

## El conflicto armado interno y el derecho internacional

Antonio Aljure Salame\*

Uno de los problemas más graves de Colombia es su conflicto armado. La cantidad de vidas humanas, civiles y militares, sacrificadas; los ingentes gastos en seguridad privada y en dotación de las Fuerzas Armadas; el clima de zozobra e inseguridad para el desarrollo económico, y la pérdida en el PIB del país dan fe de este aserto. Aunque siempre habrá debate sobre las características del conflicto, en términos generales puede afirmarse que reúne las siguientes:

- Es un conflicto antiguo, pues los historiadores sitúan su aparición desde comienzos de los años cincuenta, cuando se hablaba de la época de la Violencia.
- Es prolongado, pues desde esa época se ha mantenido y ha sido tema principal de nuestros gobiernos desde la inacabada presidencia de Laureano Gómez hasta nuestros días.
- Su intensidad no ofrece duda si se piensa en todos los intentos militares y civiles por terminar el conflicto utilizando alternativamente la fuerza militar y el diálogo.
- Las fuerzas guerrilleras han controlado, de hecho, zonas despobladas del país y no pocos municipios. Esto se desprende de la cantidad de crónicas periodísticas y testimonios sobre el dominio territorial de la guerrilla sobre los que no vale la pena insistir.

Por más que nos disguste, difícilmente puede negarse que la guerrilla tampoco tiene un mando ‘militar’ que es obedecido por sus tropas, independientemente de los desmanes y tropelías que ordene ejecutar.

---

\* Abogado del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, profesor de Derecho Internacional Público y Privado de la Facultad de Jurisprudencia, DEA en Derecho Internacional de París I.

A este panorama poco halagador se suma la aparición de los mal llamados paramilitares,<sup>1</sup> pues so pretexto de combatir a la guerrilla, ya que también se dedican al cultivo y tráfico de estupefacientes,<sup>2</sup> han terciado en la lucha desplazando o sustituyendo a las Fuerzas Militares y, muchas veces, luchando contra éstas.

El Estado se ha valido de instrumentos jurídicos para afrontar el conflicto armado, pues ha concedido amnistías e indultos a la guerrilla, ya que nuestro Código Penal califica los delitos de sedición, rebelión y asonada como políticos. También les ha otorgado estatus político para negociar, como sucedió en el gobierno de Andrés Pastrana en la zona de distensión del Caguán. Por último, calificó como delitos políticos ciertas conductas de los paramilitares para que puedan acceder a amnistías e indultos.

Por otra parte, no existe duda de que nuestro conflicto armado es interno y no internacional, ya que para el artículo 2 común de las cuatro convenciones de Ginebra de 1949 este último conflicto se caracteriza por oponer a dos o más Estados. Además, según el Protocolo I del 8 de junio de 1977 de las convenciones citadas, también hay conflicto armado internacional cuando se presenta una lucha de liberación nacional contra una dominación colonial, la ocupación extranjera o un régimen racista como el del apartheid o se lucha en ejercicio del derecho de autodeterminación de los pueblos. Ninguna de estas hipótesis se da en el caso colombiano.

Tenemos, entonces, en Colombia una lucha armada triangular: gobierno contra guerrilla, gobierno contra paramilitares y guerrilla contra paramilitares. Un conflicto armado produce consecuencias en el mundo del derecho, ya que la ley que rige en tiempos de paz no es adecuada para conjurar las guerras. Colombia no es una excepción y por esa razón el Congreso aprobó la Ley 137 de 2 de junio de 1994, que es estatutaria y que regula los estados de excepción. La Corte Constitucional declaró su exequibilidad en sentencia C-179 del 13 de abril de 1994, aunque con ciertos reparos concernientes a la amnistía e indulto, a las órdenes de aprehensión y a la responsabilidad del Estado, que no es del caso desarrollar acá.

La ley regula los estados de guerra exterior, conmoción interior y emergencia económica, social y ecológica, que serán importantes para lo relativo a los tratados sobre derechos humanos que podrían restringirse durante estos estados,

---

<sup>1</sup> Los militares hablan de autodefensas. Los partidos de izquierda hablan de paramilitares, pues los consideran aliados del Ejército.

<sup>2</sup> También hay paramilitarismo no involucrado en la droga. La guerrilla también cultiva y comercia drogas prohibidas.

contrario a lo que sucede con el Derecho Internacional Humanitario (DIH), que está concebido precisamente para conflictos armados aunque, como lo veremos, no hay necesariamente identidad jurídica entre conflicto armado, por una parte, y estados de excepción, por la otra.

El propósito de este artículo es analizar el ámbito de aplicación material del derecho internacional público de la beligerancia, de los derechos humanos, del derecho humanitario y del penal internacional frente a nuestro conflicto armado. No se trata de la aplicación temporal o personal de los tratados sobre estas materias en nuestro conflicto ni del alcance de su contenido. Para tal efecto, en la óptica propuesta, se analizarán sucesivamente las ramas del derecho internacional público citadas y, en la última parte, a manera de conclusión, se presentarán las hipótesis de aplicación simultánea o excluyente de las normas de dichas ramas del derecho.

## **El régimen de beligerancia**

En términos generales, la doctrina de derecho internacional público define este régimen como la situación jurídica de un Estado que, frente a la guerra civil o conflicto armado que afecta a otro Estado, manifiesta que se conformará o actuará según el régimen de neutralidad frente al Estado y a los rebeldes que luchan contra éste. También puede provenir la declaratoria de reconocimiento de beligerancia de parte del Estado que lucha contra los rebeldes en su propio territorio. En los dos casos, la declaración es potestativa y, por los efectos que produce, el Estado atrapado en el conflicto es reticente al reconocimiento de beligerancia. Cuando se trata de un tercer Estado, el reconocimiento que hace de la beligerancia precede generalmente al reconocimiento de gobierno al grupo rebelde o su reconocimiento como Estado, como sucedió con los reconocimientos de beligerancia de Estados Unidos e Inglaterra a favor de las colonias españolas que se rebelaron contra la metrópoli y obtuvieron su independencia, como Colombia, en 1819.

La dificultad en las relaciones internacionales por la discrecionalidad del reconocimiento de beligerancia llevó al Instituto de Derecho Internacional a aprobar en el año 1900 un reglamento sobre la guerra civil, en cuyo artículo 8 exige tres condiciones para que un Estado pueda hacer tal reconocimiento a los rebeldes que luchan contra el Estado. La primera condición es que tengan posesión de una parte del territorio nacional; la segunda, que tengan las características de un gobierno regular que ejerce en su “territorio” derechos de soberanía, y, la tercera,

que luchan con tropas organizadas sometidas a la disciplina militar y se conformen o ajusten a las leyes y costumbres de la guerra.

Aunque la materia es eminentemente política, en el caso colombiano es difícil aceptar que los grupos armados se ajustan a las leyes y costumbres de la guerra. Pasemos a ver los efectos de la declaratoria de beligerancia.

