

DERECHO PENAL

Delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario

Los delitos contra el orden económico social en el nuevo Código Penal colombiano

La vigencia del recurso extraordinario de casación penal frente al nuevo Código de Procedimiento Penal

Los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales en el nuevo Código Penal colombiano

DELITOS CONTRA PERSONAS Y BIENES PROTEGIDOS POR EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

*Augusto J. Ibáñez Guzmán**

La Dirección del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Universidad Externado de Colombia me cursó invitación para intervenir en las xxxiii Jornadas Internacionales de Derecho Penal, dentro del marco general del tema “Principales reformas de la Parte Especial en el nuevo Código Penal”, escogiendo nosotros el análisis de la nueva codificación desde el punto de vista del Derecho Internacional, especialmente del Derecho Internacional Humanitario (DIH), en punto de los “delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario”.

La metodología que aplicaremos será: Primero estudiaremos, en general, la situación de estas vulneraciones de rango internacional en la óptica del Código anterior, y básicamente en lo relacionado con la detección de las adecuaciones y los vacíos existentes; en segundo lugar, la situación de los atentados respecto de la función del llamado “Bloque de constitucionalidad” y la globalización; finalmente, las precisiones generales sobre la tipología que trae el Código Penal de 2000 y su confrontación con los diversos elementos e instrumentos internacionales ratificados por Colombia o en proceso de ratificación.

* Profesor titular de la Universidad Externado de Colombia, y de derecho penal de la Pontificia Universidad Javeriana.

I. EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y SUS APLICACIONES EN DERECHO INTERNO

El Derecho Internacional Humanitario no es una regulación para obtener la paz sino para regular la guerra, trátase de conflicto internacional o interno. Para la regulación contenida en el Código Penal del 80, las vulneraciones del DIH se observaban y tramitaban como ilegalismos ordinarios, conforme a las reglas contenidas en su cuerpo.

El Derecho Internacional Humanitario como conjunto de reglas de guerra es tomado como la regulación del conflicto, es decir, significa reglas de beligerancia. La normatividad interna rehusó por muchos años utilizar esta expresión, pues se entendía que beligerancia era sinónimo de segregación territorial, y de esta manera la ratificación de los Convenios de Ginebra y sus Protocolos fue bastante dificultosa.

En suma, no se compaginaban las regulaciones internacionales de derechos humanos, de Derecho Internacional Humanitario con las de derecho interno.

El Código Penal del 80, como se demostrará, observaba y entendía las vulneraciones a los derechos humanos y especialmente del Derecho Internacional Humanitario como delitos, en la traducción que el derecho interno daba a dichos quebrantos.

Así, por ejemplo, casos como el de la UP (Unión Patriótica) fueron tratados como un homicidio agravado en concurso homogéneo sucesivo. Nos preguntamos si ello quiere decir que en la regulación interna existiera impunidad. Creemos que, en principio, no, pues la regulación interna poseía canales para observar y tramitar un proceso de tales dimensiones. En la práctica, en muchos casos la situación fue de extrema violencia, pues la discusión se centró en la competencia y jurisdicción para el estudio de tales atentados con largo y nada pacífico debate entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción militar. Hubo entonces que acudir en algunas oportunidades a Tribunales Internacionales de Tutela de Derechos Humanos para estudiar una masacre, para observar una desaparición forzada, para entender una persecución. Dichos Tribunales Internacionales en oportunidades conocidas sancionaron al Estado colombiano.

Téngase en cuenta que la sanción al Estado colombiano era al Estado y no a las personas que realizaron los actos, lo que correspondía analizar internamente, como una especie de “falla del servicio” de estudio en la jurisdicción contenciosa. Y los autores, partícipes y, en fin, cómplices, desde el punto de vista penal, quedaban sin sanción o con sanciones mínimas; que en caso de ser sancionados, en la mayoría de los eventos lo eran por delitos de mínima importancia.

Una vulneración de derechos humanos, de Derecho Internacional Humanitario, podría entonces tener tres consecuencias y una percepción. Una consecuencia de tipo penal, traducción de la aplicación de la norma en el Código Penal del 80 con las dificultades antes señaladas; una consecuencia en derecho de los derechos humanos en donde era

sancionado el Estado por Tribunales Internacionales de Derechos Humanos; y una consecuencia hipotética frente al Derecho Internacional Humanitario, que quedaba como una mera manifestación de rechazo por parte de Organizaciones No Gubernamentales y gubernamentales que generaban la percepción de impunidad en Colombia.

Así las cosas, una masacre, un genocidio, una desaparición forzada, una vulneración a bienes o personas protegidos, o un desplazamiento forzado, por colocar unos ejemplos, serían básicamente desarrollados de la siguiente manera: una masacre, que no es término jurídico sino periodístico, se observaba como un homicidio en concurso homogéneo sucesivo y agravado. No existía allí la posibilidad de encontrar un punto de referencia normativo para visualizar, por ejemplo, el sujeto activo, la línea de conducta del autor o autores, los móviles políticos, religiosos o de terrorismo; por supuesto la visión es bastante corta. Un genocidio sería observado también como un homicidio homogéneo sucesivo, que no tenía la viabilidad de encontrar la línea técnica de conducta, su descripción como desarrollo de destrucción total o parcial de un grupo humano, la ponderación de existencia del mismo cuando existían desarrollos del delito por medio de atentados de carácter sexual, en fin, el marco de aplicación era bastante deficitario. El desarrollo de esta figura fue apoyado por la suscripción y ratificación de varios instrumentos internacionales. La desaparición forzada fue vista como un delito de secuestro, sin que la parte o núcleo fundamental de protección quedara tutelada; es el caso de no ofrecer noticia de paradero o negarse a darla; se recuerda que la desaparición como tal, como hecho fáctico, Colombia la desarrollaba dentro de las normas civiles en la figura de muerte por desaparición; anotación histórica sobre el tema que tiene relación con lo que estudiamos, es el caso de los desaparecidos del Palacio de Justicia, en donde debieron ser solucionadas las inquietudes por medio de instrumentos no propiamente penales, como el levantamiento hipotético de cadáveres y algunos casos que aún están en espera de definición. Los atentados contra bienes y personas protegidos de derecho internacional no tenían respuesta penal interna, pues se creía que el problema de Colombia no era un tema relacionado con el Derecho Internacional Humanitario, sino con tensiones sociales que producían consecuencias jurídico-penales ordinarias; el homicidio, la violación carnal, la utilización de medios y métodos de guerra ilícitos, la perfidia, los actos de barbarie, los actos de discriminación racial, son temas que eran manejados como simple homicidio o violación carnal o terrorismo, o definitivamente no tenían respuesta en el marco penal ordinario. El concepto de protección que deviene del marco de innumerables reglas, unas del *ius cogens*, de normas regulativas de la guerra, no tenían aplicación en nuestro medio por las dificultades políticas y además por la discusión sobre la aplicación y vigencia de los tratados internacionales en la legislación interna; dificultades políticas que han encontrado, si no aceptación de hechos, por lo menos preocupación por las reacciones internacionales, y discusión sobre aplicación y validez de los tratados e instrumentos internacionales, que se supera mediante el llamado “Bloque de constitucionalidad”. En el caso del desplazamiento forzado, podría pensarse en una situación muy parecida al constreñimiento ilegal, sin que se estudiaran realmente las circunstancias de conflicto, las circunstancias de desarraigo territorial y, sobremanera, la modalidad cada vez más creciente y multitudinaria de víctimas de estos hechos.

