

CRÍMENES DE GUERRA Y CONFLICTO ARMADO INTERNO

Orlando Ospitia Garzón

I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Uno de los aspectos sobresalientes que condujo al consenso de la comunidad internacional para la protección de los valores de la dignidad humana y el repudio a la barbarie, lo constituyó el reconocimiento como crímenes internacionales de un conjunto de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, cuya sanción interesaba a toda la comunidad de naciones por constituir un *core delicta iuris gentium*, es decir, el cuerpo fundamental de “graves crímenes cuya comisión afectaba a toda la humanidad y ofendía la conciencia y el derecho de todas las naciones”.

La evolución de ese acuerdo internacional actualmente proscribía como categorías de crímenes internacionales los crímenes de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, recogidos por los artículos 5.º a 8.º del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado en dicha ciudad a mediados de 1998.

El derecho internacional humanitario, también denominado derecho de guerra, aunque sigue siendo básicamente consuetudinario, ha tenido a lo largo de los años un notable desarrollo convencional. La primera referencia la encontramos en el Código de FRANCIS LIEBER, promulgado por el Gobierno norteamericano durante la Guerra de Secesión en 1861-1865. Este trabajo constituye el origen del movimiento de codificación de las leyes de la guerra iniciado a mediados del siglo XIX.

Posteriormente, se adoptaron otros instrumentos internacionales, tales como la Declaración de París de 1856, la convención de Ginebra de 1864, la Declaración de San

Petersburgo de 1868, la Declaración de Bruselas de 1874 o el Manual de Oxford de 1880, entre otros, que regulan cuestiones relativas al derecho de guerra. Estos instrumentos no prevén incriminaciones por las violaciones de las reglas que establecen. La tipificación o incriminación internacional de delitos contra el derecho internacional humanitario se produce, esencialmente, a partir de las Convenciones de Ginebra de 1949¹.

Los principales instrumentos en la codificación del derecho internacional humanitario son: las declaraciones de las dos conferencias internacionales de paz de La Haya en 1899 y 1907; la Conferencia diplomática de Ginebra de 1949 y la Conferencia diplomática de Ginebra de 1974-1977. Estas conferencias han dado lugar a diversos instrumentos internacionales del máximo interés teórico e importancia práctica; sin embargo los más sobresalientes en la actualidad son: los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales I y II de 1977.

Fuera del ámbito temporal de las conferencias también se adoptaron en el pasado instrumentos internacionales en la materia, como el Tratado de Versalles del 28 de junio de 1919, la Declaración de Saint James del 13 de enero de 1942, el Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945 para crear los tribunales militares internacionales de Nuremberg y Tokio, encargados del enjuiciamiento y represión internacional de los criminales de guerra, el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg anexo al Acuerdo de Londres, y la Carta del Tribunal Internacional para el Extremo Oriente (Tribunal de Tokio).

Los juicios de Nuremberg y Tokio, tras la Segunda Guerra Mundial, tuvieron significativa influencia en el posterior derecho penal internacional, al precisar conceptos tales como crímenes de guerra, crímenes contra la paz y crímenes contra la humanidad. Además de los importantes vestigios que quedan de aquel sistema, tales como los principios del Tribunal de Nuremberg y la Convención de Naciones Unidas del 26 de diciembre de 1968 sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra².

En épocas más recientes y al margen de las conferencias diplomáticas mencionadas, se han adoptado importantes instrumentos de derecho humanitario y bélico: la Convención de La Haya sobre protección de los bienes culturales en los conflictos armados de 1954; la Convención sobre las armas bacteriológicas de 1972; la Convención de Ginebra del 10 de octubre de 1976 sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación del medio ambiente con fines militares o fines hostiles; la Convención de las Naciones Unidas sobre ciertas armas convencionales de 1980; la Convención sobre armas químicas de 1993, y la Convención de 1997 sobre la prohibición de las minas antipersonales y sobre su destrucción (Tratado de Ottawa).

1 PATRICIA PLAZA VENTURA. *Los crímenes de guerra*, Pamplona, Universidad Pública de Navarra, 2000, pp. 28 y 29.

2 *Ibíd.*, p. 30.

El moderno derecho de los conflictos armados se ha bifurcado en dos ramas: el derecho de La Haya o derecho de la guerra, y el derecho de Ginebra o derecho humanitario propiamente dicho. El primero se dedica a la regulación de las hostilidades y limita la elección de los medios y métodos de combate. El segundo protege a la población civil no combatiente y a las víctimas de los conflictos armados internacionales y conflictos armados no internacionales o conflictos armados internos³.