Si la declaratoria emana del Estado que afronta la lucha armada, se producen estos efectos: (1) se aplica entre las partes el derecho de la guerra o *jus in bellum*, es decir, el derecho contenido en las convenciones de La Haya de 1899 y 1907, que dictan las normas y reglas sobre cómo adelantar la guerra<sup>3</sup> (prohibición de la perfidia, de usar ciertas armas, etc.); (2) significa la aplicación de las costumbres de la guerra, aunque las convenciones de La Haya recogieron el derecho consuetudinario de la época; (3) los combatientes regulares, según la convención de Ginebra No. 3 de 1949, tendrán el trato de prisioneros de guerra y al final de las hostilidades, salvo requerimientos del derecho penal internacional, podrá haber intercambio de éstos entre el gobierno y el grupo rebelde; (4) el grupo rebelde tendrá las facultades que el derecho internacional otorga al ocupante de guerra sobre un territorio y en especial, sobre personas y bienes —al ocupante no se le transfiere soberanía y sus derechos temporales se reconocen en la Convención IV de La Haya de 1907 y su reglamento anexo—, y (5) el Estado cesa su responsabilidad internacional frente a otros Estados por los actos que los rebeldes cometan contra el patrimonio y la persona perteneciente a esos terceros Estados.

Cuando un Estado reconoce la beligerancia de un grupo rebelde que lucha contra otro Estado, el principal efecto es que debe guardar una estricta neutralidad frente al Estado y al grupo rebelde. Esa neutralidad significa que el Estado que hizo el reconocimiento no puede ayudar de ninguna manera a las partes que luchan, es decir, el gobierno legítimo y el grupo rebelde están en pie de igualdad frente al tercer Estado.

Por la razón anterior, no sé si cuando el presidente de Venezuela, Hugo Chávez, y el canciller ecuatoriano, con posterioridad, declararon que sus países eran neutrales ante el conflicto colombiano eran conscientes de los efectos de sus palabras, que no son nada distintas a reconocer que la guerrilla (supongo que no se

---

<sup>3</sup> Se distingue el *jus in bellum* del *jus ad bellum* en que este último se refiere a los casos en que hay causa jurídica lícita para iniciar una guerra, posibilidad hoy proscrita por el derecho internacional que, sin embargo, permite la legítima defensa, individual o colectiva de un Estado, según la carta de las Naciones Unidas.

referían a los paramilitares) y el gobierno colombiano son iguales ante Venezuela y Ecuador, y que estos dos Estados se abstienen de ayudar a las partes en lucha. Es probable que por desconocimiento no fueran conscientes de este acto y tal vez se confundieron con el principio de no injerencia en los asuntos internos de otro Estado, que impone al tercer Estado el deber de no ayudar a los rebeldes en su lucha contra el gobierno legítimo. Hasta donde recuerdo, uno y otro se retractaron de sus declaraciones.

Vistos los efectos del reconocimiento de beligerancia, podemos adelantar su relación con el DIH: según el Protocolo II del 8 de junio de 1977, adicional a los convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, y el artículo 3, común a las cuatro convenciones de Ginebra de 1949, la aplicación de éstas (el Protocolo II y el artículo 3 común) no tiene ningún efecto sobre el estatuto jurídico de las partes en conflicto.

El artículo 3 común, en lo pertinente, es de este tenor: “La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las partes en conflicto”. En el Protocolo II, que completa y desarrolla el artículo común sin modificar sus condiciones de aplicación, se quiso ratificar lo dicho por el artículo 3 en este aspecto, pero finalmente se suprimió la norma que repetía el artículo 3 por considerarla innecesaria, pues también se suprimió toda mención a las partes en conflicto.

Como consecuencia de lo anterior, la aplicación por un gobierno a su conflicto interno del artículo 3 común y del Protocolo II no significa reconocimiento de beligerante al grupo rebelde.<sup>4</sup>

## **Los derechos humanos**

Los derechos humanos cobijan los derechos de que goza una persona por el hecho de serla. Desde el punto de vista formal, están contenidos en las dos grandes declaraciones de 1948 y en los tratados que las desarrollaron. En 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración Universal de los Derechos Humanos por resolución 217A (III) del 10 de diciembre y la Novena Conferencia Internacional Americana, reunida en abril, aprobó la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Ambas declaraciones comparten tres rasgos co-

---

<sup>4</sup> De hecho, tampoco significa reconocimiento de Estado, de gobierno o de insurgentes.

munes: reconocen derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales; no son tratados internacionales y al momento de su elaboración no eran vinculantes, y, por último, hacen parte del derecho consuetudinario que vincula a los Estados parte en las Naciones Unidas y en la Organización de Estados Americanos (OEA).

Las dos declaraciones han sido desarrolladas en el derecho positivo: en el ámbito universal, para sólo citar las más importantes, por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2200A (XXI) del 16 de diciembre de 1956, que entró en vigor el 23 de marzo de 1976, y por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado en la misma resolución citada, que entró en vigor el 3 de enero de 1976. En el ámbito americano, entre otros, por la Convención Americana de Derechos Humanos, adoptada por la Conferencia Interamericana especializada en derechos humanos el 22 de noviembre de 1969, que entró en vigor el 18 de julio de 1978.

Colombia es parte de todos esos instrumentos internacionales que están destinados a regir en toda circunstancia, de paz o de guerra y conflicto; pero en el entendido de que en estas últimas caben ciertas restricciones, que es lo que se desarrollará a continuación.

## **Distinción entre derechos humanos y DIH**

Los derechos humanos y el DIH, dos ramas del derecho internacional público, son complementarias, pues se basan en la protección de la persona humana. Sin embargo, sus diferencias están bien definidas: el derecho internacional de los derechos humanos protege al hombre en toda circunstancia, mientras que el DIH lo hace en situaciones de conflicto armado; en situación de conflicto, el primero admite restricciones a ciertos derechos mientras que el segundo se aplica plenamente; el segundo está contenido básicamente en las convenciones de La Haya de 1899 y 1907 (*jus in bellum*) y en las cuatro convenciones de Ginebra de 1949 y sus dos protocolos adicionales de 1977, mientras el primero está reflejado en las normas descritas anteriormente.

Se asemejan los dos derechos en que su aplicación está sometida al principio de no reciprocidad, es decir, un Estado no puede desconocerlos so pretexto de que otro Estado lo ha hecho. Esta distinción en el plano internacional parece que ha sido borrada en el plano interno colombiano, a pesar de que la Constitución se refiere específicamente a uno y otro derecho. En efecto, el artículo 93 de la Carta establece que los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos

ratificados por el Congreso de Colombia prevalecen en el orden interno. Por su parte, el numeral 2 del artículo 214 expresa que en todo caso se respetarán las reglas del DIH. La lectura natural de estos preceptos indicaría que los derechos humanos son supraconstitucionales y que el derecho humanitario es una norma más de la Constitución. Sin embargo, para la Corte Constitucional el artículo 93 citado comprende tanto los derechos humanos como el DIH, y frente al problema de la supraconstitucionalidad de estos dos derechos manifiesta que no es así, pues hacen parte del llamado *bloque de constitucionalidad*, figura tomada de la jurisprudencia francesa, que el 16 de julio de 1971, mediante sentencia del Consejo Constitucional, anuló una disposición legislativa por violar un principio fundamental de la República, contenido en el preámbulo de la Constitución de 1946.