Se realizaron varios intentos por tipificar los crímenes que apuntan al desarrollo legislativo a que aludimos, y aparentemente la solución consistió en poner en funcionamiento el artículo 121 de la Constitución de 1886, el muy conocido Estado de sitio, y en cierta forma algunas de las conductas antes citadas dieron marco para decretos especiales en desarrollo de esa potestad legislativa del ejecutivo, casos concretos, la asimilación de muchas conductas de orden público turbado como de terrorismo y la protección y tutela de candidatos presidenciales, profesores universitarios, comunicadores, etc.

En años anteriores se presentaron al Congreso de la República varias iniciativas, especialmente en lo relacionado con el genocidio y los denominados crímenes de lesa humanidad: proyecto de Ley 224/88, que fuera varias veces presentado y que también se radicó con el número 30 de 1990 (Cámara). Posteriormente cursaron los proyectos de Ley 152/92 (Senado), 227/93 (Senado) y 331/93 (Cámara). Todos los proyectos anteriores se unificaron en Ley aprobada en 1994. La Ley fue objetada en la administración del Presidente CÉSAR GAVIRIA, que la consideró inconstitucional e inconveniente; inconstitucional en cuanto al fuero militar y a la obediencia debida (art. 8.º incisos 3 y 4), e inconveniente porque se consideró que el artículo 2.º violaba el principio de proporcionalidad. Tiempo después se presentó el proyecto de Ley 129/97, que no fue debatido. Finalmente se lograron dos importantes avances en la materia: uno a través de lo que se denominó la Ley de desaparición forzada y el otro el nuevo Código Penal, Ley 599/00.

Aquí es válido argumentar que el problema de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario se debe introyectar al concierto social y masificar; al canto, las palabras de SÁNCHEZ Y QUESADA:

Los derechos humanos son de todo ser humano (como los políticos lo son de todos los nacionales de cada Estado) pero, además, todos hemos de sentirnos implicados en su respeto. No sólo por un supuesto “humanitarismo” solidario sino, incluso, por un sentido práctico y hasta si se quiere egoísta, que no pasa desapercibido a quienes viven la problemática de los derechos humanos. Pensar en clave de derechos humanos es convencerse de que forman parte de la vida cotidiana de todos sin excepción, pues, consciente o inconscientemente, vivir en sociedad –y especialmente si se pretende democrática–, comporta vivir con los derechos del hombre que viene a ser “como el aire que estamos habituados a respirar” sin darnos cuenta que nos falta [...]. Así pues, los derechos humanos han de seguir avanzando peldaños en sus sistemas de protección pero, sobre todo, han de ir introduciéndose en la mentalidad de todas las capas sociales (y, principalmente, de las jóvenes generaciones) como la mejor garantía de su respeto “preventivo”. Una política de fomento de dicho respeto no sólo llevaría a evitar muchas de las violaciones puntuales o concretas que conocemos incluso en los países democráticos, sino también a contrarrestar los riesgos de involución a que toda comunidad política está expuesta.

En este marco de interpretación, de falencias y de intentos por adecuar las normas internas a las normas internacionales en la materia, es que surge el gran debate y necesidad de propiciar una reforma que tenga en cuenta estas pretensiones.

II. EL “BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD” Y LA GLOBALIZACIÓN

Una visión general a la situación internacional frente a algunos atentados, que se considera graves atentados contra bienes tutelados a ese nivel, nos permite afirmar que existe una verdadera inclinación al robustecimiento de lo que podría denominarse “derecho penal internacional”.

Esta expresión del derecho penal funge hoy como una verdadera subespecialización en materia penal, y desde luego existe la tendencia a pensar que lo que en el fondo se presenta es una verdadera “política criminal internacional”. Esta política criminal posee instrumentos y estrategias para lograr una gestión interna y externa frente a estos atentados. Por ello hace parte de la llamada globalización, que no es ajena al derecho penal sin la aplicación de instituciones tan antiguas como el “abandono noxal”, que puede resultar ser el antecedente mediato de la extradición; o el caso del “Estatuto Universal”, que permite, de siempre, la persecución del delito, sea cual fuere el lugar, el sujeto, el derecho tutelado, etc., y que juega sin duda como el fundamento de la persecución a antiguas dictaduras, como son los casos Pinochet en Chile y la Junta Militar en Argentina; pero también elementos nuevos como la sanción y la persecución a las violaciones cambiarias y de aranceles en la Comunidad Económica Europea, o la sanción al terrorismo o al secuestro de naves o aeronaves con todas las implicaciones que tiene para éste que se disponía ser un negocio internacional.

Por eso las estrategias de política criminal son claras y evidentes; unas mediante el reforzamiento de la legislación interna (léase políticas de reforzamiento), tal es el caso de la Convención de Viena contra el narcotráfico, la prohibición de minas antipersonales, el terrorismo, la financiación del terrorismo, el lavado de activos, el genocidio, etc. Esta estrategia que denominamos política de reforzamiento tiene como característica especial que los países que aprueban y ratifican dichos instrumentos se comprometen a crear una legislación en la materia, a reformular la legislación que poseen o a otorgar especial y drástica sanción a las mismas.