El derecho de La Haya o derecho de la guerra consagra pautas sobre la conducción de hostilidades y limita la elección de los medios y métodos de combate. Establece, entre otras reglas, que las hostilidades solo pueden dirigirse contra combatientes y objetivos militares, prohíbe los medios de combate que causen sufrimientos o daños innecesarios y proscribe las armas y los medios que causen daños excesivos a las personas civiles con respecto a la ventaja militar concreta y directamente prevista⁴.

Aunque reglamenta las hostilidades, tiene también una finalidad humanitaria, vinculada a las necesidades militares y a la “conservación” del Estado. Se encuadran en este marco, entre otras, la Convención de La Haya (II) del 29 de julio de 1899, sobre las leyes y usos de la guerra terrestre y su Reglamento anexo, revisada en 1907 por el Convenio relativo a las leyes y usos de la guerra terrestre, y la Convención de 1954 relativa a la protección de bienes culturales en caso de conflicto armado.

El derecho de Ginebra o derecho internacional humanitario propiamente dicho –DIH– procura el respeto de los derechos humanos mínimos o inderogables en caso de conflicto armado. Esta normatividad protege esencialmente a la población civil no combatiente, es decir, a todas las personas que no participan directamente en las hostilidades; asiste a las víctimas de los conflictos armados tanto en campaña como en el mar y otorga respeto humanitario a todo combatiente que caiga en poder del enemigo⁵.

En sentido estricto, se basa en el respeto de la persona humana y de su dignidad. Está orientado a proteger a las víctimas de la guerra que no participan en los combates o que han dejado de hacerlo, se encuentre o no en poder del adversario. Este sector está representado fundamentalmente por los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y los dos Protocolos Adicionales a éstos: Convenio I, para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña; Convenio II, para mejorar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar, Convenio III, relativo al trato de prisioneros de guerra y, Convenio IV, referido a la protección de personas civiles en tiempo de guerra.

3 ALEJANDRO VALENCIA VILLA. *Derecho humanitario para Colombia*, Serie de Textos de Divulgación n.º 8, Bogotá, Defensoría del Pueblo, 1994, p. 25.

4 Ídem.

5 *Ibíd.*, p. 27.

El Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra alude a la protección de las víctimas en los conflictos armados internacionales y esclarece y complementa los Convenios de Ginebra, ya que amplía considerablemente el campo de protección de la población civil y los bienes, concretamente ampara a la población civil contra el daño procedente del empleo de las armas. Además, introduce nuevas incriminaciones respecto a los medios y métodos en la conducción de las hostilidades, sector conocido también como derecho de La Haya.

El Protocolo II Adicional regula la protección de las víctimas en los conflictos armados que no tienen carácter internacional o conflictos armados internos, y complementa el artículo 3.º común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949. Constituye una mini convención sobre el derecho internacional humanitario aplicable a esta modalidad de conflictos. Este protocolo adicional introduce reglas relativas a las garantías y derechos fundamentales que deben observarse respecto de los heridos, enfermos, prisioneros de guerra y población civil, así como la protección y el respeto que debe ejercerse hacia el personal sanitario, medios de transporte y los bienes de naturaleza civil. No contiene una regulación de los crímenes de guerra y, por tanto, durante mucho tiempo, en el contexto de un conflicto armado interno, sólo se admitía la responsabilidad penal individual por crímenes de genocidio y crímenes contra la humanidad, dado que sólo estas categorías de delitos generan una competencia universal para su persecución, enjuiciamiento y represión. En la actualidad la doctrina, las instituciones y los Estados admiten la responsabilidad penal individual de los autores de infracciones graves del derecho internacional humanitario cometidas durante un conflicto armado interno⁶.

Los estatutos de los tribunales de la ex-Yugoslavia, de Ruanda y de Roma consolidan la incriminación internacional de las violaciones cometidas en los conflictos armados internos, descritas en el artículo 3.º común a los cuatro Convenios de 1949 y el Protocolo Adicional II de 1977. Ello implica el reconocimiento de una responsabilidad penal individual de naturaleza internacional en el marco de los conflictos armados no internacionales o internos. De este modo se ha cubierto una de las más notables lagunas del derecho internacional humanitario.

