácter fundamental se liga a la naturaleza del *ius cogens* del *principio de distinción*, siendo su derivación inmediata. Busca preservar los mismos valores esenciales y se cataloga por la Asamblea General de las Naciones Unidas como uno de los principios básicos en la búsqueda

²⁶² Ministerio de Defensa Nacional, Política Integral de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Bogotá. 2007.p.41.

²⁶³ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-291 de abril 25 de 2007, MP. Manuel José Cepeda Espinosa. Se destaca que las medidas de precaución en la ejecución y el desarrollo de ataques en la normativa internacional en materia de DIH, se distinguen de las reglas propias del principio de proporcionalidad.

universal de la protección de quienes no hacen parte de los conflictos armados y de los estragos de la guerra, con el fin de evitar heridas, pérdidas o daños.

Según la sentencia del 25 de abril de 2007 dictada por el doctor Manuel José Cepeda Espinosa, el *principio de proporcionalidad*, prevé reglas concretas consuetudinarias, aplicables a los conflictos armados internos. Una de esas reglas es la obligación de las partes en conflicto de hacer todo lo posible para verificar que los objetivos que se van a atacar ostenten la categoría de militares. Otra consiste en la obligación de tomar todas las precauciones posibles al elegir los medios y métodos bélicos a fin de evitar o minimizar el número de muertos, heridos y daños materiales causados incidentalmente y además, proteger a los civiles de los efectos de los ataques, dando aviso, en la medida en que las circunstancias lo permitan, con la debida anticipación y por medios efectivos, de cualquier ataque que pudiera afectar a la población civil. Además se debe optar, cuando se pueda elegir entre varios objetivos militares que representen una ventaja similar, por aquél cuyo ataque represente menos peligro para las personas y bienes civiles, distanciando a la población civil de la vecindad de los objetivos militares y abstenerse de ubicar objetivos militares en o cerca de áreas densamente pobladas.

Respecto a la prohibición de dirigir ataques contra la población civil, en el derecho internacional es una norma fundamental que confirma su naturaleza de *ius cogens* ya advertida, que al ser inobservada se constituye en una amenaza para la paz y la seguridad internacionales. Por lo tanto, a efectos de determinar si los ataques han sido dirigidos contra una población civil, la jurisprudencia internacional ha examinado las condiciones en que se generaron los hechos; como los medios y métodos utilizados durante el ataque; el número y la condición de “persona protegida” de las víctimas; la naturaleza de los crímenes cometidos durante el ataque; la resistencia a los atacantes durante el avance y la medida en la cual la fuerza atacante buscó cumplir con el *principio de proporcionalidad*.

A criterio de la Corte Constitucional, la prohibición de desarrollar actos orientados a aterrorizar a la población civil, constituye la segunda sub-regla en la que se aplica el *principio general de distinción* y a nuestro criterio el *principio de proporcionalidad*, al prohibir su utilización como medio de contienda, lo que permite entender la búsqueda de una protección de actos o amenazas violentos basados en el terror.

La protección de los civiles frente a los ataques indiscriminados, es una norma de derecho internacional consuetudinario, los cuales no pueden ser justificados, en ningún caso, ni siquiera cuando la población civil “obtenga algunos elementos no civiles” o se evidencie la presencia de combatientes. Los ataques se reconocen porque no están dirigidos contra un objetivo militar concreto; también porque se emplean métodos o medios de combate que no pueden dirigirse contra un objetivo militar concreto; o sus efectos no se pueden limitar y, en consecuencia, pueden alcanzar indistintamente, tanto a objetivos militares como a personas civiles o bienes de carácter civil.

Finalmente, el pronunciamiento jurisprudencial alude a la naturaleza consuetudinaria respecto de la prohibición de usar armas cuyos efectos son indiscriminados, es decir, que son incapaces de diferenciar entre objetivos civiles y militares, entre las cuales figuran las minas antipersonal y las armas incendiarias. Con relación a las minas antipersonal, sostuvo la Corte Constitucional, que el ámbito internacional requiere de acciones concertadas con los Estados que permitan contrarrestar eventuales violaciones a los derechos fundamentales de las personas, buscando la efectividad de la protección consagrada en la norma internacional, por lo que, la desproporcionalidad de los medios de guerra frente al fin que persigue y a los medios legítimos de combate internacionalmente aceptados, deben conducir a una actuación decidida de los Estados hacia la prohibición del empleo de armas de combate que excedan los fines bélicos, porque con ellas se desconoce, consecencialmente, la dignidad humana²⁶⁴ y con ella, el Estado Social de Derecho.

²⁶⁴ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-991 del 02de agosto de 2000, MP: Álvaro Tafur Galvis.

8.7. Autoevaluación

Caso 1

Vuelva a leer el caso propuesto al inicio de esta unidad. De acuerdo con lo estudiado en el módulo ¿cambiaría alguna de sus respuestas?

Caso 2.

