



UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

Análisis jurídico del acuerdo humanitario en Colombia a partir del estudio del Derecho Internacional Humanitario.

July Catalina Torres Mojica

Universidad Nacional de Colombia.
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales.
Bogotá D.C., Colombia.
2012.

Análisis jurídico del acuerdo humanitario en Colombia a partir del estudio del Derecho Internacional Humanitario.

July Catalina Torres Mojica

Trabajo de investigación presentado como requisito parcial para optar al título de:
Magister en Derecho, área de profundización en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario.

Director. Fabián Augusto Cárdenas Castañeda.

Universidad Nacional de Colombia.
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales.
Bogotá D.C., Colombia.
2012.

“El fuego interior es fundamental despertarlo como complemento de las ideas, porque es la fuerza que permite las realizaciones.”

Jorge Eliécer Gaitán Ayala.

Agradecimientos

A todas las personas que diariamente nutren mi vida y que fueron siempre una motivación para sacar adelante este reto, en especial mis padres, mis amigos, y Cesar.

Un agradecimiento especial al profesor Fabián Cárdenas, por su tiempo y disposición, ya que su orientación fue indispensable en todo este proceso.

Resumen.

El presente trabajo se propone demostrar que la normatividad del Derecho Internacional Humanitario aplicable a conflictos armados internos, proporciona el marco normativo suficiente para la realización de un acuerdo humanitario en Colombia. Este estudio surge de una preocupación frente a la situación de las personas que se encuentran privadas de la libertad en medio de las hostilidades, y de las posibilidades que ofrece el derecho para mitigar estas consecuencias humanitarias. Con este objetivo, se analiza jurídicamente el concepto de conflicto armado interno y la normatividad que lo regula, pasando por los debates acerca del principio de soberanía, y de la posibilidad que ofrece el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra para realizar acuerdos especiales entre las partes en conflicto. Estos análisis permiten afirmar que, jurídicamente, es suficiente aplicar la normativa internacional existente para hacer realidad un acuerdo humanitario en Colombia, que permita que los grupos armados construyan consensos mínimos en medio de las hostilidades.

Palabras claves: Acuerdo humanitario, Derecho Internacional Humanitario, conflicto armado interno, Colombia.

Abstract.

The present study aims to demonstrate that the norms of international humanitarian law applicable to internal armed conflicts, provides the regulatory framework adequate for the implementation of a humanitarian agreement in Colombia. This study arises from a concern over the situation of persons deprived of freedom during the hostilities, and the possibilities offered by the law to mitigate these humanitarian consequences. To this end, we explore the concept of internal armed conflict and the regulations governing it, through the debates about the principle of sovereignty, and the possibility offered by Article 3 common to the Geneva Conventions to make special agreements between the parties in conflict. Those analyzes support the conclusion that, legally, it is sufficient to apply existing international law to fulfill a humanitarian agreement in Colombia, that allow to armed groups, build minimum consensus during the hostilities.

Key words: Humanitarian agreement, International Humanitarian Law, internal armed conflict, Colombia.

TABLA DE CONTENIDO

Resumen.....	7
Lista de abreviaturas.	11
INTRODUCCION.....	13
CAPITULO 1. ACUERDOS HUMANITARIOS Y REGULACION DE LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNOS.	17
1.1 El Derecho Internacional Humanitario.	17
<i>1.1.1 Definición de Derecho Internacional Humanitario (DIH).</i>	<i>17</i>
<i>1.1.2 Principales características del Derecho Internacional Humanitario.</i>	<i>19</i>
<i>1.1.3 Orígenes y desarrollo del Derecho Internacional Humanitario.</i>	<i>22</i>
1.2 La regulación de los conflictos armados internos.	24
<i>1.2.1 La escasa regulación de los conflictos armados internos.</i>	<i>25</i>
<i>1.2.2 El artículo 3 común a los convenios de Ginebra.</i>	<i>27</i>
<i>1.2.3 El Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra.</i>	<i>30</i>
1.3 La propuesta de acuerdo humanitario en Colombia.	33
<i>1.3.1 Canje, intercambio, acuerdo humanitario y acuerdos especiales.</i>	<i>33</i>
<i>1.3.2 La propuesta jurídica de acuerdo humanitario en Colombia.</i>	<i>36</i>
CAPÍTULO 2. ANALISIS DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO EN CONFLICTOS ARMADOS INTERNOS.	39
2.1. El concepto de soberanía.....	40
<i>2.1.1 Transformación del concepto de soberanía.</i>	<i>40</i>
<i>2.1.2 La soberanía y la regulación de conflictos armados internos.</i>	<i>43</i>
2.2 El concepto de conflicto armado interno.	45

2.3 Régimen de protección de las personas privadas de la libertad en el Derecho Internacional Humanitario.....	51
2.3.1 <i>El estatuto de Prisionero de Guerra.</i>	53
2.3.2 <i>Combatientes privados de la libertad en conflictos armados internos.</i>	56
2.3.3 <i>Civiles privados de la libertad en conflictos armados internos.</i>	59
CAPÍTULO 3. ACUERDO HUMANITARIO EN EL CONFLICTO ARMADO COLOMBIANO.....	64
3.1 El contexto que permite la realización del acuerdo humanitario en Colombia.	64
3.1.1 <i>Existencia de un conflicto armado interno en Colombia.</i>	66
3.2 El marco jurídico que permite la realización del acuerdo humanitario en Colombia. ...	68
3.2.1 <i>La situación de las personas involucradas en el acuerdo humanitario frente al DIH.</i>	71
3.3 El acuerdo humanitario y el conflicto colombiano.....	72
CONCLUSIONES.....	76
BIBLIOGRAFIA.....	80

Lista de abreviaturas.