De los citados instrumentos internacionales, debe precisarse que Colombia participó en la Segunda Conferencia Interamericana celebrada en México entre 1901 y 1902, en la cual se aprobó la adhesión a las Convenciones de La Haya de 1899. Es parte de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, incorporados a nuestro ordenamiento mediante la Ley 5.^a de 1960 depositados ante la Confederación Suiza el 8 de noviembre de 1961 y vigentes desde el 8 de mayo de 1962. Fue partícipe de la Convención de 1972 sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas, biológicas, tóxicas, y sobre su destrucción, aprobada mediante

6 PLAZA VENTURA. Ob. cit., pp. 32 y 33.

la Ley 10.^a de 1980, vigente para Colombia desde el 19 de diciembre de 1983. Igualmente, aprobó mediante la Ley 11 de 1992 el Protocolo I Adicional a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 que entró en vigor el 1.º de marzo de 1994. El Protocolo II Adicional a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 fue aprobado como legislación interna por la Ley 171 de 1994. Y, finalmente, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado el 17 de julio de 1998, fue incorporado a nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley 742 de 2002⁷.

II. CONCEPTO

En síntesis, puede afirmarse que los crímenes de guerra son todas aquellas infracciones o violaciones graves al derecho internacional humanitario, es decir, al conjunto de reglas o normas aceptadas por la mayoría de los Estados, con la finalidad de restringir los medios y tácticas de combate, suavizar las consecuencias de la guerra, proteger a las personas víctimas de los conflictos que no intervienen en ellos, tales como la población civil o el personal médico y sanitario, o que han dejado de participar en las hostilidades por tratarse de heridos enfermos, náufragos o prisioneros, así como determinados bienes que no tienen relación con las operaciones militares.

La garantía y eficaz cumplimiento de tales propósitos se reserva fundamentalmente a los Estados parte, que son quienes deben adoptar y ejecutar, tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra, medidas nacionales que desarrollen o complementen las disposiciones convencionales. En definitiva, se pone al servicio del derecho internacional humanitario todo el engranaje legislativo, ejecutivo y judicial del Estado.

La aplicación del derecho internacional humanitario exige, como *conditio sine qua non*, que exista una situación de guerra, es decir de conflicto armado, ya sea de carácter internacional o no internacional o interno. De ahí que esta parte del derecho internacional se entremezcle y forme parte, en gran medida, del *ius in bello* –es decir, el conjunto de reglas que regulan el comportamiento de los beligerantes durante las hostilidades–.

El derecho internacional humanitario –DIH– ligado a las situaciones de conflicto armado de carácter internacional o no internacional, permite distinguirlo del derecho internacional de los derechos humanos –DIDH–. Aunque ambas ramas tengan unos principios y una finalidad común –la protección de las personas–, sin embargo, no se superponen dado que las normas internacionales de protección de los derechos humanos, se aplican a todas las personas y en cualquier situación de paz o de conflicto, al paso que el derecho internacional humanitario tiene un campo de acción limitado

7 VALENCIA VILLA. Ob. cit., pp. 27 y 28.

de índole material: los conflictos armados, y personal: las personas ajenas al conflicto armado. Igualmente, el derecho internacional humanitario no comprende los supuestos de revueltas ocasionales, revoluciones o alteraciones del orden interno de un Estado, ya que para ello se requiere la existencia de conflictos de cierta intensidad.

Esta rama del derecho penal internacional permite su relativa distinción de otras categorías de violaciones del derecho internacional, erigidas en delitos por éste y que comportan la responsabilidad penal individual con independencia de la situación de paz o de guerra en la que se ocasionen. Nos referimos a los “crímenes contra la paz o de agresión”, a los “crímenes contra la humanidad” y al genocidio.

III. ELEMENTOS COMUNES A LOS CRÍMENES DE GUERRA

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional –ER. CPI–, en el artículo 8.º, reconoce la existencia de los crímenes de guerra en conflictos armados internacionales y de índole no internacional o internos. Dicho régimen regula por separado unos de otros y presenta una relación taxativa de los distintos crímenes.

A. Como elementos comunes referidos a los crímenes de guerra en los conflictos armados internacionales, se consagra:

1. La realización de actos que constituyen violaciones graves a los cuatro convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, los cuales describe en dos categorías: la primera, contenida en el artículo 8(2)(a), que alude a las conductas de matar intencionalmente; someter a tortura o tratos inhumanos; infligir graves sufrimientos, atentar contra la integridad física o la salud; destruir bienes; obligar a prisioneros de guerra u otra persona protegida a prestar servicio en las fuerzas de una potencia enemiga; privar a un prisionero de guerra de un juicio imparcial y justo; someter a deportación, traslado o confinamiento ilegales, y la toma de rehenes.

