SOBRE LA APLICACIÓN del Derecho de la Guerra en Colombia

JUAN JOSÉ QUINTANA*

Por "Derecho de la Guerra", "Derecho de los Conflictos Armados" o "Derecho Internacional Humanitario" (DIH) entendemos el conjunto de normas del derecho internacional positivo que regulan la conducción de las hostilidades y la protección de las víctimas de los conflictos armados. Antiguamente conocido como *ius in bello*, este cuerpo normativo se desarrolló durante buena parte del Siglo XIX y comienzos del XX con el objetivo primordial de fijar límites a la barbarie y establecer normas generalmente aceptables que regularan la forma en que los Estados se conducían en la guerra. Luego de la Segunda Guerra Mundial, la comunidad internacional logró uno

de sus mayores avances al reconocer como realidad susceptible de regulación jurídica internacional la existencia de conflictos armados que se desarrollan al interior de un Estado, los cuales siempre se había dejado por fuera del alcance material de las normas mencionadas.[1]

Es así como a partir de la adopción de los Convenios de Ginebra de 1949 el derecho internacional contempla unas normas mínimas que deben aplicarse "En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes".[2] Paralelamente con este desarrollo, el moderno DIH pasó a ocuparse con mayor detenimiento de la protección de las víctimas de los conflictos armados, lo cual está inspirado por lo que la Corte Internacional de Justicia ha llamado "elementales consideraciones de humanidad".[3] El otro aspecto sustantivo cubierto por sus normas, el de la forma de conducir las hostilidades y el empleo de ciertos métodos y medios de combate, está estrechamente emparentado con la temática del desarme y con la prohibición del empleo de armas de diversa naturaleza.

Las normas del derecho internacional contemporáneo aplicables en los conflictos armados sin carácter internacional son fundamentalmente el artículo 3 común de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional II de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949, Relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Sin Carácter Internacional.[4]

Como Colombia es Estado Parte en estos instrumentos y en tal carácter está obligada por sus normas de cara a la comunidad internacional, tiene evidente interés intentar despejar algunas de las dudas existentes en relación con la forma en que dichas normas se aplican - o se deben aplicar – al conflicto armado que desangra al país desde hace tantos años. El tema se aborda desde un punto de vista académico y bajo una perspectiva rigurosamente jurídica, es decir en el marco del derecho internacional aplicable.

¿ A Quien Obliga el DIH ?

Un primer aspecto que conviene analizar y que periódicamente cobra actualidad es el que se refiere a las personas que están directamente obligadas por las normas del DIH. En un conflicto armado de carácter internacional la situación no presenta mayores problemas, ya que al existir dos o más Estados involucrados en un conflicto está muy claro que las autoridades de estos Estados están obligadas a cumplir – "a respetar y a hacer respetar", como dicen los Convenios en su artículo 1 – las disposiciones de los tratados en los cuales cada uno de dichos Estado es parte contratante.

Pero si el conflicto no es de carácter internacional, el panorama cambia sustancialmente: las partes en conflicto son, en este caso, las fuerzas armadas de un Estado y los grupos armados[5] que cumplan las condiciones que se estipulan en el artículo 1-1 del Protocolo II, a saber: (a) tener cierto grado de organización; (b) tener un mando responsable; y (c) ejercer

un control territorial tal que les permita realizar "operaciones militares sostenidas y concertadas" y aplicar el Protocolo.[6]

Si, tal como sucede en Colombia, el Estado es parte contratante en los Convenios y en el Protocolo II, no cabe duda de que sus autoridades y, en particular, los integrantes de sus fuerzas armadas, están obligados a cumplir fielmente las disposiciones de dichos instrumentos. Están obligados a ello en virtud del derecho internacional, por cuanto al ratificar los Convenios y al adherir al Protocolo II el Estado colombiano se comprometió frente a los restantes Estados Partes a darle cumplimiento cabal a esas normas en cualquier situación de conflicto armado interno que se pueda presentar en el país y dicho compromiso debe ser honrado por todas y cada una de sus autoridades públicas. Pero lo están así mismo en virtud de expreso mandato constitucional y legal, por cuanto, además de que el artículo 214 de la Constitución Política ordena que "en todo caso, se respetarán las reglas del DIH", el artículo 3 común y el Protocolo II son leyes de la República, cuyo acatamiento por parte de todas las autoridades es una de las bases del Estado de Derecho.

Como consecuencia de esto, en caso de incumplimiento de tales normas por integrantes de las fuerzas armadas, se producen consecuencias jurídicas en los planos internacional e interno. En el plano internacional, los restantes Estados Partes en los tratados de que se trate pueden exigirle a Colombia responsabilidad internacional por la violación de un tratado vigente y pueden recurrir a los diversos procedimientos que ofrece el derecho internacional para hacer efectiva dicha responsabilidad. Si bien es cierto que el Protocolo II no contempla ningún mecanismo institucionalizado de supervisión del cumplimiento de sus normas, en tanto que tratado internacional al cual Colombia adhirió voluntariamente, este instrumento contiene una serie de obligaciones en cuya observancia por parte de las autoridades se ha comprometido "el honor nacional", como reza el Instrumento de Adhesión depositado ante el Gobierno Suizo el 14 de agosto de 1995.

En el plano interno, un incumplimiento de las normas sustantivas del artículo 3 común y del Protocolo II genera las sanciones de todo tipo - administrativas, disciplinarias y penales – que acarrea la desobediencia de un mandato legal por parte de un funcionario de la fuerza pública.