También se observan allí algunas estrategias que hacen parte de la política criminal en mención, en donde los Estados realizan persecución a los grandes atentados creando una Corte global con estructura y mecanismos aparentemente efectivos, estrategia que podría llamarse de “Globalización de la justicia”, con lo que nos referimos a la creación y puesta en vigencia de la Corte Penal Internacional. Éste es, pues, un nuevo concepto de soberanía diferente al de “Estado-Nación”, en donde la noción de extradición se pierde, pues la jurisdicción de la Corte es universal. El *ius puniendi* ya

no corresponde al Estado sino a la comunidad internacional. Dentro de este marco se encuentran el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra.

Elemento éste que no es novedoso, baste recordar el juzgamiento de posguerra que se ofreció en los Tribunales de Nuremberg y de Tokio; y lo que ha sucedido con respecto a la creación de los Tribunales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda. No sin dejar de hablar de la posibilidad de la creación de un Tribunal conjunto en el caso de Sierra Leona, que compartió interés por medio de una denominada “Comisión de la verdad”. De todo ello se podría decir que se trata de una creación e interpretación del derecho penal a través de las víctimas.

La guerra, el conflicto armado en general, han hecho que el derecho se masifique, se logren puntos de acuerdo sobre su protección y, en fin, establecer una persecución, ahora de carácter individual. En efecto, no sólo el concepto de “soberanía” ha cedido por las razones anotadas, sino que la responsabilidad ha pasado de la mera reflexión sobre la falla del servicio, propia de la teoría administrativista y frente y con respecto al Estado, temas que manejaban con buen criterio los cultores de los derechos humanos, a la esfera de la responsabilidad penal individual, en el ámbito internacional.

En suma, en este estado de la discusión no cabe la menor duda acerca de los siguientes tópicos:

- * Una creación de justicia supranacional.
- * Una precisión de bienes jurídicos de interés multinacional.
- * Un cambio en el concepto y contenido de la soberanía.
- * La aceptación multilateral de jurisdicciones y competencias.
- * Un reconocimiento de persecución de la macro-vulneración.
- * Una apreciación jurídica y de derecho penal global.

Y del lado del reforzamiento interno encontramos los instrumentos internacionales que se refieren a los “derechos humanos”, tutela y protección de los mismos. Allí se observa como destinatario al Estado y su incumplimiento acarrea una responsabilidad estatal, que no propiamente de contenido penal, como sucede en el Pacto de San José, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en la Convención sobre los derechos del niño, en la Convención estatuto sobre refugiados, en la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, en los Convenios de Ginebra y sus protocolos adicionales.

El hilo conductor entre reforzamiento interno y la corte global se encuentra en los denominados crímenes de genocidio, lesa humanidad y de guerra.

Éstos últimos regulados por medio de las convenciones de Ginebra y sus protocolos adicionales. Puntos de interés para crear las condiciones mínimas o máximas de una guerra, un derecho en la beligerancia, es decir, unas normas de beligerancia. Básicamente a ello se denomina Derecho Internacional Humanitario.

La Corte Constitucional sobre el punto dijo:

La Constitución colombiana limita expresamente la competencia de las instancias creadoras y aplicadoras del derecho, en beneficio de la obligatoriedad plena de los principios del Derecho Internacional Humanitario. Los expertos en derecho constitucional –defensores por lo general de la teoría dualista en materia de relaciones entre el derecho interno y derecho internacional– suelen presentar objeciones a esta idea de limitación del derecho nacional, en vista de que la obligatoriedad de estas normas supraconstitucionales, cuya contingencia escapa a los poderes públicos nacionales, violaría el postulado de la soberanía nacional. Frente a semejante temor es preciso hacer algunas aclaraciones:

En primer lugar, la idea de soberanía nacional no puede ser entendida hoy bajo los estrictos y precisos límites concebidos por la teoría constitucional clásica. La interconexión económica y cultural, el surgimiento de problemas nacionales cuya solución sólo es posible en el ámbito planetario y la consolidación de una axiología internacional, han puesto en evidencia la imposibilidad de hacer practicable la idea decimonónica de soberanía nacional [...]

En segundo lugar, es necesario desvirtuar la idea según la cual los compromisos constitucionales con los valores y los principios, son declaraciones programáticas que sólo poseen obligatoriedad jurídica en la medida en que tenga lugar su desarrollo en reglas de aplicación inmediata. De acuerdo con esto, la referencia constitucional a los principios del Derecho Internacional Humanitario tendría este carácter de obligatoriedad en sentido débil. Se trataría de una tímida recomendación, no de una norma jurídica [...]¹.

Coincide lo anterior con el llamado “Bloque de constitucionalidad”, concepto que ofrece plena aplicación e interpretación a los tratados públicos ratificados por Colombia. Ordena el artículo 93 de la Constitución Política:

Artículo 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

Esta orden ofrecida por el legislador, por el constituyente, lo es también para el control de constitucionalidad, y así las cosas, empezáramos por afirmar que si las normas

1. Corte Constitucional. Sentencia C-574, octubre 22/92.

internas no resultan acordes con dichos tratados, deben ser declaradas inexecutable; y si las normas internas no contradicen el cuerpo del tratado pero no coinciden con el mismo, el Estado estaría incumpliendo compromisos de carácter internacional.

En suma, el marco internacional señala los derroteros de protección en persona y bienes protegidos, bajo el auspicio del Derecho Internacional Humanitario. La reforma penal que ha entrado en vigencia debe coincidir con dichos tratados; de no hacerlo, se entraría a la reflexión de inexecutableidad en caso de contradicción o de incumplimiento de los compromisos internacionales. Entraremos al estudio de ello de manera puramente general.

Pero, aunque la Constitución hable y ordene interpretación y aplicación conforme a los tratados públicos ratificados, no es menos obligatoria la aplicación y adopción de medidas que desarrollen y no contrapongan tratados internacionales, que sin ser ratificados por Colombia, han sido firmados por el Estado colombiano, como es el caso del Tratado de Roma, o de constitución y creación de la Corte Penal Internacional.