La otra categoría comprende otras violaciones graves de las leyes y usos de la guerra, disposiciones que provienen de varias fuentes, particularmente de las regulaciones de La Haya de 1907, del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 y de varias normas que prohíben el uso de armas específicas. Los actos relativos a esta modalidad de crímenes comprenden: dirigir intencionalmente ataques contra la población civil, u objetos civiles, o contra personal, instalaciones, material o unidades o vehículos de misiones de paz; atacar o bombardear ciudades, aldeas, pueblos que no sean objetivos militares; utilización indebida de insignias, emblemas, banderas, uniformes del enemigo; ataques a edificios destinados al culto religioso, las artes, las ciencias, hospitales; obligar a los nacionales de la parte enemiga a participar en operaciones bélicas contra su propio país; saqueo de ciudades; utilizar veneno o armas envenenadas, gases asfixiantes, tóxicos o similares, etc. –art. 8(2)(b) ER-CPI⁸–.

2. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él; es decir, en desarrollo de una guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o más Estados, aunque alguno de ellos no haya reconocido el estado de guerra y, en los casos de ocupación total o parcial del territorio de un Estado aunque tal ocupación no encuentre resistencia militar (art. 2.º común a los convenios de Ginebra de 1949). El término “En relación a él” implica el nexo o vínculo suficiente que debe existir entre las conductas delictivas y el conflicto armado; las conductas punibles no relacionadas con el conflicto armado no pueden ser considerados crímenes de guerra.

3. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían esa protección, lo que implica que tenga conocimiento acerca de la condición de las personas o de los bienes protegidos por el derecho internacional frente a los conflictos armados, es decir, de personas que no participan directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que han depuesto las armas, las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa.

4. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado. Este presupuesto impone la exigencia al autor del hecho de tener conocimiento sobre la existencia del conflicto armado y además de su carácter internacional.

B. Como elementos comunes referidos a los crímenes de guerra en los conflictos armados internos o de índole no internacional, se describen:

1. La comisión de cualquiera de los actos que constituyen violaciones graves del artículo 3.º común a los cuatro Convenios de Ginebra, esto es, actos de violencia contra la vida y la persona, en particular el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura; los ultrajes contra la dignidad personal, en particular los tratos humillantes y degradantes; la toma de rehenes –art. 8(2)(c) ER-CPI–; ataques contra la población civil, edificios, material, unidades y vehículos sanitarios o de misiones de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria o edificios dedicados al culto religioso, la educación, las artes, las ciencias, hospitales; actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzadas, embarazos forzados, esterilizaciones forzadas; reclutamiento de menores de 15 años; desplazamientos forzados de la población civil –art. 8(2)(e) ER-CPI–.

2. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionado con el artículo 8(2)(c) ER-CPI.

8 DORMANN KNUT. “Crímenes de guerra en los ‘Elementos de los crímenes’”, en KAI AMBOS (coord.). *La nueva justicia penal supranacional. Desarrollos post-Roma*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 105 y ss.

3. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias del hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

4. Que los actos se cometan contra persona o personas que hayan estado fuera de combate, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y los que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, lesiones, detención o por cualquier otra causa, o personas civiles o miembros de personal sanitario o religioso que no participen directamente en las hostilidades.

5. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían esa condición.

De los citados elementos, considero prioritario precisar el concepto de “conflicto armado al interior de un Estado parte”, por ser éste presupuesto determinante para efectos de predicar la aplicación del derecho internacional humanitario.

A. Naturaleza y concepto

De manera general puede afirmarse que las disposiciones del derecho penal internacional que regulan este aspecto, contenidas en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, Protocolo II Adicional a estos convenios y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, no definen el concepto de lo que debe entenderse por conflicto armado no internacional o interno. No obstante deducirse que tal situación presupone el uso de la fuerza o la violencia armada entre actores diferentes estatales o no estatales, los mencionados instrumentos jurídicos consagran determinadas condiciones que no solo permiten aplicar el derecho internacional humanitario frente a las conductas que se cometan en tales circunstancias, sino también distinguir entre esta situación y la criminalidad común, las insurrecciones organizadas y efímeras o actividades terroristas.

B. Requisitos

1. En efecto, los conflictos a los que se refiere el artículo 3.º común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 son conflictos armados que se libran en el territorio de un estado, caracterizados por hostilidades en las que se enfrentan *fuerzas armadas*, denominadas “partes en conflicto”. La norma impone la obligación incondicional a cada una de las partes en conflicto de tratar con humanidad a las personas protegidas, y proscribire las mencionadas conductas que atentan contra ellas. Tiene un ámbito de aplicación sumamente amplio y concierne tanto a los miembros de las fuerzas armadas como a las personas que no toman parte en las hostilidades, pero debe aclararse que a quienes se aplica este artículo es ante todo a las personas civiles, es decir, a quienes no llevan las armas.