¿ Pero que sucede con la otra parte en el conflicto armado, es decir con los miembros de los movimientos insurreccionales que se enfrentan al Gobierno ? Se ha sostenido en algunos círculos que dichos grupos no se consideran obligados por las normas del DIH, primero por que no son "Alta Parte Contratante" en los tratados respectivos, y segundo por que no existen mecanismos que permitan exigirles el cumplimiento de las mismas ni garanticen, de alguna manera, la sanción de su eventual inobservancia.

A esto puede responderse afirmando que el hecho de no poseer la calidad de parte en los tratados del DIH no exime a los integrantes de los grupos armados de la obligación de cumplir las normas mínimas humanitarias contenidas en ellos. Los tratados del DIH no obligan únicamente por el hecho de ser tratados entre Estados, sino también, y primordialmente, por que en sus textos se recogen y exponen de manera sistemática los principios básicos sobre la conducción de la guerra y las hostilidades que la conciencia común de la humanidad ha reconocido que deben regir los conflictos que se presentan al interior de las fronteras de un Estado.

El objeto y fin del Protocolo II es la protección de las víctimas de los conflictos armados no internacionales y esta protección se ve reducida a la nada si se piensa que solo una de las partes en el conflicto – las fuerzas armadas de una parte contratante – deben cumplir sus normas. Todas las partes involucradas en un conflicto armado están igualmente obligadas a cumplir las normas mínimas de humanidad recogidas en el Protocolo II y esta obligación surge, no tanto del hecho de que una de ellas, o sea el Estado en cuestión, haya adherido al Protocolo, sino del simple hecho de que están tomando efectivamente parte en un conflicto armado, el cual debe desarrollarse dentro de unos parámetros de civilización mínimos establecidos por la comunidad internacional. Por el hecho de que se trata de un conflicto armado sin carácter internacional y de que el grupo reúna las condiciones ya mencionadas, el artículo 3 común y el Protocolo II son aplicable sin más y los grupos guerrilleros que tienen la condición de parte en el conflicto están obligados a cumplir con las normas del DIH. Sólo si lo hacen tienen el derecho a ser considerados – por la opinión pública, nacional e internacional, pero también por el Gobierno al que enfrentan y

por la comunidad internacional - como algo diferente de simples delincuentes comunes.[7] De hecho, en último análisis este razonamiento conduce a la conclusión de que a los propios grupos irregulares les conviene, a largo plazo, darle aplicación a las normas del DIH.

Tal como lo expresó la Corte Constitucional, al revisar la constitucionalidad del Protocolo II:

"...la obligatoriedad del derecho internacional humanitario se impone a todas las partes que participen en un conflicto armado, y no sólo a las Fuerzas Armadas de aquellos Estados que hayan ratificado los respectivos tratados. No es pues legítimo que un actor armado irregular, o una fuerza armada estatal, consideren que no tienen que respetar en un conflicto armado las normas mínimas de humanidad, por no haber suscrito estos actores los convenios internacionales respectivos, puesto que –se repite- la fuerza normativa del derecho internacional humanitario deriva de la universal aceptación de sus contenidos normativos por los pueblos civilizados y de la evidencia de los valores de humanidad que estos instrumentos internacionales recogen. Todos los actores armados, estatales o no estatales, están entonces obligados a respetar estas normas que consagran aquellos principios mínimos de humanidad que no pueden ser derogados ni siquiera en las perores situaciones de conflicto armado.[8]

Visto en estos términos, se puede concluir que las normas del DIH obligan por igual a todas las partes en el conflicto. La confusión surge probablemente del problema diferente de que no hay mecanismos prácticos para hacer efectivo dicho cumplimiento cuando se trata de una violación del DIH cometida por uno de los grupos irregulares. En el plano interno, el mismo hecho de que tales grupos se consideren rebeldes implica un no reconocimiento de la autoridad del Estado en todos sus órdenes, inclusive el represivo. Por lo tanto, solo hay lugar a la aplicación efectiva de una sanción cuando la persona culpable cae en poder de las fuerzas armadas y es procesada por sus acciones bajo el derecho interno del Estado. En el plano internacional, por su parte, el derecho internacional no ha evolucionado todavía hasta el punto de que existan mecanismos efectivos de

represión de las infracciones del DIH cometidas por agentes no-estatales, aunque se han dado pasos gigantescos en ese sentido, el más importante de los cuales es quizás el establecimiento de la Corte Penal Internacional en 1998.[9]

El Protocolo II asume entonces como premisa que las infracciones de sus normas cometidas por individuos serán reprimidas y castigadas mediante la aplicación del derecho penal del Estado en cuyo territorio tiene lugar el conflicto y por esta razón le dedica buena parte de sus disposiciones a establecer garantías mínimas que cobijen a quienes se denomina técnicamente "personas privadas de la libertad por motivos relacionados con el conflicto armado".[10]

Lo fundamental es no perder de vista que el tema del cumplimiento o incumplimiento de las normas es en esencia diferente del de la obligatoriedad de las mismas. Como lo sabe bien los juristas internacionales - y los propios Estados - las normas jurídicas internacionales no se cumplen o dejan de cumplir por que exista un sanción para su incumplimiento y de la inexistencia o inefectividad relativa de tales sanciones no se puede inferir que tales normas no existan o no obliguen a los sujetos a quienes van dirigidas. Como lo expresa con elocuencia uno de los padres fundadores del moderno DIH:

> *"...sería erróneo decir que la insuficiencia de las sanciones debilita la obligatoriedad del derecho. El derecho no es obligatorio porque se sanciona, sino que, más bien, se sanciona porque es obligatorio."*[11]

Por lo tanto, las normas del DIH que regulan la conducción de las hostilidades en conflictos armados internos obligan por igual a todas las partes involucradas en el conflicto - es decir a soldados y guerrilleros, a oficiales y comandantes - con independencia de si su incumplimiento por unos o por otros no puede ser objeto de sanción con el mismo grado de efectividad para todos ellos.