Aparentemente el anterior argumento es exótico, pero no lo es si se tiene en cuenta que el Tratado de Roma es un tratado *sui generis*, es decir, aprobado por la conferencia de plenipotenciarios de Roma, y abierto a la firma y ratificación de los Estados. Lo que implica la firma de este tratado es un doble compromiso; por una parte, el de acoplar la legislación interna y no crear normas que le sean contrarias y, por otra, propiciar la ratificación del mismo. Ello indica que, cuando el Estado colombiano suscribió el tratado, en diciembre de 1998, comprometió la voluntad del Estado a lo ya dicho. Luego, la reforma penal que entró en vigencia recientemente debería guardar los compromisos adquiridos por el Estado colombiano en esta materia.

El primer marco de utilidad frente al Derecho Internacional Humanitario está dado por las normas que regulan las hostilidades militares y que condicionan los métodos de combate, obvio, en protección de la persona humana, se trate de combatientes o de no combatientes, dando aplicación a los Convenios de Ginebra y sus protocolos. Este marco, al decir de BOTERO BEDOYA, “se amplía si se aplican las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En esta forma, los Estados están obligados a mantener, en todo tiempo, un mínimo de derecho vigente y de garantías ciudadanas, que ni siquiera en tiempos de conflicto, disturbios o tensiones pueden ser suspendidos. Así, por ejemplo, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas y la Convención Americana de Derechos Humanos establecen una lista taxativa de derechos que deben ser garantizados por el Estado aun en tiempo de graves crisis. Tales derechos son: el derecho a la vida (arts. 4.º y 6.º); prohibición de tortura y otros tratos o penas crueles, infamantes o degradantes (arts. 5.º y 7.º); prohibición de esclavitud (arts. 6.º y 8.º); no retroactividad de la Ley penal (arts. 9.º y 15); personalidad jurídica (arts. 16 y 18); libertad de conciencia y religión (arts. 12 y 18), respectivamente. Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos establece una lista

adicional de derechos intangibles e inderogables: a la familia (art. 23); derechos del niño (art. 19); a la nacionalidad (art. 29); y derecho de participación (art. 11)”².

Las normas del Derecho Internacional Humanitario en cuanto a protección de personas y bienes, obligan a los contendientes en todo tiempo y lugar a determinadas conductas en tratamiento de heridos, enfermos, métodos de guerra, etc. Esta obligación es para las partes, con p minúscula, que es diferente a Partes, con P mayúscula, que refieren a los Estados.

El derecho de La Haya se refiere a los derechos y deberes de los beligerantes, límites para causar daño al enemigo, que se encuentra en la declaración de San Petersburgo de 1968, en la declaración sobre armas que se hinchan o aplastan fácilmente en el cuerpo humano, 1889, y en los Convenios de La Haya de 1889. Idea de especial valía se encuentra en los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales.

Colombia ha adoptado casi todos los tratados internacionales relativos a la regulación de las hostilidades, límites a la guerra, protección de personas y objetos, usos y límite de armas. Así:

- La Ley 5.^a de 1960 aprobó los cuatro Convenios de Ginebra, a saber:
- Para aliviar la suerte que corren los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña.
- Para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar.
- Relativo al trato debido a los prisioneros de guerra.
- Relativo a la protección de la población civil.
- La Ley 29 de 1930, que aprueba el tratado sobre la renuncia a la guerra.
- La Ley 17 de 1930, aprobatoria de la Convención relativa a los deberes y derechos de los Estados en casos de luchas civiles.
- La Ley 10.^a de 1980, que aprueba el tratado relativo a la prohibición del empleo en la guerra de gases asfixiantes, tóxicos o similares y medios bacteriológicos.
- Además, Colombia aprobó el Protocolo I en 1992, y el Protocolo II se encuentra vigente por Ley 171 de 1994. Relativo a la protección de las víctimas en conflicto armado sin carácter internacional.

Todo lo anterior ingresa al llamado “Bloque de constitucionalidad” y hace parte de la llamada “Globalización de la justicia o Globalización de la persecución a los macroatentados a nivel internacional”.

Son pues compromisos internacionales del Estado colombiano, de obligatorio cumplimiento por vía del “Bloque de constitucionalidad” y que actúa en señalamientos

2. REINALDO BOTERO BEDOYA. Introducción al Derecho Internacional Humanitario, “Cultura para la Paz”, Memorias del diplomado, p. 357.

mínimos y genéricos con respecto a las diferentes circunstancias que regula. En el marco de los derechos humanos como barrera de contención del Estado y en el marco del Derecho Internacional Humanitario como mínimos regulativos del conflicto internacional y del conflicto no internacional. Pero ambos son protección a la persona humana y por ella a los bienes que producen el concepto de protección.

Colombia, al haber ratificado los cuatro Convenios de Ginebra y los Protocolos, como Parte ha de cumplir estos propósitos mínimos y que en tratándose de un conflicto no internacional posee las obligaciones de los Convenios y Protocolos, en especial en el cumplimiento de la norma artículo tercero común. Estas obligaciones no sólo son para el Estado sino para los combatientes, es decir, para las partes en conflicto. La expresión “combatiente” incluye tanto al Estado colombiano como a todos los grupos irregulares, pues combatiente es una palabra relacionada con el conflicto, y por tal razón caben allí la insurgencia y los grupos de autodefensa. La guerra no posee calificativos diferentes a la de combatiente.

La protección otorgada inicia su eficacia en cuanto se hable de enfermo, herido, náufrago, es decir, “no combatiente”, y dentro de ellos la población civil, que encuentra su protección en tanto y en cuanto no realicen actividades bélicas, pues de hacerlo ya no serán no combatientes sino combatientes.

Resaltemos que los combatientes lo son por razón del conflicto y dentro del conflicto, así como los bienes protegidos lo serán en cuanto presten un servicio humanitario, como se verá en el caso especial del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) o de la Media Luna Roja; o casos como los hospitales, las clínicas, los centros religiosos que están en cuanto poseen una relación con los no combatientes y especialmente con la población civil.

Estos mandatos internacionales que han de ser desarrollados en la legislación interna deben coincidir por las razones antes mencionadas, y lo más importante en este punto es que por lo menos, desde la arista de la Corte Penal Internacional y a efectos de la cosa juzgada y del derecho aplicable, se hable de una imputación fáctica que propenda por la atribuibilidad de hechos configurantes de un instituto y no del instituto en sí mismo considerado.