Tropas del Ejército Nacional, previo estudio de inteligencia, tenían la misión de interceptar y detener dos vehículos particulares que contendrían armas y municiones con destino a las FARC, para lo cual se instalan dos puestos de control dentro del trayecto por el cual se movilizarían los rodantes.

Hacia las 10:30 pm, un vehículo con descripciones similares a las previstas en los estudios de inteligencia que precedieron a la misión, omitió la señal de alto al pasar por el puesto de control, por lo que el oficial al mando ordenó elevar disparos al aire, sin que el vehículo hiciera la detención correspondiente, por lo cual, el comandante ordena que si el otro vehículo no se detiene a la señal de alto, se abra fuego contra el mismo.

Veinte minutos después pasa por el puesto de control otro vehículo con características similares al primero, el cuál al ver la señal de alto aumenta la velocidad por lo que los soldados abren fuego que causa heridas al conductor del rodante, generando que se saliera de la carretera por perder el control del automotor, en el cual, efectivamente se encontraron armas y municiones. No obstante en el vehículo iba un menor de edad que tras resultar herido, murió horas más tarde.

A su vez, en el cruce de disparos se afecta otro vehículo particular, cuyo conductor se sale de la carretera al no poder parar oportunamente, produciéndose heridas a él y a su menor hijo.

Preguntas

- ¿Considera que la acción militar dirigida contra el rodante cuyas características eran concordantes con los estudios de inteligencia respetaron el principio de distinción? ¿Por qué?
- ¿La acción militar se dirigió contra un objetivo militar? ¿Las personas que se desplazaban en la camioneta podían ser consideradas sujetos de ataque?
- ¿La muerte del menor que se movilizaba en la camioneta puede considerarse un daño colateral?
- ¿Considera que la acción respetó el principio de proporcionalidad? ¿Por qué?
- ¿Al comandante de la operación militar podría atribuírsele alguna falta disciplinaria? ¿Cuál? Explique las razones.

9. *Bibliografía del Módulo*

Aponte, Alejandro, Protocolo para el Reconocimiento de Casos de Violaciones a los Derechos Humanos e Infracciones al Derecho Internacional Humanitario con Énfasis en el Homicidio en Persona Protegida, Vicepresidencia República de Colombia, Bogotá, 2008.

Aponte, Alejandro, "Análisis Crítico de la Jurisprudencia Penal Nacional de Crímenes Internacionales: El Caso Colombiano", en: *Latainamerika Analysen* 18, Hamburgo, 2007.

Barbosa, Gerardo, Gómez, Carlos, Bien Jurídico y Derechos Fundamentales sobre un Concepto de Bien Jurídico para Colombia, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998. CICR. Comentarios Al Protocolo Adicional A Los Cuatro Convenios De Ginebra. 8 de junio de 1977.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos Tercer Informe sobre derechos humanos en Colombia, 1999.

Comité Internacional de la Cruz Roja, Interpretive guidance on the of Direct participation in hostilities under international humanitarian law, CICR, Ginebra, 2009.

Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-574 del 28 de Octubre de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón.

Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-225, 18 de Mayo de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-070, 22 de Febrero de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-467 de septiembre 25 de 1997. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Colombia, Corte Constitucional, sentencia de constitucionalidad C-582 de 1999, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.

Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-156, 10 de Marzo de 1999, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

Corte Constitucional. Sentencia C-991 de agosto 2 de 2000. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

Colombia, Corte Constitucional, sentencia SU-1184, 13 DE Noviembre de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-251, 11 de Abril de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés Vargas Hernández.

Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-578, 30 de Junio de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 15 de Febrero de 2006, M.P. Edgar Lombana Trujillo, Proceso No. 21330.

Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-590, 8 de Junio de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-291, 25 de Abril de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-534, 28 de mayo de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 27 de Mayo de 1999, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, Proceso No. 12661.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 2 de Diciembre de 2008, M.P. José Leónidas Bustos Martínez, Proceso No. 30743.

De Mulinen, Frédéric. *Manual sobre el derecho de la guerra para las Fuerzas Armada*, Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1991.

Foglia Mariana, *El derecho internacional humanitario en la lucha contra el terrorismo post 11-S debate y perspectiva*, Centro Argentino de Estudios Internacionales, 2006.

González, Monguí, Pablo (compilador), *Derecho internacional humanitario*, Bogotá, Universidad libre, 2007.

Guastini, Riccardo, "La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: El Caso Italiano", en *Neoconstitucionalismo(s)*, TROTTA, Madrid, 2005.

Guisández, Gómez, Javier, "El proceso de la decisión del comandante y el derecho internacional humanitario. Acciones hostiles y objetivos militares", en *memorias del III curso de asesores jurídicos operacionales*, realizado del 04 al 07 de octubre de 2004.

Hefendehl, Roland (ed.), *La Teoría del Bien Jurídico ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o Juego de Abalorios Dogmáticos?*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

Henckaerts, Jean-Marie, Doswald-beck, Louise, *El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario*, Comité Internacional de la Cruz Roja, p. 63. [http://www.cicr.org/Web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/pcustom/\\$File/ICRC_003_PCUSTOM.PDF](http://www.cicr.org/Web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/pcustom/$File/ICRC_003_PCUSTOM.PDF) consulta del 29 de Junio de 2009.