El DIH y el Reconocimiento de la Beligerancia

Un tema que periódicamente atrae la atención de los medios de comunicación y de la opinión pública en Colombia es el del reconocimiento de la beligerancia y las implicaciones que puede tener en una situación de conflicto armado como el que se vive en el país. Este aspecto de la cuestión ha tenido tanta importancia entre nosotros que lo que algunos autores han denominado con justicia "el fantasma de la beligerancia"[12] se constituyó durante casi veinte años en el obstáculo número uno para que Colombia se vinculara formalmente al Protocolo II. La verdad es que la aplicación de las normas mínimas de humanidad consagradas en el artículo 3 común y en el Protocolo II al conflicto armado interno y la posible invocación de la institución jurídica del reconocimiento de la beligerancia son cuestiones legal y materialmente diferentes y que operan en planos normativos enteramente distintos.

Durante mucho tiempo hubo sectores en Colombia que temieron que la adhesión del Estado al Protocolo II produciría, casi de manera automática, el reconocimiento por parte de terceros a los grupos irregulares que operan en el país en calidad de beligerantes. Superado este obstáculo mental, luego de encendidas controversias doctrinales, fue posible que el Congreso aprobara el Protocolo, que la Corte Constitucional lo declarara compatible con la Carta Política de 1991 y que el Gobierno finalmente depositara el respectivo Instrumento de Adhesión. ¿ Y en donde quedó la amenaza o el peligro del reconocimiento de la beligerancia ? Donde siempre estuvo, o sea en la imaginación de quienes, por las razones que fuera, se oponían a que Colombia se hiciera parte en ese importante tratado internacional.[13]

Pero ahora que está en curso un proceso de negociaciones para ponerle término al conflicto interno el problema ha surgido desde otra óptica. Una vez vinculada Colombia al Protocolo II, se presume que el Protocolo es aplicable o debe aplicarse a la contienda interna. Y como quiera que los grupos subversivos que operan en Colombia han alcanzado cierta figuración al nivel de la opinión pública, tanto nacional como internacional, se ha vuelto a plantear el tema de si dichos grupos pueden o deben ser reconocidos como beligerantes y si este eventual reconocimiento está ligado a la vigencia y aplicación del DIH en el conflicto colombiano.

Sobre esto es bueno precisar dos aspectos, uno desde el punto de vista de las normas que regulan esta figura del derecho internacional clásico y otro desde la perspectiva más moderna del derecho aplicable a la protección de las víctimas de los conflictos armados.

En la teoría clásica del derecho internacional - ordenamiento que tiende a ser muy conservador - la beligerancia es una figura que se suele estudiar al examinar el tema de los sujetos del derecho internacional, es decir aquellas entidades que poseen personalidad o subjetividad jurídica internacional. Ante la virtual inexistencia de tratados que regulen la materia[14], debe concluirse que ella está regulada por normas consuetudinarias, o normas de costumbre internacional, las cuales pueden identificarse con la ayuda de "la doctrina de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones".[15] Una adecuada exposición de las normas consuetudinarias aplicables puede encontrarse en el "Reglamento" adoptado por el *Institut de droit international* en su sesión de Neuchatel, celebrada en 1900. El Instituto es una respetada entidad académica y de investigación integrada por conocidos juristas de diversos países y sus pronunciamientos sobre aspectos generales del derecho internacional gozan de

mucha autoridad, especialmente cuando la práctica estatal existente es escasa o poco conocida o cuando no hay tratados aplicables.

En su Reglamento de 1900, el Instituto determinó que uno de los requisitos para que un grupo irregular que opera militarmente al interior de un Estado pueda ser reconocido como beligerante por un tercer Estado consiste en que

> *"...la lucha (sea) conducida en su nombre por tropas organizadas, sometidas a la disciplina militar y conforme a las leyes y costumbres de la guerra."*[16]

Si se da este supuesto, junto con los restantes requisitos de fondo que se establecen en la citada Resolución, los Gobiernos de terceros Estados pueden plantearse si, en términos políticos, están o no dispuestos a efectuar el reconocimiento como beligerante del grupo de que se trate, con las consecuencias, jurídicas y políticas, que ello acarrea sobre las relaciones de ese tercer Estado, tanto con el grupo mismo, como con el Estado en cuyo territorio tiene lugar el conflicto. Es decir que uno de los requisitos que establece el derecho internacional para que se dé el reconocimiento de beligerancia es el cumplimiento por el grupo que aspira a ser reconocido de "las leyes y costumbres de la guerra", o sea lo que en esencia son las normas básicas del DIH. Por lo tanto, no se trata de que debido a que es reconocido como beligerante, un grupo insurrecto quede obligado por el DIH, sino, por el contrario, que únicamente si ajusta su lucha a las normas del DIH un grupo irregular puede aspirar a ser reconocido, ya sea por el Estado territorial o por terceros Estados.