Éste es el panorama desde el punto de vista internacional, que ha de seguir la proyección encontrada en la nueva regulación contenida en el Código Penal, es decir, en la Ley 599/00.

III. LA TIPOLOGÍA DEL NUEVO CÓDIGO PENAL CON RESPECTO AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

En el proyecto presentado a estudio de las Cámaras Legislativas por la Fiscalía General de la Nación se encuentran varias justificaciones y análisis de las figuras que hacen parte del Derecho Internacional Humanitario.

En una visión macro de las obligaciones del Estado, tal como lo resaltamos en el acápite anterior y siguiendo la línea de las figuras consignadas en el Tratado de Roma, era aconsejable se hubiese creado una rúbrica especial que podría denominarse “Delitos contra la humanidad”, en la cual se ubicarían figuras tales como el genocidio, los delitos de lesa humanidad y los delitos de guerra. Tal posibilidad no tuvo suerte en la iniciativa y en el trámite.

En la exposición de motivos señalada se afirma que dentro del marco de la novedad y actualización se encuentran los delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario y se dijo:

Complementariamente a lo anterior, los nuevos bienes de naturaleza colectiva apreciados por la sociedad colombiana en evolución, tienen también su respaldo en este proyecto, pues será tema de debate la inclusión en el catálogo punitivo, de la manipulación genética o los delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, entre otros³.

En líneas posteriores la exposición de motivos divide en dos acápites el tema objeto de análisis, refiriéndose por una parte a Los delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario y por otra parte a los delitos de graves violaciones a los derechos humanos⁴.

En el acápite correspondiente a los delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario precisa el alcance de este bien jurídico protegido, como que es una referencia y relación al DIH que busca humanizar los conflictos armados reglando la conducción de hostilidades y buscando la protección de las víctimas. Sin duda, y estamos de acuerdo, es un catálogo axiológico. Afirma además que es la respuesta interna al ordenamiento contemplado en los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto/49 y los Protocolos adicionales. Apunta a los antecedentes de los Convenios y resalta que éstos hacen parte de la legislación interna, así como también la normatividad a la cual hicimos relación y que ha sido aprobada por el Estado colombiano, la Convención de La Haya, la Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas, biológicas, tóxicas, y sobre su destrucción. Realiza la importante declaración siguiente:

En la situación de conflicto armado interno que padece Colombia, muchas de las conductas vulneratorias o amenazadoras de derechos humanos, constituyen a la vez infracciones al Derecho Internacional Humanitario. Son ellas acciones u omisiones con las cuales quienes participan directamente en las hostilidades –los combatientes– incumplen los deberes o quebrantan las prohibiciones que

3. FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Proyecto de Ley por la cual se expide el Código Penal, Imprenta Nacional, agosto de 1998, p. 9.

4. Ob. cit., pp. 36 a 43.

les ha impuesto el artículo tercero común a los cuatro Convenios de Ginebra y al Protocolo II adicional⁵.

Establece el sujeto activo de dichas infracciones, cual es:

... cualquiera de las personas que dentro de un conflicto armado combaten a favor de una u otra parte contendiente⁶.

Tales conductas se denominan crímenes de guerra. En verdad y sin duda también mostramos conformidad con la manifestación según la cual dichas conductas atentatorias vulneran bienes jurídicos que podríamos llamar tradicionales, pero además ofenden y vulneran un interés jurídico autónomo constituido por el “Derecho Internacional de los Conflictos Armados”. Esta visión, como lo demostramos, fue superada por la propuesta presentada por la Fiscalía, pero además por los aires de la globalización y los compromisos internacionales impostergables que se encuentran plasmados a través del llamado “Bloque de constitucionalidad”.

Apunta la exposición de motivos un argumento lateral, que es el artículo 214 de la Constitución Política en la expresión “En todo caso se respetarán las reglas del Derecho Internacional Humanitario”. Tal argumento decimos que es lateral, porque el artículo 214 trata de los Estados de excepción y es aplicable al Estado de guerra exterior y de conmoción interior. No cabe duda de que frente al estado de guerra exterior hablamos de los Convenios de Ginebra; no obstante, en los casos de conmoción interior no es totalmente pareable con la situación de conflicto no internacional, lo que sería posible sólo si se pudiera realizar una sinonimia total, y así estaríamos de acuerdo con el argumento. Expliquemos: ¿Cuál la razón para la anterior afirmación? En las normas ginebrinas se clasifican los conflictos en internacional y no internacional. Y en el Tratado de Roma los llamados crímenes de guerra no son aplicables a los eventos de meras conmociones interiores. Dice la norma del Tratado de Roma:

Artículo 8.º Crímenes de guerra [...] 2. d) El párrafo 2c del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y por lo tanto no se aplican a situaciones de disturbio o tensiones internas, tales como motines, actos aislados y esporádicos de violencia u otros actos de carácter similar.

La grave situación de orden público de Colombia hace asimilables para efectos de la conmoción interior, los disturbios y el conflicto no internacional, lo que quiere decir que aparentemente todos podrían terminar siendo crímenes de guerra. No obstante la literatura universal, el Tratado de Roma sí los distingue y, como ya dijimos, por el

5 Ob. cit., p. 37.

6 Ob. cit., p. 37.

hecho de su firma, el Estado colombiano adquirió las obligaciones de no contradecirlo y complementar la legislación.

Pero lo que sin duda es correcto es que no existía desarrollo punitivo directo del Derecho Internacional Humanitario. Las razones de conveniencia y necesidad, como lo dice la exposición de motivos, son el “agudo conflicto bélico que afronta el país”; nos parece que tal argumento no es preciso, pues la obligación del Estado colombiano de establecer estas conductas seguiría inmodificable, ya que es un compromiso internacional ocurrido por la ratificación de los Convenios. Así se observa en muchos países que no soportan conflicto no internacional pero que concurren a honrar sus compromisos internacionales.