El pronunciamiento citado de nuestra Corte Constitucional está contenido en la sentencia de Sala Plena de 18 de mayo de 1995, C-225, de la que fue ponente Alejandro Martínez Caballero, y por la cual se declaró la exequibilidad de la Ley 171 de 16 de diciembre de 1994, que aprobó el Protocolo II adicional a los cuatro convenios de Ginebra de 1949.

La sentencia de la Corte merece dos comentarios: el primero, que se trata de un *obiter dictum*, pues aparece en la parte motiva y la Corte no necesitaba echar mano del artículo 93 de la Carta ya que el numeral 2 del artículo 214 ordena la aplicación del DIH. El segundo, que la figura del bloque de constitucionalidad resuelve el problema de la primacía entre las normas que integran dicho bloque y las leyes ordinarias, pero no el de la primacía de las normas que integran ese bloque.

Yo sigo creyendo en la supraconstitucionalidad de los derechos humanos y del DIH, al menos desde el punto de vista de la responsabilidad internacional, pues el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, vigente en Colombia por la Ley 32 de 1985, expresa que una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Además, las normas de *ius cogens* provenientes del derecho internacional no pueden ser desconocidas por ninguna constitución. En síntesis, para la Corte, los derechos humanos hacen parte del DIH y viceversa. Además, estas dos ramas del derecho no priman sobre nuestra Constitución; simplemente, hacen parte del bloque de constitucionalidad.

## **Los estados de excepción y los derechos humanos**

Evidentemente, en esta materia hay una tensión entre dos derechos legítimos: el

del Estado, para su existencia y seguridad, y el de la persona humana, para proteger sus derechos inherentes. Hay que analizar, entonces, el derecho internacional y el derecho interno. Desde el punto de vista del derecho internacional, la suspensión de derechos humanos está permitida en ciertas condiciones. El artículo 4 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 27 de la Convención Americana consagran esta posibilidad.

El artículo 4 faculta la suspensión de obligaciones del Pacto en “situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente...”. Significa que el Estado que pretenda una suspensión de obligaciones deberá, según el mismo artículo 4, *in fine*, notificar a los demás Estados por conducto del secretario general de las Naciones Unidas.

La suspensión no puede ser incompatible con otras obligaciones del derecho internacional. Se refiere esta condición al derecho consuetudinario, como las dos declaraciones sobre derechos humanos de 1948 o al DIH. La suspensión no puede basarse o entrañar discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. Esta condición hace parte del núcleo esencial de los derechos humanos y nunca puede ser desconocida.

El artículo 4 manifiesta que aun en situaciones excepcionales no se pueden suspender los artículos 6 (derecho a la vida), 7 (torturas y tratos crueles), 8 en sus párrafos 1 y 2 (esclavitud), 11 (cárcel por obligaciones contractuales), 15 (todo delito o pena deben estar previamente establecidos en la ley), 16 (reconocimiento de la personalidad jurídica) y 18 (libertad de pensamiento, conciencia y religión).

El artículo 27 de la Convención Americana se refiere al caso de guerra, peligro público o cualquier otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado, que le permite, en la medida de la necesidad y por el tiempo indispensable, suspender obligaciones siempre que la suspensión no sea incompatible con otras obligaciones de derecho internacional. El artículo no permite suspender las obligaciones de los artículos 3 (personalidad jurídica), 4 (derecho a la vida), 5 (integridad personal), 6 (esclavitud y servidumbre), 9 (las penas y delitos deben estar consagrados previamente en la ley), 12 (libertad de conciencia y religión), 17 (protección a la familia), 18 (derecho al nombre), 19 (derechos del niño), 20 (derecho a la nacionalidad) y 23 (derechos políticos). Tampoco se pueden suspender las garantías judiciales para la protección de esos derechos.

Al igual que en el Pacto, el Estado que suspende obligaciones debe comunicar esa suspensión a los demás Estados americanos, a través del secretario



general de la OEA. Como se puede ver, la suspensión está limitada por la estricta necesidad, por el tiempo indispensable, sin que haya discriminación sobre unas obligaciones, pues otras son intocables y siempre que se notifique a los demás Estados parte en los tratados respectivos. Además, la suspensión, como se dijo, no puede desconocer otras obligaciones de derecho internacional.

En el ámbito interno, la situación la regula la Ley 137 de 1994, como se dijo atrás. La ley fue declarada ejecutable casi en su totalidad y se acomoda a los requerimientos internacionales, que además cita expresamente. En su parte general invoca los tratados internacionales<sup>5</sup> e indica que las facultades de excepción sólo se podrán ejercer en “circunstancias extraordinarias” que “hagan imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios del Estado”.

El artículo 4 de la ley repite prácticamente el artículo 27 de la Convención Americana, que subsume el artículo 4 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. El parágrafo 1 del artículo 4 de la ley garantiza el derecho a constituir partidos y movimientos políticos y el artículo 5 expresa que las limitaciones a los derechos, cuando procedan, no podrán ser tan gravosas que impliquen la negación de la dignidad humana, de la intimidad, de la libertad de asociación y del derecho al trabajo, a la educación, a la libertad de expresión y demás derechos que no pueden ser suspendidos en ningún estado de excepción.

El artículo 8 exige que los decretos de excepción deben señalar los motivos por los cuales se imponen limitaciones a los derechos para demostrar la conexidad con las causas de la perturbación del Estado. El artículo 9 es muy importante, pues señala que las limitaciones a los derechos no se pueden imponer por el solo hecho de declarar un estado de excepción, ya que éstas deben cumplir los principios de finalidad, necesidad, proporcionalidad y motivación de incompatibilidad.

El artículo 15, llamado prohibiciones, dice que además de lo consagrado en la ley, en los estados de excepción no se pueden suspender los derechos humanos ni las libertades fundamentales, ni interrumpir el normal ordenamiento de las ramas del poder público, ni suprimir o modificar los organismos ni las funciones básicas de acusación y juzgamiento. Creo que no se puede interpretar literalmente este artículo en su literal a (derechos humanos y libertades fundamentales), pues no tendría sentido el artículo 4 de la ley que permite la suspensión de unas obligaciones y prohíbe otras relativas a los derechos humanos y además, porque los

---

<sup>5</sup> El art. 3, curiosamente, tiene por título “Prevalencia de tratados internacionales”.

propios tratados internacionales permiten la suspensión de algunas obligaciones como se indicó.

Para efectos de este artículo, el estado de excepción del derecho interno que más se asemeja al conflicto armado interno es el estado de conmoción interior, que el artículo 34 de la ley describe como una grave perturbación de orden público que atenta de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado o la convivencia ciudadana y no pueda ser conjurada por las atribuciones ordinarias de las autoridades de policía.