En segundo lugar, desde que la comunidad internacional logró elaborar unas normas humanitarias especiales para ser aplicadas en los conflictos armados no internacionales – lo cual se puede fechar con relativa certeza en el año de 1949, al celebrarse los Convenios y adoptarse el artículo 3 común - está absolutamente claro que la aplicación de tales normas no tiene ninguna implicación sobre el estatuto o naturaleza jurídica de las partes en conflicto, como lo dispone de manera expresa y sin ninguna calificación el artículo 3 común, al disponer que

> *"La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto."*

Comentando esta disposición, el CICR ha sostenido:

> *"Esta disposición es esencial. Sin ella nunca se habría votado el artículo 3,ni ningún otro en su lugar. Responde al temor –siempre el mismo- de que, en caso de guerra civil, la aplicación del Convenio, incluso muy restringida, entrabase al Gobierno legal en su represión legítima de la rebelión o confiriese al bando adverso el estatuto de beligerante, acrecentando así su autoridad y poder. Esta disposición (...) puntualiza, con la mayor claridad, que el objetivo del Convenio es exclusivamente humanitario; que no afecta en nada a los asuntos internos del Estado;*

que sólo garantiza el respeto del mínimo de normas humanitarias que todos los pueblos civilizados consideran como válidas en todas partes y en todas las circunstancias, por estar por encima y fuera incluso de la guerra. Así pues, el hecho de aplicar el artículo 3 no constituye en sí mismo, por parte de un Gobierno legal, ningún reconocimiento de poder alguno a la parte adversa..."[17]

En lo que respecta al Protocolo II, la cláusula citada es plenamente aplicable, por cuanto en su artículo 1 se establece la salvaguardia general de que es un instrumento que desarrolla y completa el artículo 3 común "...sin modificar sus actuales condiciones de aplicación...". Además, el Protocolo contiene una disposición que va incluso más allá, por cuanto prohibe de manera expresa cualquier tipo de intervención en los asuntos internos del Estado en cuyo territorio tiene lugar el conflicto (artículo 3). No cabe duda de que un reconocimiento prematuro de la beligerancia por un tercer Estado podría perfectamente ser considerado por el Gobierno como una intromisión en los asuntos internos del país y por lo tanto como una violación del artículo 3 del Protocolo II, amen de otras normas del derecho internacional general.

En su comentario al Protocolo II, el CICR concluye:

"Como el artículo 3 común, el Protocolo II tiene una finalidad exclusivamente humanitaria y pretende asegurar a los individuos unas garantías fundamentales en todas las circunstancias. Su puesta en práctica no constituye, pues, un reconocimiento, ni siquiera implícito, de beligerancia y no modifica la índole jurídica de las relaciones existentes entre las partes que se enfrentan. Es interesante destacar a este respecto que, hasta el día de hoy, ni el artículo 3 común ni el Protocolo II han sido utilizados con este fin."[18]

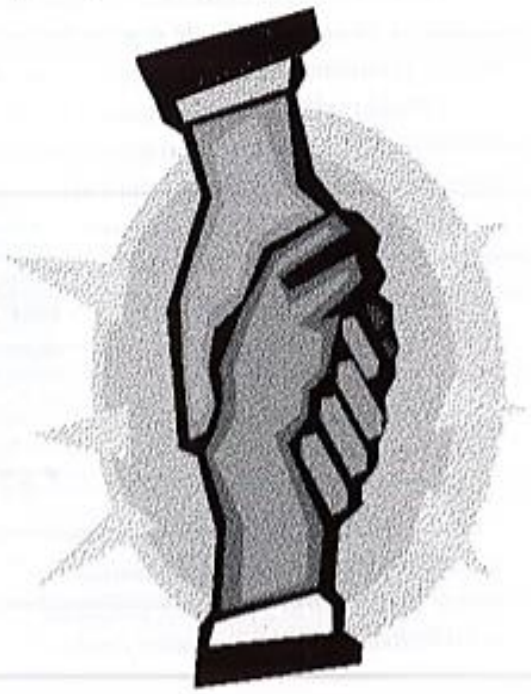
Desde el punto de vista del DIH, entonces, la aplicación de las normas mínimas de humanidad que regulan la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional no surte ningún efecto sobre el estatuto jurídico de los grupos irregulares que, por el hecho de tomar parte en las hostilidades, tienen la condición de parte en el conflicto. Ningún movimiento insurreccional ha sido reconocido jamás como beligerante, o va a serlo, por el simple hecho de que en el conflicto armado en el que participa se apliquen dichas normas mínimas. Si esto sucede, y en concreto si el grupo se distingue por su obediencia y respeto de dichas normas, se da la situación descrita atrás, consistente en que, en la medida en que el grupo cumpla también con las restantes exi-

gencias que contempla el derecho internacional para que se produzca un reconocimiento legítimo de la beligerancia, los Gobiernos de terceros Estados pueden plantearse la posibilidad de efectuar dicho reconocimiento. Si el grupo cumple el DIH, puede aspirar a ser reconocido, pero no va a ser reconocido solamente por que así lo haga.