La propuesta ubica el desplazamiento forzoso de personas dentro de este rubro penal, que, como se verá, se encuentra dentro del marco de los crímenes de guerra a la luz del Tratado de Roma. En acápite diferente, como ya se dijo, se estudian y presentan los “Delitos de graves violaciones a los Derechos Humanos” y allí se ubican manifestaciones como la tortura, los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, figuras de consagración constitucional; igualmente se presentan los fundamentos y razones para establecer otras conductas que emergen de instrumentos internacionales y por lo tanto del “Bloque de constitucionalidad”, como son los casos de genocidio y la tortura. Y se ubica allí la desaparición forzada.

De interés para nuestra presentación resulta ser el análisis tanto del tercero común de los Convenios de Ginebra como de la regulación contenida en el Tratado de Roma.

Con respecto al 3.º común a los Convenios de Ginebra, debemos afirmar en principio lo siguiente:

La norma dice:

En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

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 circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el 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.

d. Las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

2. Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos.

Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios 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 efecto sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto.

A su turno, el Protocolo II completa y desarrolla el artículo 3.º común. Así se detalla en el artículo 1.º del instrumento:

Artículo 1.º - Ámbito de aplicación material

1. El presente Protocolo, que desarrolla y completa el artículo 3.º común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, sin modificar sus actuales condiciones de aplicación, se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1.º 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 dirección de un mando responsable ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente protocolo.

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

El artículo 3.º común y por su parte el Protocolo II se limita a enunciar normas mínimas fundamentales; su texto establece principios que en ocasiones han dado lugar a interpretaciones restrictivas.

El artículo 3.º común se refiere a las partes en conflicto no internacional que, complementado con el Protocolo II, determina cuál es el sujeto activo de la infracción: las fuerzas armadas del Estado, las fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados con mando responsable, con un control territorial que permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas.

Estos instrumentos internacionales excluyen como sujetos activos y por supuesto como conflicto no internacional los disturbios internos.

El artículo 3.º común también determina cuáles son las personas protegidas, como se deduce del numeral primero del mismo:

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 circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo.

En este diseño el tercero común también determina cuáles son los atentados, entre otros: contra la vida, la toma de rehenes, contra la dignidad, contra las condenas dictadas y ejecuciones sin previo juicio. Por su parte, el Protocolo II determina cuáles son las garantías y el trato. Garantías fundamentales como el trato con humanidad sin distinción desfavorable, la prohibición de ordenar que no haya supervivientes, los castigos colectivos, los actos de terrorismo, la esclavitud, el pillaje y las amenazas de realizar los actos mencionados. Igualmente, propende por un cuidado especial a los niños en su educación, en su reunión con las familias, el no ser reclutados, el no ofrecer contacto con las hostilidades (art. 4.º). De este mismo Protocolo se establecen las normas frente a las personas privadas de libertad, tales como: los heridos, el trato humano con heridos y enfermos, el socorro, la asistencia espiritual, el trabajo, la protección de la mujer, la correspondencia, la distancia de detención o internamiento lejos de la zona de combate, el examen médico y la garantía de seguridad cuando sean liberados (art. 5.º). A su turno, se regulan las diligencias penales, tales como: el procedimiento, el derecho de defensa, la preexistencia de Ley, la presunción de inocencia, la presencia de la persona para ser juzgada, el derecho a no autoincriminarse, los recursos judiciales a la condena, la prohibición de pena de muerte contra menores de 18 años o mujeres embarazadas o madres de niños de corta edad y la posibilidad de amnistías amplias a la cesación de hostilidades (art. 6.º).

También posee una regulación para enfermos, heridos y náufragos, tales como: el trato igualitario como persona protegida sin distinguir entre las personas que hayan o no tomado parte en el conflicto, sin distinguir naturaleza del delito; ello genera la protección del personal sanitario y religioso, de las personas que integran la misión médica y de las unidades y medios de transporte sanitarios. Para ello los distintivos de la Cruz Roja, la Media Luna Roja o el León serán ostentados por el personal sanitario o religioso. Dichos signos deberán ser respetados y no podrán utilizarse indebidamente (arts. 7.º a 12). Igualmente el Protocolo establece una especial protección a la población civil, y con ello protección a los bienes para su supervivencia, protección a las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas, como presas, diques, centrales nucleares, por el peligro que corre la población civil; protección de los bienes culturales y lugares de culto, como monumentos históricos, obras de arte, lugares de culto que constituyen patrimonio cultural o espiritual de los pueblos; prohibición de los desplazamientos forzados salvo razones militares imperiosas; y por último protección a las sociedades de socorro y acciones de socorro, como la Cruz Roja, etc. (arts. 13 a 18).

Como se observa, el artículo 3.º común y el Protocolo II son, por así decirlo, ingredientes normativos del tipo. No pueden en tema de protección existir interpretaciones restrictivas.

Es un hecho que los combatientes pueden dejar de serlo, pero también es un hecho que los combatientes pueden ser procesados por infracciones al Derecho Internacional Humanitario, desde el punto de vista del derecho interno, como, en su momento, por la Corte Penal Internacional.

De otra parte, la relación establecida en el artículo 3.º común, y la definición de exclusión contenida en el Protocolo II dan la distinción entre conflicto armado internacional y conflicto no internacional.

Por manera que, los sujetos de derecho que se enfrentan difieren según la categoría del conflicto. En un conflicto armado no internacional se enfrentan partes cuyo estatuto jurídico es fundamentalmente desigual. Por ello, la aplicación del artículo 3.º común “no surtirá efectos en el Estatuto Jurídico de las partes en conflicto”, es decir, no se puede hablar allí del antiguo concepto de beligerancia.

A su turno se pregunta cuál es el criterio para determinar la existencia de conflicto no internacional; luego de muchos trabajos se llegó a la definición con tres elementos de interés: a) mando responsable, b) control de una parte del territorio que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y, c) capacidad de aplicar el Protocolo.

Lo que indica que éste es otro ingrediente normativo que ha de estudiarse cuando se trata de aplicación del derecho interno. Los elementos antes mencionados, como se recordará, hacen parte del ámbito de aplicación contenido en el artículo 1.º del Protocolo II.