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

Hobbes, Thomas, *Leviatán o la Materia – Forma y Poder de una República Eclesiástica y Civil*, Fondo de Cultura Económica, México, 2006.

Jakobs, Günther, "Derecho Penal del Ciudadano y Derecho penal de enemigo", en *Derecho penal de enemigo*, Editorial THOMSON CIVITAS, Navarra, 2006.

Jakobs, Günther, *Sobre la Normativización de la Dogmática Jurídico-Penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.

Jakobs, Günther, *Sociedad, Norma, Persona en una Teoría de un Derecho Penal Funcional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.

Jakobs, Günther, *El Concepto Jurídico Penal de Acción*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.

Jakobs, Günther, *Acción y Omisión en Derecho Penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000.

López, Diego, Interpretación Constitucional, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Bogotá, 2006.

Mejía Azuero, Jean Carlo, "Armas de precisión y respeto al derecho operacional en Colombia. Tiradores escogidos garantía del cumplimiento del derecho internacional de los conflictos armados (DICA)", en Prieto Sanjuan, Rafael (editor académico), Conducción de hostilidades y el derecho internacional humanitario a propósito del centenario de los convenios de la Haya, Bogotá, Biblioteca Jurídica DIKE 2007.

Ministerio de Defensa Nacional. Política Integral de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. Bogotá. 2007.

Montealegre, Eduardo, Perdomo, Jorge, Funcionalismo y Normativismo Penal Una Introducción a la Obra de Günther Jakobs, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.

Oficina del Alto Comisionado para las Naciones Unidas- Defensoría del Pueblo. Manual de calificación de conductas violatorias. derechos humanos y derecho internacional humanitario. Volumen II.2004 P. 124.

Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Informe sobre su Misión de Observación en el Medio Atrato. Tomado de: Oficina del Alto Comisionado para las Naciones Unidas- Defensoría del Pueblo. Manual de calificación de conductas violatorias. Derechos humanos y derecho internacional humanitario. Volumen II.2004.

Olásolo Alonso, Héctor, Ensayos sobre la Corte Penal Internacional, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2009.

Olásolo Alonso, Héctor, Ataque contra personas o bienes civiles y ataques desproporcionados, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.

Peñaranda, Enrique, Suarez, Carlos, Cancio, Manuel, Un Nuevo Sistema del Derecho Penal: Consideraciones sobre la Teoría de la Imputación de Günther Jakobs, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999.

Polaino-Orts, Miguel, Derecho penal de enemigo-Desmitificación de un Concepto, Editora Jurídica GRIJLEY, Lima, 2006.

Prieto Sanjuan, Rafael (editor académico), Conducción de hostilidades y el derecho internacional humanitario a propósito del centenario de los convenios de la Haya, Bogotá, Biblioteca Jurídica DIKE 2007.

Quéguiner Jean-François, "working paper direct participation in hostilities under international humanitarian law", 2003, <http://www.ihlresearch.org/ihl/pdfs/briefing3297.pdf>. Consulta del 10 de Julio de 2009.

Ramelli, Alejandro, "Personas y Bienes Protegidos por el Derecho Internacional Humanitario", en Lecciones de Derecho Penal Parte Especial, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.

Ramelli, Alejandro, La Constitución Colombiana y el Derecho Internacional Humanitario, Bogotá, 2005.

Roger, A.P.V, Law on the battlefield , 2 edición, Manchester University Press, Manchester, 2004.

Roger, A.P.V, Malherbe, Paul, Modelo de Manual acerca del derecho de los conflictos armados, Comité Internacional de la Cruz Roja.

Roxin, Claus, Política Criminal y Estructura del Delito, PPU, Barcelona, 1992.

Roxin, Claus, Derecho Penal Parte General, Tomo I, Thomson-Civitas, Madrid, 2006.

Sassòli, Marco, "legitimate target of attacks under International Humanitarian Law", Harvard Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, 2003, <http://www.oajc.at/recht/Session11.pdf>. Consulta del 03 de Julio de 2009.

Teitelbaum, Alejandro. El Estatuto De La Corte Penal Internacional. Representante permanente en Ginebra de la Asociación Americana de Juristas. 17 de marzo del 2001.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, sala de apelaciones, sentencia de segunda instancia del 02 de octubre 1995, caso Dusko Tadic.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, sala de primera instancia, sentencia de primera instancia del 14 de enero de 2000, caso IT-95-16-T.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, sala de primera instancia, sentencia de primera instancia del 31 de enero de 2005, caso IT-01-42-T.

Uprimny, Rodrigo, Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y Proceso Penal, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Bogotá, 2006.

UK Ministry of Defence, The Manual of the law of armed conflict, Oxford University Press, New York, 2004.

Este libro se terminó de producir
en los talleres gráficos de
EDIPRIME LTDA.
PBX: 482 9393
Bogotá, D. C. - Colombia