De otra parte, no debe perderse de vista que el tema del reconocimiento de la beligerancia solo despierta interés en nuestro país, puesto que la mayoría de los autores estima que se trata de una institución claramente en desuso. Un examen de la práctica estatal muestra que en realidad esta figura se aplicó únicamente en contados casos durante el siglo XIX, como pueden ser los de la independencia de las colonias españolas en América, la insurrección griega (1821-1825) o la guerra de secesión de los Estados Unidos (1861-1865). Más importancia tienen las situaciones en las cuales no se aplicó, las cuales incluyen conflictos de la trascendencia de la guerra civil española (1936-1939) o la guerra de independencia de Argelia (1954-1962).[19] El único caso reciente que viene a la mente fue el reconocimiento como beligerantes a "las fuerzas populares" que luchaban con el Gobierno de Nicaragua, efectuado por los Gobiernos del Pacto Andino en junio de 1979, a pocos días de que triunfara la revolución sandinista.[20]

Hay varias razones prácticas que explican esta pérdida de popularidad de la beligerancia. Una es que al surgir unas normas internacionales que son directamente aplicables a las situaciones de conflicto armado interno y al no tener la aplicación de estas normas ningún efecto sobre el estatuto de las partes en conflicto, ya no existe una verdadera necesidad jurídica de recurrir al reconocimiento. Los intereses que puede tener la comunidad internacional, es decir los terceros Estados, en relación con un conflicto armado interno se ven atendidos por dichas normas, con lo cual el reconocimiento se ve relegado al plano de la acción política.[21] Como lo expresó con acierto la Corte Constitucional:

> *"..antes de los Convenios de Ginebra de 1949, un sector de la doctrina consideraba que el derecho de los conflictos armados sólo operaba una vez que el Estado en cuestión o terceros Estados, hubiesen reconocido la beligerancia de los alzados en armas. Esto significa que para que un grupo rebelde pudiera ser*



considerado sujeto de derecho internacional humanitario era necesario que se le reconociera previamente como verdadero sujeto de derecho internacional público, puesto que, en términos muy elementales, la declaratoria de beligerancia confiere a los rebeldes o grupos armados irregulares un derecho a hacer la guerra en igualdad de condiciones y con iguales garantías internacionales que el Estado. (...) Como es obvio, esa situación comportó la inaplicación de las normas humanitarias en los conflictos no internacionales, puesto que la declaratoria de beligerancia afecta profundamente la soberanía nacional. Por ello, los Convenios de 1949 distinguieron rigurosamente entre la declaratoria de beligerancia y la aplicación del derecho humanitario, al señalar que sus disposiciones no podían ser invocadas para modificar el estatuto jurídico de la partes. Esta frase corta entonces de raíz cualquier equívoco sobre la posibilidad de que el derecho humanitario pueda erosionar la soberanía de un Estado."[22]

Otra razón es que la mayoría de los conflictos armados del siglo XX en los que se pudo haber planteado la cuestión fueron las guerras de independencia adelantadas por los movimientos de liberación nacional, las cuales son consideradas, por lo menos desde la adopción de los Protocolos adicionales de 1977, conflictos armados de carácter internacional, en los cuales la beligerancia no juega ningún papel (artículo 1-4 del Protocolo I).

En conclusión, por razones políticas cualquier Estado puede dar el paso de reconocer la beligerancia de un grupo subversivo de los que operan en Colombia, pero esto no sólo se aprecia como poco probable – a la luz de la evolución de la práctica estatal en la materia - sino que tampoco tendría ninguna incidencia sobre la aplicación de las normas humanitarias al desarrollo del conflicto. En términos jurídicos, los efectos de dicho reconocimiento se limitarían a las relaciones entre el Gobierno del tercer Estado con el Gobierno colombiano y con el propio grupo.

Figuras del DIH que NO Se Aplican al Conflicto Armado Colombiano

Finalmente, conviene hacer una somera enumeración de aquellas instituciones y figuras del DIH que son privativas de los conflictos armados de carácter internacional y no tienen aplicabilidad alguna en una situación como la colombiana. Existe la impresión de que en ocasiones algunas entidades y medios de comunicación utilizan de manera equivocada la terminología técnica del DIH, creando la impresión errónea de que determinados conceptos propios de los Convenios de 1949 y del Protocolo I son o pueden ser aplicables en un conflicto armado como el colombiano. Se trata de las siguientes figuras:

Estatuto del combatiente y prisionero de guerra

El denominado "Estatuto del combatiente y prisionero de guerra" es una figura privativa de los conflictos armados internacionales. Esto es así por cuanto, de un lado, la definición jurídica de "combatiente" y la regulación detallada de las condiciones de aplicación de esta categoría técnica figuran en determinadas normas del Protocolo I. De otro lado, en ningún lugar del artículo 3 común ni del Protocolo II se menciona siquiera el término "combatiente" ni se alude al estatuto especial que poseen bajo el moderno DIH quienes tengan esa condición jurídica.

Tal como se sostiene en una publicación del Comité Internacional de la Cruz Roja:

> *"Conviene recordar que, en los conflictos armados no internacionales, no existe estatuto del combatiente ni el que resulta de éste, es decir, el estatuto del prisionero de guerra."*[23]

Lo que si contienen tanto el artículo 3 común como el Protocolo II es el *principio de distinción*, que es uno de los principios fundamentales del DIH. Según este principio, en los conflictos armados sin carácter internacional debe siempre trazarse una distinción clara entre las personas que participan directamente en las hostilidades (que equivalen, en términos generales, a los combatientes de los conflictos internacionales) y las personas que no lo hacen, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por cualquier causa, es decir quienes "hayan dejado de participar" en las hostilidades.[24] Como consecuencia del principio de distinción, las personas del segundo grupo (a quienes, por conveniencia, se puede llamar "no combatientes") gozan de la protección especial que les ofrecen las normas sustantivas contenidas en el resto del artículo 3 común y en las normas pertinentes del Protocolo II. Pero las personas del primer grupo (a quienes se llamaría "combatientes" si se tratase de un conflicto armado de

carácter internacional) no son calificadas de combatientes en dichas normas. El artículo 3 común simplemente no menciona a los individuos que agrupados conforman cada una de "las Partes en conflicto" y el Protocolo II apenas alude en el artículo 6-5 a "las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado".