En cuanto hace referencia a los combatientes, sujetos activos del delito, la doctrina internacional ha tratado de propiciar una cualificación y un contenido. Combatientes son:

- * Las fuerzas armadas: las fuerzas armadas de la Alta Parte contratante en su acepción más amplia, para cubrir todos los casos de regularidad de la misma, Guardia Nacional, Carabineros, Ejército, etc. En desuso quedó la expresión regular, porque en un conflicto no internacional puede existir división entre las fuerzas armadas y ambas decirse ser regulares. Ello incluye las fuerzas armadas disidentes.
- * Grupos armados organizados con dirección de mando responsable y ejercicio sobre una parte del territorio que les permita realizar operaciones militares sostenidas concertadas y aplicar el instrumento internacional. El mando responsable implica organización, por lo cual caben allí también las fuerzas armadas disidentes. No quiere decir lo anterior que tengan la misma organización militar del Estado, lo importante es que dicha organización produzca operaciones e imponga una disciplina a nombre de esa autoridad de hecho. El control de una parte del territorio apunta a la posibilidad de realizar operaciones militares y a una organización. Ello no implica un dominio territorial en una porción del territorio fijo, ni tampoco que sea una parte importante o no despreciable del territorio, en muchos conflictos lo que se observa es una gran movilidad en el teatro de operaciones y de hostilidades, y algunos piensan que el control puede ser poroso o de corta duración.

Estos requisitos también constituyen, como venimos estudiando, ingredientes normativos de los tipos que serán analizados posteriormente.

La Ley 599/00 que contiene el Código Penal que entrara en vigencia el 24 de julio de 2001, en el Libro Segundo, Título Segundo, consagra como novedad el bien jurídico que apunta a la tutela de las “personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario”, avance muy importante que honra compromisos del Estado colombiano, pues trata de aproximarse a los elementos genéricos de los Convenios de Ginebra y los Protocolos, especialmente el Protocolo II, ya mencionado. Se podría decir que hay una cierta aproximación a las estipulaciones contenidas en el Tratado de Roma, sin que lleguen a coincidir totalmente, como tendremos oportunidad de demostrar.

Hallamos elementos ya señalados como ingredientes normativos, entre otros, conflicto armado, combatiente, no combatiente, asistencia humanitaria, población civil y personas y bienes protegidos.

En cuanto hace referencia a este último ingrediente normativo, es decir, personas y bienes protegidos, vale la pena transcribir los artículos pertinentes, así:

Artículo 135.
[...]

Parágrafo: Para los efectos de este artículo y las demás normas del presente título, se entiende por personas protegidas conforme al Derecho Internacional Humanitario:

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

Artículo 154.

[...]

Parágrafo: Para los efectos de este artículo y los demás del título se entenderá como bienes protegidos conforme al Derecho Internacional Humanitario:

1. Los de carácter civil que no sean objetivos militares.
2. Los culturales y los lugares destinados al culto.
3. Los indispensables para la supervivencia de la población civil.
4. Los elementos que integran el medio ambiente natural.
5. Las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas.

Entendemos que los párrafos antes descritos enmarcan cada una de las hipótesis de protección dadas por los Convenios de Ginebra y los Protocolos. En tratándose de personas protegidas, el numeral 8 del parágrafo único del artículo 135 del Código Penal remite totalmente a dichos instrumentos internacionales y a los que se llegaren a ratificar. Y en cuanto hace referencia a bienes protegidos, debemos tener la misma percepción, ya que el listado no es taxativo sino enumerativo, pues aunque no se hace referencia directa a los instrumentos internacionales y a los que se encuentren en vía de ratificación, el parágrafo inicia expresando que “se entenderá como bienes protegidos conforme al Derecho Internacional Humanitario”, lo que indica una remisión al “Bloque de constitucionalidad” y al Derecho Internacional Humanitario directamente.

Del conjunto de normas que aparecen en el Título II, con respecto a las personas protegidas, observamos las siguientes, enumeradas de manera esquemática:

Homicidio en persona protegida (art. 135); lesiones en persona protegida, presentada como un agravante de las lesiones personales comunes (art. 136); tortura en persona protegida, con fines específicos, a diferencia de la figura común de que trata el artículo 178, que permite finalidades diferentes (art. 137); acceso carnal violento en persona protegida, remite al acceso carnal ordinario (art. 138); actos sexuales violentos en persona protegida (art. 139); una circunstancia de agravación que remite a las agravaciones de los delitos sexuales ordinarios (art. 140); prostitución forzada o esclavitud sexual (art. 141); utilización de medios y métodos de guerra ilícitos, con un ingrediente normativo que deviene de los tratados internacionales (art. 142); perfidia con ingredientes normativos a nivel internacional que se dirigen a simular la condición de persona prohibida o la utilización indebida de signos de protección como la Cruz Roja, la bandera de las Naciones Unidas, banderas o uniformes de países neutrales, uniformes del adversario, etc. (art. 143); actos de terrorismo (art. 144); actos de barbarie, como el no al cuartel, el atacar a personas fuera de combate, de abandonar a heridos o enfermos, de realizar actos dirigidos a no dejar sobrevivientes, de rematar a heridos o enfermos, u otro acto de barbarie prohibido por los instrumentos internacionales ratificados por Colombia –tipo penal subsidiario– (art. 145); tratos inhumanos y degradantes y experimentos biológicos en persona protegida –tipo subsidiario– (art. 146); actos de discriminación racial en persona protegida (art. 147); toma de rehenes, para realizar exigencia de la parte o utilizar a la persona como defensa (art. 148); detención ilegal y privación del debido proceso (art. 149); constreñimiento a apoyo bélico, colocando a una persona protegida a servir “de cualquier forma a las fuerzas armadas de la parte adversa” (art. 150); despojo en el campo de batalla, tipo éste que, en la descripción no habla del campo de batalla (art. 151); omisión de medidas de socorro y de asistencia humanitaria (art. 152); obstaculización de tareas humanitarias y sanitarias, con un agravante cuando se utiliza la violencia (art. 153); deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil, que admite justificación militar (artículo 159); omisión de medidas de protección a la población civil (art. 161); reclutamiento “ilícito”, sigue la convención del menor que Colombia denunció colocando la edad en 18 años.