El artículo 34 faculta al gobierno para restringir ciertos derechos, como el de circulación y residencia, el utilizar temporalmente bienes de los particulares sin perjuicio de la indemnización que corresponda, el de la radio y televisión para divulgar informaciones que incidan en el orden público, el de reunión, el de libre circulación de comunicaciones (intercepción) para buscar pruebas judiciales, el de libertad mediante la aprehensión de personas sospechosas, el uso de servicios o consumo de artículos, los derechos civiles de los extranjeros y, finalmente, en materia de tributación, el gobierno puede imponer contribuciones fiscales o parafiscales para una sola vigencia fiscal.

En conclusión, existe armonía entre la legislación interna y la internacional sobre derechos humanos. Es de destacar que el solo hecho de declarar un estado de excepción no activa el mecanismo de los tratados de derechos humanos que permiten suspender ciertas obligaciones (artículo 9); pero también, cuando corresponda, los estados de excepción del derecho interno serán la vía para suspender obligaciones del derecho internacional.

## **El derecho internacional humanitario**

La denominación del DIH tiene una acepción estricta y otra lata. La primera comprende el derecho asistencial o de Ginebra, que tiene por fin la protección de la persona que en un conflicto armado no es combatiente por haber dejado las armas o pertenecer a la población civil. La segunda, comprende el derecho de Ginebra, y le suma el derecho de la guerra o de La Haya, que prescribe la manera de adelantar la guerra. Esta diferencia hoy día está superada y el derecho humanitario abarca el denominado derecho de La Haya como el de Ginebra.

Las convenciones de La Haya de 1899 versan sobre solución pacífica de conflictos internacionales y leyes y costumbres de la guerra, como la que prohíbe

el uso de proyectiles que arrojan gases asfixiantes y la que prohíbe el empleo de balas que explotan o se expanden en el cuerpo humano.

Las convenciones de La Haya de 1907 son más numerosas. Las principales se refieren a solución pacífica de conflictos internacionales, comienzo de hostilidades, leyes y costumbres de la guerra, derechos y deberes de las potencias y de personas neutrales en caso de guerra terrestre, régimen de barcos comerciales enemigos al comienzo de las hostilidades, transformación de barcos comerciales en barcos de guerra, postura de minas submarinas automáticas de contacto, bombardeo por fuerzas navales en tiempo de guerra, adaptación a la guerra marítima de los principios de la Convención de Ginebra de 1906, ciertas restricciones al ejercicio del derecho de captura en la guerra marítima, establecimiento de un tribunal de presas y derechos y deberes de las potencias neutrales en caso de guerra marítima.

El derecho de La Haya recopiló el derecho consuetudinario de la época. En resumen, este derecho es relativo al *jus in bellum*, recoge el derecho consuetudinario y, a pesar de ser en estricto sentido un derecho de la guerra, hace parte del DIH. En cambio, el derecho de Ginebra, impulsado por la Cruz Roja Internacional, está comprendido básicamente en las cuatro convenciones de Ginebra de 1949, aprobadas en Colombia por Ley 5 de 1960 y sus dos protocolos adicionales de 1977: el primero por sentencia C-574 de 1992 y su depósito se hizo en septiembre de 1993 para entrar en vigor en marzo de 1994; su promulgación se hizo por el Decreto 82 de 1996. El Protocolo II, que es el que interesa para este estudio, fue aprobado por la Ley 171 de 1994, y la Corte Constitucional lo declaró exequible en sentencia C-574 de 1992. El depósito se hizo el 14 de agosto de 1995, entró en vigor para Colombia el 14 de febrero de 1996 y su promulgación interna se hizo por el Decreto 509 de 1996.

Las cuatro convenciones de Ginebra de 1949 versan sobre la mejora de las condiciones de heridos y enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña en tierra, la mejora de las condiciones de heridos y enfermos y de los náufragos de las Fuerzas Armadas en el mar, el tratamiento de los prisioneros de guerra y la protección de los civiles en tiempo de guerra.

El primer protocolo adicional se refiere a la protección de víctimas en conflictos armados internacionales, y el segundo, que nos interesa, a la protección de víctimas de conflictos armados no internacionales. Mientras que el derecho de La Haya sólo se refiere a conflictos internacionales, el de Ginebra trata sobre los conflictos internacionales e internos.

A efectos de este artículo, la fuente normativa de los conflictos internos se halla en el artículo 3 común de las cuatro convenciones de Ginebra de 1949 y en el Protocolo II. Aunque el derecho de La Haya no es en principio aplicable a nuestro conflicto, por ser interno, por la vía de considerar como *jus cogens* la prohibición de ciertas conductas y del uso de algunas armas en conflictos internacionales, podrían aplicarse esas prohibiciones al conflicto colombiano. Esta es una materia en rápida evolución y dinamizada por la entrada en vigor del estatuto de la Corte Penal Internacional.

El ámbito de aplicación material del derecho de Ginebra en nuestro conflicto interno quedó prácticamente superado por el numeral 2 del artículo 214 de la Carta, que ordenó aplicar en todo caso las reglas del DIH, y así lo reconoció la Corte Constitucional en la sentencia que declaró la exequibilidad del Protocolo II. Sin embargo, para los efectos de la completa comprensión de la materia es necesario estudiar la aplicación del derecho de Ginebra en los conflictos internos.

El problema principal consiste en que el artículo 3 común tiene un ámbito de aplicación material distinto del Protocolo II. El otro problema, no menos importante, es el umbral inferior de la aplicación del derecho ginebrino, es decir, desde qué momento y en qué circunstancias puede decirse que hay un conflicto en contraposición a las simples tensiones internas, disturbios interiores como motines esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos. Para desarrollar el tema veremos primero una síntesis de los antecedentes de las normas aplicables para ver después el artículo 3 común y el Protocolo II.

### **Antecedentes históricos**

Emmer de Vattel planteó por primera vez si el soberano debe observar las leyes de la guerra frente a los súbditos que se rebelan contra él.<sup>6</sup> Para aplicar el derecho de la guerra a los rebeldes es necesario su reconocimiento como beligerantes, y ese fue precisamente uno de los grandes obstáculos para aplicarles el derecho humanitario, pues los Estados temían que aplicar este último derecho implicara el reconocimiento como beligerantes. Este obstáculo se superó, como se indicó atrás, pues el artículo 3 común dice que su aplicación no tiene efectos sobre el estatuto jurídico de las partes en conflicto.

---

<sup>6</sup> *Le droit des gens ou principes du droit naturel*, Neuchâtel, 1758, edición Carnegie, 1916, libro III, capítulo XVIII, p. 283. Citado en el Comentario del Protocolo II anotado en la bibliografía.

En 1965, la XX Conferencia Internacional de la Cruz Roja aprobó dos resoluciones sobre protección de civiles y de víctimas en conflictos no internacionales. El año de 1968 fue importante, pues la Conferencia Internacional de Derechos Humanos, reunida en Teherán, estableció una relación entre éstos y el derecho humanitario, al aprobar una resolución concerniente al “Respeto de los derechos humanos en los conflictos armados”.