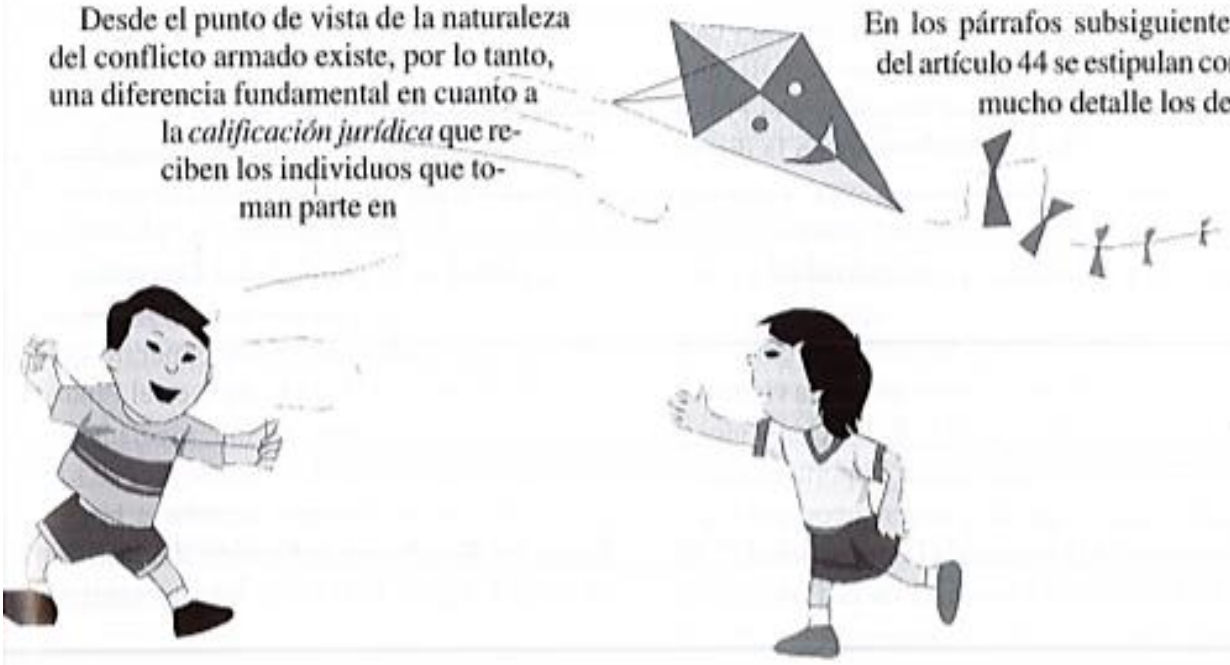
Ilustra este punto una simple comparación entre las disposiciones de los dos Protocolos Adicionales de 1977 en las que se consagra el principio de distinción. Así, mientras en el artículo 48 del Protocolo I se enfatiza en términos expresos la diferenciación entre la "población civil" y los "combatientes", en la disposición equivalente del Protocolo II, que es el artículo 13, tan solo se habla de "la población civil y las personas civiles", quienes gozarán de la protección que confiere el Título IV del Protocolo "salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación.".

Desde el punto de vista de la naturaleza del conflicto armado existe, por lo tanto, una diferencia fundamental en cuanto a la *calificación jurídica* que reciben los individuos que toman parte en las hostilidades. Si el conflicto es de carácter internacional, dichas personas son "combatientes" y se benefician de un estatuto especial, que está regulado en detalle en diversas normas de los Convenios y del Protocolo I, en especial la Sección II del Título III de este último, titulada, justamente, "Estatuto de Combatiente y de Prisionero de Guerra". En cambio, si el conflicto es de carácter interno, dichas personas son simplemente quienes "toman parte en el conflicto" o "participan directamente en las hostilidades" y no se benefician del estatuto mencionado.

Ahora bien, la importancia de la distinción que se busca describir radica en que, según el artículo 44-1 del Protocolo I,

> *"Todo combatiente, tal como queda definido en el artículo 43, que caiga en poder de una Parte adversa será prisionero de guerra".*

En los párrafos subsiguientes del artículo 44 se estipulan con mucho detalle los de-



rechos y prerrogativas de que disfrutan los prisioneros de guerra. Estas normas, al igual que los restantes artículos del Protocolo I o la totalidad del Convenio III de 1949, no tienen ninguna aplicabilidad en los conflictos armados sin carácter internacional, a los cuales es totalmente ajena la figura de los prisioneros de guerra.[25]

El peligro de emplear el término técnico "combatientes" en relación con conflictos internos radica en que pude crear la impresión errónea de que las personas a quienes se aplica ese calificativo poseen el estatuto especial que conlleva la condición de combatiente y en particular pueden, llegado el momento, ser consideradas como prisioneros de guerra, lo cual iría en contravía de las disposiciones de los Convenios y los Protocolos.[26]

Infracciones Graves

El entero sistema de represión y castigo de las violaciones del DIH previsto en los Convenios y el Protocolo I se fundamenta en la distinción entre las "infracciones graves" y otras infracciones. Las infracciones graves, dan lugar a responsabilidad penal individual y constituyen crímenes de guerra, sujetos como tales a una jurisdicción verdaderamente universal. Se consideran infracciones graves la violación de determinados artículos de los Convenios y del Protocolo I, que por su importancia ocupan un lugar especial y deben preocupar especialmente a la comunidad internacional.[27] Ni en el artículo 3 común ni en el Protocolo II hay disposiciones sobre infracciones graves.[28]

Potencias Protectoras

Tanto los Convenios como el Protocolo prevén la existencia de unas "Potencias Protectoras", que son Estados neutrales con respecto a un conflicto determinado a quienes se encarga de salvaguardar los intereses de las partes en conflicto y asegurar la supervisión y ejecución de sus normas. Por su propia naturaleza, la figura de las potencias protectoras solo se presenta en casos de conflicto armado de carácter internacional

.