2. Por su parte, el artículo 1.º del Protocolo II de 1977, Adicional a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, expresa que su ámbito de aplicación es el de los conflictos

armados no contemplados en el Protocolo⁹, que tengan lugar en el territorio de una 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 que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas. Excluye las situaciones de tensiones internas y disturbios interiores*”, tales como motines, revueltas, actos esporádicos y aislados de violencia y otros semejantes¹⁰.

Este protocolo se aplica, por una parte, en una situación en la que las fuerzas armadas gubernamentales se enfrentan con fuerzas armadas disidentes, es decir, en la hipótesis en la que una parte del ejército gubernamental se subleve; por otra parte, se aplica cuando las fuerzas gubernamentales luchan contra insurrectos que forman grupos armados organizados¹¹.

La expresión “fuerzas armadas” ha de entenderse en un sentido amplio para abarcar todas las fuerzas armadas, tal como se describen en las legislaciones nacionales. Las fuerzas armadas disidentes o los grupos armados deben estar bajo un mando responsable y tener algún grado de organización, lo cual no significa que deba haber un sistema jerárquico de organización militar semejante a las fuerzas armadas regulares. Se trata de una organización suficiente para concebir y realizar operaciones militares sostenidas y concertadas e imponer una disciplina en nombre de una autoridad de hecho o *de facto*. Las fuerzas armadas disidentes y/o los grupos armados deben ser capaces, además, de ejercer el control sobre una parte importante del territorio para mantener operaciones militares sostenidas y concertadas. En este contexto, “sostenido” debe interpretarse como lo contrario de esporádico. “Concertar” significa pactar, ajustar, tratar, acordar algo. Se trata pues de operaciones militares concebidas y preparadas por grupos armados organizados¹².

Las tensiones internas y los disturbios internos están excluidas del ámbito de aplicación del derecho internacional humanitario, por considerarse que no corresponden a la categoría de conflicto armado interno; las primeras, se presentan como el reflejo de una aguda crisis de gobernabilidad, creada por enfrentamientos no necesariamente violentos, entre diferentes facciones o grupos políticos, religiosos o sociales entre sí, o con las fuerzas armadas o de policía del Estado. Respecto de los segundos, sus

9 El Protocolo 1 Adicional a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 regula los conflictos armados ocasionados por una dominación colonial, ocupación extranjera, en oposición a regímenes racistas y en ejercicio del derecho a la libre determinación.

10 Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949, Comité Internacional de la Cruz Roja, resoluciones de la Conferencia Diplomática, Ginebra, 1996.

11 *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional. Derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional*, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, vol. III, Bogotá, Panamericana, 2001, p. 45.

12 *Ibíd.*, p. 47.

causas son de diverso orden, tales como fanatismos religiosos, nacionalismos extremos, tentativas de golpe de Estado, descontento generalizado de la población como consecuencia de la corrupción, desigualdad social o implementación de políticas estatales que generan inconformidad. Este estado se manifiesta con violentos enfrentamientos entre clases o grupos civiles, más o menos organizados, o contra miembros de las fuerzas de Policía del Estado. Los disturbios, por regla general, llevan consigo brotes de vandalismo callejero, ataques a edificios públicos, quema de vehículos e incluso actos de terrorismo¹³.

El período o marco temporal del conflicto armado se inicia con el uso de la fuerza armada y termina cuando se pone fin a las hostilidades. Esto se desprende del artículo 3(b) del Protocolo I de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949.

Para predicar el control territorial de las hostilidades, basta que se establezca la existencia del conflicto en una región integrada por ciertos municipios, lo cual no implica que exista un conflicto armado en cada una de las municipalidades. Si se establece la existencia de un conflicto armado en cierto territorio, el derecho internacional humanitario es aplicable en todo aquél, tenga o no tenga 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 dado¹⁴.

El citado protocolo deja por fuera de la regulación las confrontaciones entre dos o más grupos armados organizados que no involucre a las fuerzas armadas del gobierno, al igual que aquellos grupos que no ejercen control sobre parte del territorio, es decir, cuando no se dan todos los presupuestos del artículo. De manera que los grupos armados ilegales que no ejercen control territorial en los respectivos Estados donde desarrollan actividades bélicas o que no se enfrenten a las fuerzas regulares del Estado, no están cobijados por el Protocolo II. Los casos de guerras de guerrillas subterráneas, esporádicas y no permanentes, en opinión de la doctrina, tampoco están cubiertos por el protocolo.