En 1971 se celebró una conferencia de expertos gubernamentales a la que la Cruz Roja sometió un inventario de problemas sobre el derecho humanitario en conflictos internos. La Cruz Roja elaboró un proyecto en 1973 que sometió a una conferencia diplomática y que constaba ya de dos protocolos: uno, para los conflictos internacionales, y el otro, para los internos. Esta fue la base de los dos protocolos de 1977.

Esta brevísima historia muestra el atraso de la reglamentación para conflictos internos frente a los internacionales, motivado, entre otras razones, por el temor de los Estados de ver menguada su soberanía por la intervención en sus asuntos de terceros Estados. Afortunadamente, la brecha se cerró y cabe un desarrollo paralelo de derecho humanitario para las dos clases de conflictos.

### **El artículo 3 común<sup>7</sup>**

El artículo 3 empieza por su ámbito de aplicación material al decir “En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las altas partes contratantes...”. Después, delimita su ámbito de aplicación personal al referirse a “las personas que no participan directamente en las hostilidades” para enumerar enseguida las prohibiciones frente a dichas personas. Los tres últimos incisos se refieren al derecho de iniciativa del Comité Internacional de la Cruz Roja, a los acuerdos especiales y a la ausencia de efectos del artículo 3 frente al estatuto jurídico de las partes en conflicto.

El principal problema del artículo 3 es que al no definir el conflicto interno, éste se confunda con disturbios interiores y otros hechos análogos, lo que plantea la pregunta de si el artículo 3 es aplicable a dichos disturbios. La conferencia diplomática optó por no definir el conflicto interno con el propósito de darle el mayor alcance posible, pero dentro de ésta se discutieron varios criterios: el de la fuerza organizada con mando responsable de los rebeldes, el de tener que acudir

---

<sup>7</sup> Este artículo aparece de manera idéntica en las cuatro convenciones de Ginebra de 1949.

el gobierno a su fuerza pública, el de otorgar a los rebeldes el estatuto de beligerante, el de inclusión del conflicto en el orden del día del Consejo de Seguridad o la Asamblea General de las Naciones Unidas y, finalmente, el de que los rebeldes tengan un régimen con características de Estado. Ningún criterio se adoptó, como se dijo atrás.

En el comentario del Protocolo II se dice que en general debe haber hostilidades en las que se enfrentan Fuerzas Armadas, pero ¿se aplica el artículo 3 a simples disturbios internos? El comentario sugiere que sí porque, dice, ¿qué gobierno podría sostener que pueda dejar a los heridos sin asistencia o infligirles torturas. La frontera es borrosa, aun cuando es seguro que la tendencia es la de la aplicación del artículo al mayor número de casos.

A manera de digresión, mención especial merecen los acuerdos especiales del artículo 3 por su actualidad y trascendencia en nuestro conflicto. Dice así el artículo en lo pertinente: “Además, las partes en conflicto harán lo posible para poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente convenio”.

Dos consideraciones son esenciales para entender el inciso: la primera, que el artículo 3 es una convención en miniatura, pues en 1949 no había la evolución suficiente para incluir todas las obligaciones humanitarias frente a las personas que no participan directamente en las hostilidades y, por esa razón, el artículo 3 establece apenas un mínimo. Desde ese punto de vista, el artículo 3 es incompleto. La segunda es que la aplicación del artículo 3 no excluye la aplicación de la ley interna de los Estados y mucho menos su derecho penal, pues no hay incompatibilidad entre una y otro.

Tenemos que los acuerdos especiales se firman para hacer aplicables al conflicto interno otras obligaciones humanitarias no incluidas obviamente en el artículo 3, y éste no excluye el derecho interno, de donde se deduce que un gobierno, por virtud única y exclusiva de un acuerdo especial, no puede excarcelar o conceder libertad a presos para intercambiar por secuestrados, puesto que, por una parte, no es ese el propósito de los acuerdos especiales y, por la otra, se podría desconocer el derecho humanitario al conceder veladamente una amnistía por delitos graves según este derecho. El Acuerdo Especial requiere la ‘ayuda’ del derecho interno mediante ley o norma que faculte, sin violar el derecho internacional y la Carta, la entrega de personas condenadas por delitos o reos que estén en prisión. Un Acuerdo Especial sin esa ayuda sería la simple consumación de una extorsión.

**El Protocolo II está consagrado únicamente a los conflictos armados internos y tiene por fin desarrollar y completar el artículo 3 común sin modificar sus condiciones de aplicación**

El Protocolo II, contrario al artículo 3 común, sí define el conflicto armado y le fija un umbral inferior para su aplicación (tensiones internas y otras análogas). El conflicto armado debe tener estas características según el Protocolo II.

La primera tiene que ver con las partes que se enfrentan. Según el Protocolo, tienen que ser las fuerzas gubernamentales con fuerzas armadas disidentes o contra grupos rebeldes armados. La primera situación se da cuando una parte de las Fuerzas Armadas legítimas se torna en disidencia, y la segunda, cuando las fuerzas rebeldes no provienen de las Fuerzas Armadas legítimas. Esta característica deja por fuera del Protocolo los enfrentamientos entre fuerzas armadas no legítimas o gubernamentales, como sucede de hecho en Colombia entre guerrillas y paramilitares. Sin embargo, este vacío carece de trascendencia en Colombia por el mandato del artículo 214 numeral 2 de la Carta y porque el artículo 3 común, en todo caso, sería aplicable. Quiere decir que el artículo 214 numeral 2 ordena aplicar, motu proprio, tanto el artículo 3 como el Protocolo.

La segunda característica es que los rebeldes deben tener un mando responsable, lo que significa una organización suficiente para imponer disciplina y para adelantar operaciones sostenidas y concertadas.

La tercera característica es que los rebeldes deben controlar una parte del territorio. La conferencia no fijó un criterio cuantitativo sobre el dominio territorial, pero sí se entiende que debe ser tal que permita realizar operaciones sostenidas y concertadas y cuidar heridos, enfermos o prisioneros.

La cuarta es el carácter *sostenido* y concertado de las operaciones militares. Como lo dice el comentario del Protocolo, sostenido es lo contrario de esporádico y concertado significa pactar o ajustar. Los criterios de duración e intensidad se descartaron en la conferencia, por su carácter subjetivo.

La quinta y última característica es la capacidad de aplicar el Protocolo II por parte de los insurgentes. Este es el elemento más polémico de aplicación del Protocolo que, como vimos, en Colombia está superado. La redacción del artículo 1 del Protocolo II en realidad lo que exige es la *capacidad* de aplicarlo y no su *aplicación* misma. La frase pertinente dice "... ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo". Hay que decir, en primer lugar, que los rebeldes están

obligados a aplicar el Protocolo II pues, como tratado internacional que es, obliga a los Estados parte y a sus habitantes. En segundo lugar, el derecho humanitario no reconoce el principio de reciprocidad, es decir, la violación del Protocolo por las fuerzas rebeldes no faculta a las fuerzas legítimas para hacer lo mismo, y viceversa. En tercer lugar, y por último, no se podría aceptar que el mero desconocimiento o violación del Protocolo por las fuerzas insurgentes, en una o varias ocasiones, los libere de la obligación de cumplirlo.