Comisión Internacional de Encuesta

También en el contexto de la represión de las infracciones del DIH, el artículo 90 del Protocolo I creó una "Comisión Internacional de Encuesta", órgano de carácter permanente que se encargaría de investigar hechos que se aleguen como infracciones o violaciones graves de lo Convenios o del Protocolo y ofrecer sus buenos oficios a las partes para lograr "el retorno a una actitud de respeto" de los Convenios y del Protocolo. Esta competencia de la Comisión no tiene carácter obligatorio, puesto que se requiere que cada Estado parte en el Protocolo la acepte voluntariamente, mediante la formulación de una declaración de aceptación que es similar en muchos sentidos a la que hacen los Estados en aplicación del artículo 36-2 del Estatuto de la Corte Internacional de

Justicia, bajo el sistema de la llamada "Disposición Facultativa".

Al haber sido establecida bajo una disposición del Protocolo I, lo lógico es pensar que esta Comisión sólo puede ejercer funciones en relación con conflictos armados de carácter internacional. De hecho, en las declaraciones citadas cada Parte Contratante en el Protocolo I declara en forma expresa que reconoce la competencia de la Comisión únicamente "con relación a cualquier otra Alta Parte contratante que acepte la misma obligación" y con el fin de que ella adelante investigaciones "acerca de las denuncias formuladas por esa otra Parte". Sin embargo, la propia Comisión, que inició su funcionamiento en 1991, al completarse las veinte aceptaciones de su competencia previstas en el Protocolo, no piensa de esta manera y considera que su competencia puede ir más allá. Basándose en que el literal d) del párrafo 2 del artículo 90 establece que "en otros casos" la Comisión procederá a una investigación a petición de una Parte en un conflicto "únicamente con el consentimiento de la otra o las otras Partes interesadas", la Comisión ha dicho con claridad que está dispuesta a operar en relación con alegadas violaciones del DIH surgidas en conflictos armados no internacionales, siempre que todas las partes en el conflicto estén de acuerdo.[29]

Responsabilidad e indemnización

Por último, el artículo 91 del Protocolo I contempla una norma muy estricta sobre responsabilidad de la Parte en el conflicto que viole las disposiciones de los Convenios o del Protocolo, sumada a una obligación de reparar o indemnizar. Una regla en este sentido está también ausente en el artículo 3 común y en el Protocolo II.

* *Juan José Quintana*

Magister en Derecho Internacional cum laude, Universidad de Leiden, 1997. Consejero de Relaciones Exteriores. Coordinador del Area de Tratados, Oficina Jurídica, Ministerio de Relaciones Exteriores

Citas

[1] Una muy buena exposición de la evolución del derecho internacional a este respecto figura en el Comentario al Protocolo II de 1977 y al artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949, publicado bajo la autoridad de Comité Internacional de la Cruz Roja (J.Pictet, Comentario del artículo 3 común, CICR- Plaza & Janés Editores Colombia, 1998, pp.2-5).

[2] La frase es tomada del encabezado del artículo 3, común a los cuatro Convenios.

[3] Caso del Canal de Corfú (fondo), I.C.J. Reports 1949, p.22. Ver a este respecto: Abi-Saab, G.: "Los principios generales del Derecho humanitario según la Corte Internacional de Justicia", en Revista Internacional de la Cruz Roja, julio-agosto 19887, No.82, pp.387-395. La Corte tuvo ocasión de examinar con mayor detenimiento el DIH en su Opinión Consultiva sobre la Legalidad de la Amenaza o Uso de Armas Nucleares. I.C.J. Reports 1996, p.226.

[4] Colombia es parte en los Convenios desde 1961, en el Protocolo I desde 1992 y en el Protocolo II desde 1995. También pueden ser aplicables al conflicto armado interno normas incluidas en la Convención de La Haya de 1954 sobre Protección de Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado (adhirió en 1998) y en la Convención de 1980 sobre Prohibiciones y Limitaciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que Pueden Considerarse Excesivamente Dañinas o de Efectos Indiscriminados y sus cuatro Protocolos (Adhirió en marzo de 2000).

[5] La norma habla de "fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados" (Protocolo II, artículo 1-1).

[6] En el artículo 3 común sólo se habla de "las Partes en conflicto" y no se hace ninguna precisión sobre la condición o calidad de dichas partes. Por lo tanto, el alcance de esta norma es, en principio, mayor que el de la norma equivalente del Protocolo II, en la medida en que abarca cualquier tipo de conflicto que no tenga carácter internacional. Por ejemplo, un conflicto tribal o un conflicto entre grupos o bandas rivales que han escapado al control de las autoridades centrales y en el que las fuerzas armadas no participan directamente, estaría cubierto por el artículo 3 común pero no por el Protocolo II. Ver también a este respecto la norma pertinente contenida en el artículo 8-2-(f) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado el 17 de julio de 1998.

[7] Kalshoven, F.: "Constraints on the Waging of War", ICRC, Geneva, 2nd ed., 1991, p.59

[8] Sentencia C-225/95 del 18 de mayo de 1995, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero, p.39, par.8.