3. Finalmente, el artículo 8(2)(d) y (f) ER-CPI establece que tal disposición se aplica a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado, cuando existe “*un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos*”. Igualmente margina de la categoría de los conflictos armados de índole no internacional, y por tanto no cobijados por el derecho internacional humanitario, las situaciones de disturbios o tensiones internas, tales como motines, actos aislados y esporádicos de violencia u otros actos de carácter similar.

13 ALEJANDRO RAMELLI ARTEGA. *La Constitución colombiana y el derecho internacional humanitario*, 2.^a ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 49.

14 KAI AMBOS. *Los crímenes del nuevo derecho penal internacional*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2004, pp. 84 y 85.

De lo expuesto en precedencia en torno a las tres regulaciones en cita, se desprende que el artículo 3.º común a los Convenios de Ginebra tiene una mayor cobertura, pues solo alude a las “partes en conflicto”, sin ninguna otra condición. No así el Protocolo II que ha sido objeto de innumerables críticas, a pesar de las importantes provisiones que introdujo y, además, porque en la práctica resulta difícil determinar el cumplimiento de las condiciones establecidas en el artículo 1.º por parte de los grupos armados ilegales y, por ende, el carácter vinculante del protocolo, que son control territorial, existencia de comando responsable, y de operaciones militares concertadas y sostenidas. El Estatuto de Roma, por el contrario, adopta una postura que, en nuestra opinión, está más acorde con las situaciones conflictivas contemporáneas que afectan internamente a algunos Estados, dentro de los cuales se incluye Colombia; pues condiciona la aplicación del derecho internacional humanitario a la existencia del conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos, y a que no se trate de situaciones de disturbios o tensiones internas, tales como motines, actos aislados y esporádicos de violencia u otros actos de carácter similar.

Ante la disparidad en la regulación normativa de naturaleza convencional sobre dicho tópico, surge el interrogante de si una situación concreta de conflicto armado interno debe regirse autónomamente por cualquiera de ellas, o son complementarias entre sí, o debe entenderse que para esos efectos solo es aplicable el Estatuto de Roma de La Corte Penal Internacional, por tratarse de norma posterior.

Conforme lo establece el Protocolo II de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, este instrumento es complementario a los convenios, lo cual impone que su aplicación deba ser conjunta, aunque un sector de la doctrina sostiene que tales disposiciones pueden aplicarse de manera autónoma. Sin embargo, no puede pasar desapercibido que con posterioridad, el tema en cuestión fue retomado, regulado y aprobado por el Estatuto de Roma, por lo que consideramos que los efectos jurídicos, interpretación y aplicación de estos instrumentos internacionales deben ceñirse a los parámetros consagrados en la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados.

En efecto, el artículo 53 de la citada convención señala:

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 solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.*

A su vez, el artículo 59 *ibídem*, establece:

1. Se considerará que un tratado ha terminado si todas las partes en él celebran ulteriormente un tratado sobre la misma materia y: (a) Se desprende del trata-

do posterior o consta de otro modo que ha sido intención de las partes que la materia de rija por este tratado, o (b) Las disposiciones del tratado posterior son hasta tal punto incompatibles con las del tratado anterior que los dos tratados no pueden aplicarse simultáneamente.

2. Se considerará que la aplicación del tratado anterior ha quedado únicamente suspendida si se desprende del tratado posterior o consta de otro modo que tal ha sido la intención de las partes.

De manera que por ser el Estatuto de Roma, norma ulterior de derecho internacional, de carácter general, que regula, entre otras, la materia relativa a los conflictos armados no internacionales, y su texto ser incompatible con las convenciones anteriores que regulan el mismo punto, estimamos que en ese sentido el artículo 3.º común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y el artículo 1.º del Protocolo II Adicional a tales convenios han sido tácitamente derogados y por lo mismo son inaplicables; luego, debe concluirse que para tales efectos ha de tenerse exclusivamente como marco de referencia el Estatuto de Roma.