Si el umbral superior del Protocolo II es que no se aplica a conflictos armados internacionales, el inferior es que no se aplica a “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”, según reza el numeral 2 del artículo 1 del Protocolo II. Aunque no aparece en el texto del Protocolo II, el Comité Internacional de la Cruz Roja describe los disturbios anteriores así:

Se trata de situaciones en las que, sin que haya, propiamente hablando, conflicto armado sin carácter internacional, existe sin embargo, a nivel inferior, un enfrentamiento que presenta cierto carácter de gravedad o de duración y que da lugar a la realización de actos de violencia. Estos últimos pueden tener formas variables, que van desde generación espontánea de actos de sublevación hasta la lucha entre grupos más o menos organizados y las autoridades que ejercen el poder. En estas situaciones, que no degeneran forzosamente en lucha abierta, las autoridades que ejercen el poder apelan a cuantiosas fuerzas de policía, o bien a las Fuerzas Armadas, para restablecer el orden interno. El número elevado de víctimas ha hecho necesaria la aplicación de un mínimo de reglas humanitarias.

En cuanto a las tensiones internas, según el comentario del Protocolo II, presentan una o varias de estas características: detenciones masivas, un elevado número de detenidos ‘políticos’, probables malos tratos o condiciones inhumanas de detención, suspensión de las garantías judiciales fundamentales, ya sea por la promulgación de un estado de excepción o por una situación de hecho, y, por último, denuncias de desaparición de personas.

El resumen del Comentario es que hay disturbios interiores cuando el Estado utiliza la fuerza armada para mantener el orden, sin que haya conflicto armado y hay tensiones internas cuando el empleo de la Fuerza es una medida preventiva para mantener el respeto de la ley y el orden, sin que haya disturbios interiores.



Los disturbios interiores y las tensiones internas no hacen parte, entonces, del derecho humanitario, pero en tales casos la Cruz Roja ha desarrollado actividades ad hoc. Sí están amparadas esas dos situaciones por el ámbito material de los derechos humanos. Así como el artículo 3 común y el Protocolo II tienen ámbitos de aplicación material diferente, comparten estos rasgos comunes que resalta el comentario: se aplican automáticamente cuando hay conflicto armado y por eso no requieren calificación previa de las partes en conflicto o de terceros; no confieren ningún reconocimiento internacional a la parte insurgente como el régimen de beligerancia, por ejemplo; no otorgan un estatuto particular a los miembros de las fuerzas armadas o de grupos armados capturados por el adversario, lo que quiere decir que tiene la misma protección el militar, el policía y el civil privados de libertad por motivos relacionados con el conflicto y no impide la aplicación del derecho penal interno; confieren absoluta igualdad, desde el punto de vista estrictamente humanitario, a las partes en conflicto, y, por último, la oferta de ayuda de la Cruz Roja no puede ser considerada una injerencia en el conflicto ni en los asuntos internos del Estado.

Para concluir el tema del derecho humanitario, hay que destacar el considerando número 4 del Protocolo II, que es de este tenor: “Recordando que en los casos no previstos por el derecho vigente, la persona humana queda bajo la salvaguardia de los principios de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública”

Aunque aparece en el preámbulo, ésta es la denominada cláusula de Martens, que está en los preámbulos de los convenios de 1899 y 1907 de La Haya relativos a las leyes y costumbres de la guerra terrestre. También aparece en el Protocolo I con una fórmula similar en el artículo 1 párrafo 2.

El nombre procede del catedrático Friedrich von Martens, delegado del zar Nicolás II, en la conferencia de La Haya de 1907. En esencia, la cláusula significa que el hecho de que una conducta no esté prohibida expresamente no significa que sea lícita. Es una cláusula, y en el Protocolo II un principio que es lo del DIH, que puede irradiar sus efectos no sólo en los casos en que hay vacíos en la aplicación de tratados, sino aun a eventos en que dichos tratados no son aplicables. Es, sobre todo, un llamado a la conciencia y al sentido de humanidad que debe subyacer en toda lucha armada. Por último, basándose en esta cláusula se pretendió juzgar al káiser Guillermo II después de la Primera Guerra Mundial, pero Holanda no concedió la extradición o entrega del káiser a los aliados y el juicio no se pudo realizar.

## **El derecho penal internacional**

Esta nueva rama del derecho internacional tiene por objeto el juzgamiento de individuos basándose en delitos internacionales y por un tribunal internacional. El derecho penal de cada país tiene aspectos internacionales como un *iter criminis*, que se inicia en un Estado y se consuma en otro, o la extradición por delitos cometidos en un país cuando el reo no está en ese país, pero no se pueden confundir.

Dos grandes obstáculos tenía este derecho para surgir: el temor de los Estados por la injerencia en sus asuntos internos y el hecho de que el individuo no era considerado sujeto de derecho internacional. Hoy día esos obstáculos están superados, pero el camino no fue fácil. El primer paso se dio en el Tratado de Versalles de 1919, que preveía, como se dijo antes, el enjuiciamiento del káiser por un tribunal penal internacional y además la facultad de los aliados de juzgar ante sus propios tribunales internos a los “acusados de haber cometido actos contrarios a las leyes y a las costumbres de la guerra”. El gobierno alemán, por el tratado, se obligaba a extraditar y a prestar asistencia judicial. El sistema no dio resultado, pues Holanda no extraditó al káiser y Alemania tampoco lo hizo con sus nacionales. De manera sustituta, los alemanes adelantaron los procesos de Leipzig con los cuales los aliados manifestaron, *nolens volens*, su acuerdo, pero fueron procesos simulados para satisfacer a los vencedores.

La Segunda Guerra Mundial dio lugar a la aprobación del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, contenido en el Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945, que declaró: “Los crímenes contra la paz, los crímenes contra la guerra y los crímenes de lesa humanidad fundamentan su punibilidad directamente en el derecho internacional”. Por primera vez se perseguía a alguien por crímenes de derecho internacional. El pasaje más famoso a ese respecto está en una sentencia del tribunal del 1 de octubre de 1946: “*Crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced*”.

La Ley 10 sobre el castigo de personas que sean culpables de haber cometido crímenes de guerra, crímenes contra la paz o crímenes contra la humanidad de 20 de diciembre de 1945, aprobada por el Consejo de Control Aliado, fue fundamental para la aplicación en la Alemania ocupada de estos tipos penales contra criminales de guerra. El Tribunal de Tokio siguió los mismos parámetros del Tribunal de Nuremberg. Después de la Guerra Fría, el Consejo de Seguridad decidió crear, por resolución 827 del 25 de mayo de 1993, un tribunal internacional para juzgar

a los responsables de haber cometido graves violaciones del DIH en el territorio de la antigua Yugoslavia, entre el 1 de enero de 1991 y la fecha que fije el Consejo cuando se restaure la paz. Los artículos 2 a 5 establecen los crímenes de guerra, genocidio y crímenes de lesa humanidad, y de los crímenes fundamentales (*core crimes*) sólo se excluyó el crimen contra la paz.