[9] En todo caso, hay normas internacionales en materia de responsabilidad de los grupos insurgentes. Por ejemplo, en el artículo 14 del Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional se contempla que un acto ilícito cometidos por uno de estos movimientos no se considera acto del Estado para efectos de la generación de responsabilidad internacional (Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1975, Vol.II, p.98 y ss.).

[10] Protocolo II, artículos 2-2, 5 y 6.

[11] Pictet, J.: "Desarrollo y Principios del Derecho Internacional Humanitario", 2ª ed., Tercer Mundo Editores, Instituto Henry Dunant, CICR, Bogotá, 1998, p.100.

[12] Valencia Villa, A.: "Derecho Humanitario para Colombia", Defensoría del Pueblo, 1994, p.116

[13] Al revisar la constitucionalidad del Protocolo II, la Corte Constitucional consideró detenidamente este aspecto del problema y pudo concluir que "...el Protocolo II no vulnera la soberanía nacional, ni equivale a un reconocimiento de beligerancia de los grupos insurgentes." (supra nota 8, p.45, par.14)

[14] Las Convenciones de La Haya y otros tratados relacionados contienen disposiciones sobre la figura de la beligerancia, pero tal como esta se aplicaba en el contexto de conflictos internacionales o guerras en el sentido tradicional del término. Más pertinente es el artículo 1-3, de la Convención de La Habana de 1928 sobre Derechos y Deberes de los Estados en Casos de Guerras Civiles, en el cual se menciona expresamente el reconocimiento de "la beligerancia de los rebeldes".

[15] La frase figura en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que se considera generalmente como una autorizada enumeración de las fuentes del derecho internacional.

[16] Annuaire de L'Institut de droit international, 1900 p.229.

[17] supra nota 1, p.14.

[18] supra 1, Comentario del Protocolo Adicional II – Título I, p.2, par. 4440.

[19] Ver a este respecto, Ducuilescu, V.: "Effet de la reconnaissance de l'état de belligérance par les tiers, y compris les organisations internationales, sur le statut juridique des conflits armés à caractère non international.", Revue Generale de Droit International Public, T. LXXIX, 1975, pp.125-151 y Rousseau, Ch.: "Derecho Internacional Público", Ariel, Barcelona, 3ª. Ed., 1966, pp.299-300.

[20] Memoria de Relaciones Exteriores 1978-1979, p. XXI. En El Salvador nunca hubo un verdadero reconocimiento de beligerancia, pues en octubre de 1981 los Gobiernos de Francia y México emitieron una declaración conjunta en la cual reconocían que la alianza entre el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional y el Frente Democrático Revolucionario constituía "una fuerza política representativa", pero sin indicar en forma expresa que se trataba de un reconocimiento de beligerancia.

[21] Hernández, M.: "Derecho Internacional Humanitario. Su Aplicación en Colombia", Consejería Presidencial para los Derechos Humanos, 1992, p.42 y ss.

[22] supra, nota 8, pp. 44-45, par.14.

[23] M.T. Dutli: "Niños–Combatientes prisioneros", en Revista Internacional de la Cruz Roja, No. 101, sep.-oct. 1990, pp.452-466. Ver también F. Kalshoven: supra, nota 7, p.140.

[24] Artículo 3 común y Protocolo II, artículo 4-1.

[25] El comentario del CICR al Protocolo II es explícito en esta materia: "El Protocolo no impide, en particular, llevar ante los tribunales a un miembro de un grupo armado insurrecto por el hecho de haber empuñado las armas. No le reconoce ni la condición de combatiente ni el estatuto de prisionero de guerra." (supra nota 17, p.2, par. 4441 *in fine*).

[26] En realidad, a nadie se le ha ocurrido sostener que las personas que sean privadas de la libertad en medio de un conflicto armado interno pueden tener esa condición. Si son miembros de los grupos irregulares en poder del Gobierno o miembros de las fuerzas armadas en poder de tales grupos, se trata simplemente de "personas privadas de la libertad por motivos relacionados con el conflicto armado" (Protocolo II, artículo 5-1) a quienes se aplicará el "trato humano" especificado en el Título II de este Protocolo, es decir, las garantías fundamentales del artículo 4, las garantías especiales del artículo 5 y (en el primer caso) las garantías judiciales del artículo 6. Si se trata de personas que no participan directamente en las hostilidades o que han dejado de participar en ellas y están en poder de los grupos irregulares, la única categoría subjetiva en la que pueden caber es la de víctimas de una violación del literal c) del párrafo 2 del artículo 4 del Protocolo, en virtud del cual se prohíbe "en todo tiempo y lugar" la toma de rehenes.

[27] Las disposiciones sobre infracciones graves son: Convenio I, artículos 49 y 50; Convenio II, arts. 50 y 51; Convenio III, arts. 129 y130; Convenio IV, arts. 146-147 y Protocolo I, art. 85.

[28] El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional es probablemente el primer tratado internacional en el cual aparece la novedosa figura de las "violaciones graves" del artículo 3 común y de otras normas del DIH aplicables en conflictos armados internos (artículo 8-2-c y e).

[29] International Fact-Finding Comisión (Folleto), Berne, 1995, p.5. Aunque la Comisión lleva funcionando casi diez años y unos cincuenta Estados han reconocido su competencia, hasta ahora no se ha sometido ningún asunto a su conocimiento. El 17 de abril de 1996, Colombia aceptó la competencia de la Comisión.