IV. REGULACIÓN JURÍDICA EN COLOMBIA

Los planteamientos expuestos en precedencia permiten tener una noción aproximada de los aspectos que desde el punto de vista del derecho penal internacional deben considerarse frente a situaciones de conflictos armados internacionales y de índole no internacional y ser adecuados al ordenamiento jurídico interno por parte de los Estados, en cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas al suscribir los respectivos convenios. Colombia no escapa a esos compromisos puesto que aprobó e incorporó al ordenamiento jurídico interno los diversos instrumentos internacionales que regulan el derecho internacional humanitario, lo cual le impone, entre otras obligaciones, la de penalizar las conductas, investigar y sancionar a los responsables de los crímenes.

La Ley 599 de 2000 incorporó al Código Penal nuestro los crímenes de guerra. Concretamente se tipifican en el título II, bajo la denominación genérica de “Delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario”, capítulo único, integrado por 30 artículos (135 a 164) que describen atentados contra diversos bienes jurídicos tales como la vida e integridad personal, la libertad individual, la autonomía personal, la libertad sexual, la seguridad pública, el patrimonio económico, el medio ambiente, etc., que se realicen con ocasión y en desarrollo de un conflicto armado.

Por medio de esta ley, Colombia penaliza las conductas contrarias al derecho internacional humanitario, ya vigente en nuestro ordenamiento jurídico desde la ratificación y entrada en vigor de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y los Protocolos I y II

adicionales a éstos, a través de las leyes enunciadas *ab initio* en este trabajo. Con la tipificación de tales conductas se cumple con la obligación de adoptar las normas penales necesarias para perseguir y castigar a los responsables de las infracciones descritas en las mencionadas convenciones, que pese a tener vigencia en nuestro medio, en sí mismas eran inaplicables por carecer de sanciones punitivas. En estricto sentido, puede afirmarse que el Código Penal, a través de la Ley 599 de 2000, introdujo el auténtico “derecho penal de guerra”.

El Código Penal Militar describe unas pocas conductas relativas no propiamente a las violaciones al derecho internacional humanitario, puesto que si bien aluden a la población civil como objeto de protección, la comisión de las conductas allí descritas, no necesariamente implica que se realicen en el contexto de un conflicto armado internacional o no internacional; sencillamente se protege a la población civil a través de conductas que cometan las fuerzas armadas o de policía en campaña, tales como: devastación (art. 174); saqueo (art. 175); requisición arbitraria (art. 176); requisición con omisión de formalidades (art. 177); exacción (art. 178); contribuciones ilegales (art. 179)¹⁵; de los cuales se infiere que se refieren a conductas susceptibles de realizarse en cualquier época y circunstancias, es decir, que no están condicionadas a una situación de conflicto armado.

Las nuevas disposiciones del Código Penal describen los comportamientos delictivos graves acaecidos en tiempo de guerra o en caso de conflicto armado. Así se desprende del título II al destacar como categoría de bien jurídicamente tutelado “Las personas y bienes protegidos por el *derecho internacional humanitario*”, y se fija como elemento normativo una circunstancia que cualifica la conducta en todos los tipos: “*con ocasión y en desarrollo de conflicto armado*”. Al no hacerse distinción en la definición de tales preceptos sobre la naturaleza del conflicto armado, resulta imperioso colegir que tales supuestos normativos se refieren indistintamente a los conflictos armados internacionales, y a los conflictos armados de carácter no internacional o internos.

15 Art.174: “*Devastación*. El que en actos del servicio y sin justa causa, destruya edificios, templos, archivos, monumentos u otros bienes de utilidad pública; ataque hospitales o asilos de beneficencia señalados con los signos convencionales, incurrirá en prisión de uno (1) a ocho (8) años”. Art. 175: “*Saqueo*. Los que en operación de combate se apoderen de bienes muebles, sin justa causa y en beneficio propio o de un tercero, incurrirá en prisión de de dos (2) a seis (6) años”. Art. 176: “*Requisición arbitraria*. El que sin justa causa ordenare o practicare requisiciones, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco años”. Art. 177: “*Requisición con omisión de formalidades*. El que practicare requisición sin cumplir las formalidades y sin que las circunstancias especiales lo obliguen a ello, incurrirá en prisión de seis (6) meses a tres (3) años”. Art. 178: “*Exacción*. El que abusando de sus funciones, obligue a persona integrante de la población civil a entregar, a poner a su disposición, cualquier clase de bien o a suscribir o entregar documentos capaces de producir efectos jurídicos, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años”. Art. 179: “*Contribuciones ilegales*. El que sin facultad legal y sin justa causa establezca contribuciones, incurrirá en prisión de seis (6) meses a tres (3) años”.