El Tribunal Penal Internacional para Ruanda también fue creado por el Consejo de Seguridad mediante resolución 955 de 1995 para juzgar los mismos crímenes que juzgaba el Tribunal para Yugoslavia, cometidos entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1994. Finalmente, el 17 de julio de 1998 se adoptó por 120 votos a favor, 7 en contra y 21 abstenciones el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, por la conferencia convocada por las Naciones Unidas.

Según el Estatuto, cuatro crímenes son de competencia de la Corte de Roma: genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y crímenes de agresión. Veamos el ámbito de aplicación material de cada uno de ellos.

## **Genocidio**

El genocidio está consagrado en el artículo 6 del Estatuto de la Corte, y consiste en la intención de destruir por los actos señalados en el artículo, en todo o en parte a un grupo nacional, étnico, racial o religioso. Este artículo retoma, para no contrariarla, el artículo II de la Convención, a fin de prevenir y reprimir el crimen de genocidio del 9 de diciembre de 1948. En ese año, la Unión Soviética logró que no se incluyera el elemento político y en 1998 tampoco se incluyó, pues era inconveniente contradecir o modificar la convención sobre genocidio.

Para efectos de nuestro estudio, el genocidio<sup>8</sup> puede cometerse sin necesidad de que haya un conflicto armado, aunque generalmente se comete dentro de éste. Los ejemplos de la Segunda Guerra Mundial, Yugoslavia y Ruanda confirman este aserto.

## **Los crímenes contra la humanidad**

Estos crímenes están tipificados en el artículo 7, y consisten en una serie de actos cometidos dentro de un ataque generalizado y sistemático lanzado contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque. Al contrario del crimen de

---

<sup>8</sup> Palabra creada por Raphael Lemkin para referirse a los delitos de los nazis contra los judíos. *Genos* es raza, y *caedere*, matar.

genocidio, éste fue objeto de intensos debates, pues desde el Tribunal de Nuremberg y su Estatuto ninguna convención había definido el crimen contra la humanidad. El Estatuto de Nuremberg lo definió como todo acto inhumano (como el asesinato, el exterminio, la reducción a esclavitud, la deportación...) cometido contra todas las poblaciones civiles antes la guerra o durante ésta, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos cometidos después de un crimen de competencia de ese Tribunal.

En 1945, el crimen contra la humanidad era subordinado a un crimen de paz o a un crimen de guerra, y debía estar vinculado a un conflicto armado. En las discusiones del Estatuto de Roma, ciertos países árabes, China e India pidieron que este crimen sólo se pudiera cometer dentro de un conflicto armado, como lo indicaba el artículo 5 del Tribunal Internacional para Yugoslavia. El Tribunal para Ruanda, por el contrario, no exigió que este crimen se cometa en un conflicto armado. No obstante, su Estatuto, en el célebre asunto TADIC, la Corte de Apelación del Tribunal para la antigua Yugoslavia sentenció que la ausencia de vínculo entre un crimen contra la humanidad y un conflicto armado es una regla de derecho internacional consuetudinario.

En conclusión, un crimen contra la humanidad, así como el genocidio, puede ser cometido en tiempo de paz. Poco importa entonces, para el caso colombiano, que haya o no conflicto armado para estos efectos.

### **Crimen de guerra**

El crimen de guerra está consagrado por el artículo 8 y consiste en los actos allí enumerados que sean violaciones graves de las convenciones de Ginebra de 12 de agosto de 1949 contra personas y bienes protegidos por estas convenciones. La definición anterior se refiere a conflictos armados internacionales. Para los conflictos internos, crimen de guerra, según el literal c del artículo 8, es la violación grave del artículo 3 común a las cuatro convenciones cometida contra persona que no participa directamente de las hostilidades, incluidos miembros de las fuerzas armadas que han dejado o depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, heridas, detención o cualquier otra causa. Agrega el literal d del artículo 8 que no cabe el crimen de guerra en caso de tensiones internas y disturbios interiores.

El literal e del artículo 8 tipifica otros crímenes de guerra por violaciones graves, en conflictos armados internos, a las leyes y costumbres de la guerra, pero exige que se cometan en conflictos armados que opongán de manera prolongada

sobre el territorio de un Estado a las autoridades de ese Estado contra grupos armados organizados o entre grupos armados organizados. También excluye las tensiones internas y los disturbios interiores. En resumen, el crimen de guerra, para nuestro estudio, quedó así en el Estatuto de Roma:

- Se requiere que haya un conflicto armado interno.
- No puede haber crimen de guerra en caso de tensiones internas y disturbios interiores.
- Hay dos tipos de crímenes de guerra: los que consisten en la violación del artículo 3 común y los que consisten en las otras violaciones graves de las leyes y costumbres de la guerra, según el derecho internacional. Para este último tipo, el conflicto interno ha de ser prolongado, ha de desarrollarse en el territorio de un Estado y ha de oponer, por una parte, a las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o, por otra, a estos últimos grupos entre sí.

Varios comentarios merece este tipo penal. El primero, la jurisprudencia TADIC tuvo una influencia enorme en el Estatuto de Roma: por una parte, por declarar que muchas conductas graves (crímenes de guerra) contra el derecho humanitario en conflictos armados internacionales lo eran también en conflictos armados internos y, por otra, que los crímenes de guerra se podían cometer por violaciones graves al artículo 3 común, pero también por violaciones a las leyes y costumbres de la guerra. Por esa razón, uno es el conflicto armado interno en que se viola el artículo 3 común y otro es el conflicto armado interno en que se violan leyes y costumbres de la guerra.

El segundo, el crimen de guerra es el único de los del Estatuto de Roma que está subordinado a la existencia de un conflicto armado internacional o interno. Luego, no se puede cometer este crimen en tiempos de paz. El tercero, el crimen de guerra por violación de leyes y costumbres de la guerra requiere una condición que no exigía ni el artículo 3 común ni el Protocolo II: un conflicto armado interno prolongado. Se supone que no se exigen las condiciones del Protocolo II. Además, el crimen de guerra puede cometerse en luchas internas en que no participan las fuerzas legítimas gubernamentales, como sucede en Colombia entre guerrilla y paramilitares.

## **El crimen de agresión**

El crimen de agresión todavía no está reglamentado del todo en el Estatuto de Roma; pero, en todo caso, es un crimen de *jus ad bellum* y no de *jus in bellum*. En el

Estatuto de Nuremberg sólo podía ser cometido por jefes de Estado o gobierno y ministros de Relaciones Exteriores, pues consiste en adelantar una guerra en contra de tratados internacionales o del derecho internacional.<sup>9</sup>

Hitler, por ejemplo, iba a ser juzgado, entre otros, por crimen de agresión o crimen contra la paz por violación del Tratado Briand-Kellog, de 1928, que prohibía la guerra. El problema de este crimen es definir la agresión a pesar de que la Asamblea General de las Naciones Unidas definió la agresión en el sentido del artículo 39 de la Carta en la Resolución 3314 del 14 de diciembre de 1974. El artículo 39 hace parte del capítulo VII y faculta al Consejo de Seguridad para constatar la existencia de una amenaza contra la paz, de una ruptura de la paz o de un *acto de agresión* para tomar medidas obligatorias a fin de restablecer la paz y la seguridad internacional. En consecuencia, podría haber un acto de agresión según el artículo 39 que no sea un crimen de agresión de acuerdo con el Estatuto de Roma. Por lo visto, este crimen no tiene, en principio, vinculación con los conflictos armados internos.