Con respecto a bienes protegidos tenemos:

Destrucción y apropiación de bienes protegidos, que deviene en relación con la ventaja militar –tipo penal subsidiario– (art. 154); destrucción de bienes e instalaciones de carácter sanitario, que permite justificación basada en “imperiosas necesidades militares” y sin que se hayan tomado las medidas de protección adecuadas y oportunas, señala especial valor a bienes e instalaciones debidamente señalizados con los signos convencionales de la Cruz Roja o la Media Luna Roja (art. 155); destrucción o utilización ilícita de bienes culturales y de lugares de culto con posible justificación “basada en imperiosas necesidades militares y sin que previamente haya tomado las medidas de protección adecuadas y oportunas” (art. 156); ataque contra obra e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas, con posible justificación “basada en imperiosas necesidades militares”, con agravante en caso de producirse resultado (art. 157); represalias contra personas o bienes protegidos (art. 158); atentados a la

subsistencia y devastación (art. 160); exacción y contribución arbitraria (art. 163); destrucción del medio ambiente (art. 164).

En estos veintidós artículos que consagran veinte tipos penales podríamos decir que, en principio, existe coincidencia con el Protocolo II. Todos los tipos penales parten del supuesto y de la hipótesis especial de ofrecerse la conducta “con ocasión y en desarrollo del conflicto armado”, este presupuesto hace que los anteriores tipos penales sean especiales con respecto a la tortura, a la violación carnal, al acto sexual diverso, al acceso carnal, al hurto, al homicidio, a las lesiones personales, a la prostitución o esclavitud sexual, al terrorismo, al secuestro, a la detención ilegal, al constreñimiento para delinquir, al desplazamiento forzado, etc.

Ello nos permite hacer una reflexión, ya no con respecto a los Convenios y al Protocolo sino en relación con el Tratado de Roma:

Los crímenes de guerra contenidos en el Tratado de Roma se encuentran descritos en el artículo 8.º, que, como los demás artículos que contienen figuras penales, fue objeto de extensa negociación que se condensa en el documento “Proyecto de texto definitivo de los elementos de los crímenes”.

El artículo 8.º del Tratado y el texto de los elementos de los crímenes poseen una especificidad otorgada por el estado de conflicto internacional o de conflicto no internacional.

Tanto el Tratado como el documento de elementos divide los crímenes de guerra según su naturaleza y extensión; por lo tanto, hay normas o tipologías referentes exclusivamente a conflicto internacional y otras que se refieren al conflicto no internacional. Debemos resaltar nuevamente que las meras tensiones sociales y desórdenes internos no tienen relación con los crímenes de guerra.

El nuevo Código Penal no realiza tal distinción, pero tampoco afirma que las descripciones en él contenidas correspondan a conflicto no internacional.

Por manera que, frente a esta clasificación el nuevo Código Penal no desarrolla hipótesis que correspondan a conflicto internacional.

Por su parte, aunque es una excelente aproximación la contenida en el nuevo Código Penal, las figuras del Tratado de Roma no poseen total coincidencia aun en referencia con el conflicto no internacional, pues en el Tratado de Roma se especifican las conductas de tal manera que se produzca una imputación fáctica, y aun así no existe descripción concreta de algunos atentados como la protección a personal u objetos pertenecientes a una misión de mantenimiento de la paz, el embarazo forzado, la esterilización forzada, el utilizar o alistar niños, que es diferente a reclutar; y en cierta forma el crimen de mutilación.

Otro tanto, que no es nuestro tema, se puede afirmar con mayor extensión respecto de los crímenes de lesa humanidad.

En conclusión:

- * El Derecho Internacional Humanitario es hoy un imperativo categórico para las partes.
- * El Derecho Internacional Humanitario es de aplicación inmediata frente a los conflictos internacionales y no internacionales.
- * El Derecho Internacional Humanitario y los Derechos Humanos hacen parte de la legislación interna, no sólo por la ratificación de los tratados e instrumentos internacionales sino por el entendimiento, concepto y consecuencias del “Bloque de constitucionalidad”.
- * En la observación de la globalización se tiene una política criminal con instrumentos de fortalecimiento y de persecución internacional de las macrovulneraciones. Por ello se habla de un derecho penal internacional.
- * En cuanto hace relación a los instrumentos de persecución internacional, tenemos: el Estatuto Universal y ahora la Corte Penal Internacional, que está contenida en el Tratado de Roma.
- * Los Convenios de Ginebra, el tercero común y el Protocolo II, por esas razones constituyen marco de aplicación y de desarrollo en el derecho interno.
- * Por los Convenios de Ginebra, por el Protocolo II, ahora la Corte Penal Internacional intenta la sanción personal o responsabilidad personal del infractor.
- * En Colombia existía una interpretación de tales atentados a nivel interno, sin que se produjere una legislación especial y total que desarrollara y cumpliera con las normas internacionales.
- * Las normas de derecho interno que contradigan los instrumentos internacionales son inexecutable en la debida aplicación y control que se realiza frente al “Bloque de constitucionalidad”.
- * Con respecto al Tratado de Roma, de no existir adecuada legislación que implemente y compatibilice las normas en el derecho interno, el Estado colombiano estaría incumpliendo compromisos internacionales, por la sencilla razón de que dicho Tratado ya fue firmado.
- * En Colombia se han realizado muchos intentos por llevar a la legislación interna estos atentados que han resultado fallidos, salvo los de la Ley de desaparición forzada y el nuevo Código Penal.

- * El nuevo Código Penal es una buena aproximación al desarrollo de los tratados internacionales, especialmente con respecto a los crímenes de guerra, en desarrollo especialmente del artículo 3.º común de los Convenios de Ginebra y el Protocolo II.
- * En dichos instrumentos internacionales se encuentran los ingredientes normativos del tipo, contenidos en la legislación interna o nuevo Código Penal.
- * El nuevo Código Penal en dicha afortunada aproximación desarrolla los atentados contenidos en los tratados internacionales, salvo algunos ajustes que corresponde hacer con respecto al Tratado de Roma.
- * Hubiese sido aconsejable en el nuevo Código Penal abrir una rúbrica especial denominada Delitos contra la humanidad, honrando así los compromisos internacionales, especialmente el Tratado de Roma y la posibilidad de imputación fáctica.
- * Con respecto a los crímenes de lesa humanidad contenidos en el Tratado de Roma, la situación es, en verdad, deficitaria, empero es tema de otro estudio que oportunamente se realizará.