La estructura de las diversas descripciones típicas contiene un sujeto activo en principio indeterminado, y por lo mismo cualquier persona puede realizar la conducta, trátase de nacional o extranjera, particular, autoridad, funcionario estatal o militar, etc.; no obstante, es claro que esa indeterminación no es absoluta, por cuanto dicho sujeto, por las especiales circunstancias en que actúa, debe tener la calidad de ser parte del conflicto y como tal intervenir en las hostilidades, lo cual exige que deba pertenecer a las fuerzas armadas regulares del Estado (fuerzas militares o Policía Nacional) o ser miembro del grupo armado organizado, trátase de un conflicto armado internacional o conflicto armado interno o de índole no internacional.

El punto central de discusión para la aplicación de los citados tipos penales surge precisamente de fijar el alcance y contenido de lo que debe entenderse por “*conflicto armado*”. Aspecto que en tratándose de conflictos armados internacionales no reviste mayor dificultad, puesto que el artículo 2.º común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 define claramente esta situación al señalar: “El presente convenio se aplicará en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias Altas Partes Contratantes, aunque una de ella no haya reconocido el estado de guerra. El convenio de aplicará también en todos los casos de ocupación total o parcial del territorio de una Alta Parte Contratante, aunque tal ocupación no encuentre resistencia militar”. Obsérvese que son las fuerzas regulares de un Estado las que se enfrentan a las fuerzas regulares de otro Estado, mediante el empleo de las armas.

Cosa distinta se presenta frente a los conflictos armados de carácter no internacional, en donde el alcance del elemento normativo de los tipos penales está supeditado a las condiciones que se exigen para que el conflicto armado sea catalogado como tal. Estas condiciones, como se anotó, varían dependiendo del instrumento jurídico que se tome como marco de referencia, sobre lo cual se hizo precisión en acápites anteriores. En tales circunstancias y partiendo de los parámetros esbozados en precedencia, tendría que llegarse a la conclusión de que la fuente de interpretación y alcance del elemento normativo de los tipos penales del título II del Código Penal lo constituye el Estatuto de Roma –art. 8(2)(f)–, el cual es preciso en señalar que se “*aplica a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos*”. Se entiende que existe un conflicto armado cuando se recurre a la fuerza entre Estados o hay una situación violenta armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre estos grupos dentro de un Estado. En cuanto a lo territorial, la única condición es que el conflicto se desarrolle en el territorio de un Estado parte del Estatuto de Roma, pero no se exige un control territorial determinado o duradero ni un número específico de operaciones militares o de víctimas.

Finalmente, es de importancia precisar que aunque Colombia se acogió a la reserva contemplada en el artículo 124 ER-CPI, en virtud del cual no aceptará la competencia de la Corte Penal Internacional por un periodo de siete años, contados a partir de la

fecha en que entró en vigor el Estatuto, respecto de los crímenes de guerra cometidos por nacionales, tal circunstancia, como claramente lo señala la disposición, es solo para efectos que el alto tribunal internacional no asuma el conocimiento de crímenes de guerra cometidos en territorio colombiano durante ese periodo, lo cual indica que ello no incide sobre la vigencia y aplicación de las disposiciones penales que tipifican los crímenes de guerra, pues estas disposiciones son de derecho interno y tienen plena vigencia y son integralmente aplicables, desde luego sin desconocimiento del principio de legalidad (*tempus legis actum*).

BIBLIOGRAFÍA

- AMBOS, KAI. *Los crímenes del nuevo derecho penal internacional*, Colección de Autores Extranjeros, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2004.
- AA. VV. *La nueva justicia penal supranacional. Desarrollos post-Roma*, KAI AMBOS (coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- PLAZA VENTURA, PATRICIA. *Los crímenes de guerra*, Pamplona, Universidad Pública de Navarra, 2000.
- RAMELLI ARTEAGA, ALEJANDRO. *La Constitución colombiana y el derecho internacional humanitario*, 2.^a ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- VALENCIA VILLA, ALEJANDRO. *Derecho humanitario para Colombia*, Serie de textos de divulgación n.º 8, Bogotá, Defensoría del Pueblo e Imprenta Nacional de Colombia, 1994.
- Compilacion de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*, vols. III y IV, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2001.
- Código Penal –anotado– Conforme con la Ley 890 de 2004*, 22.^a ed., Bogotá, Leyer, 2004.
- Código Penal Militar*, MARIO ARBOLEDA VALLEJO (comp., conc. y notas), Bogotá, Leyer, 2000.
- Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, Comité Internacional de la Cruz Roja, resoluciones de la Conferencia Diplomática, Ginebra 1977, 1996.
- Los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 2000.
- Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados.