## **A manera de conclusión: el derecho internacional y el conflicto armado interno**

Después de analizar las relaciones del conflicto armado interno con las diferentes ramas del derecho internacional, es hora de destacar y relacionar los puntos que se han tratado:

- a) El reconocimiento de beligerancia de un gobierno a los rebeldes que luchan contra él hace aplicable al conflicto armado interno las leyes y costumbres de la guerra, y a los combatientes aprehendidos por el enemigo se les dará el trato de prisioneros de guerra, de tal suerte que, si no han cometido crímenes contra el derecho penal internacional, deberán ser liberados al final de las hostilidades.
- b) El reconocimiento de beligerancia por un tercer Estado a los insurgentes que luchan contra otro gobierno obliga a aquel Estado a guardar una estricta neutralidad ante las partes en conflicto.
- c) Los derechos humanos se aplican en todo tiempo: durante la paz, de manera plena, y en estados excepción, de manera restringida.

---

<sup>9</sup> En la jurisprudencia de Nuremberg se llama crimen de dirigentes, pues cobija a los altos cuadros políticos y militares.

- d) La mera declaración de un estado de excepción no faculta a un Estado para suspender obligaciones relativas a derechos humanos. Se requiere que se den las condiciones de que tratan los convenios de derechos humanos. Aun en estados de excepción, hay derechos intocables.
- e) La aplicación del DIH a un conflicto armado no implica reconocimiento a la parte insurgente como beligerante y mucho menos como gobierno.
- f) Puede haber estados de excepción sin que haya conflicto armado interno. Si hay conflicto armado interno, aunque improbable, un Estado puede abstenerse de declarar un estado de excepción.
- g) No cabe aplicación del DIH en casos de tensiones internas y disturbios interiores. Estas dos situaciones podrían dar lugar a la declaración de estados de excepción.
- h) Puede haber conflictos armados internos en que se aplique el artículo tres común y no se aplique el Protocolo II. Por el contrario, si el Protocolo II es aplicable también lo es siempre el artículo 3 común. En el caso colombiano, por mandato constitucional, es aplicable a nuestro conflicto armado interno el artículo 3 común y el Protocolo II.
- i) El crimen de guerra es el único delito del Estatuto de Roma que requiere para su comisión la existencia de un conflicto armado.
- j) Mientras los derechos humanos se pueden suspender (algunos) o restringir en caso de conflicto armado interno cuando el Estado proclama un estado de excepción, el DIH es plenamente aplicable.
- k) Hay crímenes de guerra por la violación del artículo 3 común en que se exige la existencia de un conflicto armado interno, como se entiende en dicho artículo 3.
- l) Hay crímenes de guerra por violación de leyes y costumbres de la guerra en que se exige la existencia de un conflicto armado interno prolongado.
- m) La aplicación del DIH no excluye la aplicación del derecho interno del estado concernido, ni mucho menos de su derecho penal.
- n) Puede haber conflictos armados internos en que se aplique el DIH y, sin embargo, no quepa la comisión de crímenes de guerra por violación de las leyes y costumbres de la guerra.
- ñ) Cuando en un conflicto armado interno luchan dos facciones y ninguna de ellas es el gobierno legítimo, no se aplica el DIH (en Colombia no), pero cabe la comisión de crímenes de guerra por violación de leyes y costumbres de la guerra.

- o) Pueden coexistir en un conflicto armado interno la declaratoria de beligerancia, la proclamación de un estado de excepción, la aplicación del DIH y la posibilidad de cometer crímenes de guerra.
- p) Pueden presentarse en el interior de un Estado diversas situaciones, que pueden coincidir o no, así:
- Una situación que pueda dar lugar al reconocimiento de beligerancia por el gobierno donde esta situación se da o por un tercer Estado.
  - Una situación que puede dar lugar a la declaratoria de un estado de excepción, como la conmoción interior, según el derecho interno, y que puede dar lugar o no a la suspensión de obligaciones o restricción de derechos según del derecho internacional de los derechos humanos.
  - Una situación que por ser catalogada de tensiones internas o disturbios interiores no dé lugar a la aplicación del DIH.
  - Una situación que dé lugar a la aplicación del artículo 3 común y no dé lugar a la aplicación del Protocolo II; por el contrario, si el Protocolo II es aplicable, siempre es aplicable el artículo 3 común.
  - Una situación en que se puede aplicar el artículo 3 común y se pueden cometer crímenes de guerra por violación del artículo 3 común.
  - Una situación en que se pueden cometer crímenes de guerra por violaciones graves a las leyes y costumbres de la guerra.
- q) En caso de tensiones internas y disturbios interiores, según el DIH:
- No cabe, al menos en principio, el reconocimiento de beligerancia.
  - Caben las suspensiones de obligaciones y las restricciones de derechos según el derecho internacional de los derechos humanos si se dan las condiciones del artículo 4 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos o del artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos.
  - No cabe la aplicación del DIH.
  - No cabe la comisión de crímenes de guerra pero sí cabe la comisión del delito de genocidio y de los crímenes contra la humanidad.

## **Bibliografía**

- Bélangier, Michael. *Droit international humanitaire*, s. l., Gualino Editeur, 2002.
- Bouchet, Françoise. *Dictionnaire pratique du droit humanitaire*, s. l., La Découverte Syros, 2000.
- Bourdon, William. *La Cour Pénale Internationale*, Paris, Editions du Seuil, 2000.



- Comité Internacional de la Cruz Roja. *Comentario del protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional*, Bogotá, Plaza & Janés, s. f.
- Corte Constitucional de Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-225 de 18 de mayo de 1995.
- David, Eric. *Principes de droit des conflits armés*, s. l., Bruylant, 2002.
- Droit International Public*, NGUYEN QUOC DINH. LGDJ, 1975.
- Harouel Bureloup, Véronique. *Traité de droit humanitaire*, Paris, Presses Universitaires de France, 2005.
- Ley 137 del 2 de junio de 1994 de la República de Colombia sobre estados de excepción.
- Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Derecho internacional de los derechos humanos*, Bogotá, 2004.
- Reuter, Paul y Gros, André. *Traité et documents diplomatiques*, Paris, Presses Universitaires de France, 1976.
- Rousseau, Charles. *Droit international public*, tome III, Paris, Sirey, 1977.
- Torrelli, Maurice. *Le droit international humanitaire*, Paris, Presses Universitaires de France primera edición, 1985.
- Werle, Gerhard. *Tratado de derecho penal internacional*, Valencia, Tirant le Blanch, 2005.