CAI	Conflicto Armado Internacional
CANI	Conflicto Armado No Internacional
CICR	Comité Internacional de la Cruz Roja
CIJ	Corte Internacional de Justicia
DIDH	Derecho Internacional de los Derechos Humanos
DIH	Derecho Internacional Humanitario
FARC	Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia
ICTY	Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia
ONU	Organización de las Naciones Unidas

INTRODUCCION

Colombia vive un conflicto armado interno complejo, con graves consecuencias humanitarias, entre las que se encuentra la situación de las personas privadas de la libertad por causa del conflicto. En los últimos años se ha llamado la atención especialmente sobre los miembros de la fuerza pública y los civiles que permanecen secuestrados en medio de las hostilidades. En este contexto, el principal interés, además de procurar un tratamiento digno a los secuestrados, es buscar la manera para que estas personas puedan rápidamente recuperar su libertad. Una de las propuestas que más se ha discutido para lograr este cometido es la del intercambio o acuerdo humanitario.

El principal referente existente para analizar el tema del acuerdo humanitario jurídicamente, es el Derecho Internacional Humanitario (DIH), por ser la rama que dentro del Derecho Internacional Público regula los conflictos armados, con el objeto de proteger a las personas que no participan, o han dejado de participar, en las hostilidades y, limitar los métodos y medios de hacer la guerra para tratar de mitigar sus efectos. En el caso colombiano no es claro si la normatividad del DIH permite la celebración de un acuerdo de este tipo, y si ofrece el marco jurídico suficiente para sostener su realización. En este contexto, la pregunta que guía el presente estudio es si ¿el DIH aplicable en Colombia proporciona el marco jurídico suficiente para la realización de un intercambio humanitario?

La hipótesis de trabajo está dirigida a demostrar que dicho marco jurídico sí existe y que se deriva principalmente del hecho de que las personas que permanecen privadas de la libertad, si bien no pueden recibir formalmente el estatus de prisionero de guerra, por interpretación del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra sí es posible hacerles extensivo su régimen de protección. En efecto, la normatividad del DIH aplicable a conflictos armados internos, no sólo permite, sino que favorece la celebración de acuerdos especiales que faciliten la realización de los fines de la normativa humanitaria de limitar los sufrimientos provocados por la guerra.

Como es evidente, el presente estudio no se detiene en el análisis de la normatividad interna colombiana, ya que parte de lo que se pretende demostrar es que el DIH por sí mismo ofrece el marco jurídico suficiente para la realización de un acuerdo humanitario dentro de cualquier conflicto armado interno, por lo que no sería necesario pensar en la creación de

una normatividad adicional, sino que los esfuerzos estarían dirigidos a un mayor conocimiento, interpretación y aplicación de la normatividad internacional ya existente. Lo anterior no obsta para que se hagan algunas referencias al marco jurídico nacional que ayuden a ilustrar mejor el tema.

En relación a la metodología, es necesario señalar que el presente estudio es de tipo cualitativo¹ en el cual se hace una interpretación de la realidad social colombiana, relacionada con las personas que se encuentran privadas de la libertad por causa del conflicto armado interno, y las posibilidades que ofrece el derecho internacional frente a su situación. El marco desde el cual se hizo dicha interpretación, es el campo del derecho, motivo por el cual se utilizó el método del razonamiento jurídico², elaborado alrededor del problema de la permisibilidad, por parte del derecho internacional público, de la celebración de acuerdos humanitarios en conflictos armados internos.

Los análisis que en este trabajo se presentan, se desarrollaron acudiendo a la hermenéutica de primer orden³, en cuanto se hizo interpretación directa del marco normativo internacional; para posteriormente hacer un ejercicio de hermenéutica de segundo orden a través de la interpretación de la jurisprudencia internacional y de la doctrina, esto es “interpretación de la interpretación”⁴. En el desarrollo de dicha metodología, se hizo una recolección de datos, reflejado en el rastreo bibliográfico del problema, y se organizó y conceptualizó la información dentro de un marco teórico que permitiera analizar la hipótesis propuesta, para finalmente deducir de manera razonable alguna teoría interpretativa frente al problema abordado, siguiendo la técnica de argumentación jurídica.

El objetivo principal de la presente investigación, es demostrar que la normatividad del DIH aplicable a conflictos armados internos, proporciona el marco normativo suficiente

¹ En relación a las características de las investigaciones cualitativas en comparación a las investigaciones cuantitativas, ver: Ángel Álvarez, Jaime Alberto, *Modelo práctico para la investigación social. Una metodología para el estudio de fenómenos políticos, jurídicos y culturales*, 40 (Ediciones Universidad Libre, Bogotá, 2008)

² “El razonamiento jurídico es la actividad intelectual discursiva (cognoscitiva y volitiva) del profesional del Derecho, [...], dirigida a interpretar (y eventualmente integrar) las normas de un ordenamiento jurídico-positivo dado y, en consecuencia, a determinar su pertinencia para fundar y para justificar una decisión jurídica, [...] previa utilización de ciertas técnicas argumentativas y el recurso a los tópicos jurídicos o lugares específicos del derecho, con la finalidad de suministrar una solución jurídicamente “razonable” [...]”. Petzold-Pernía, Hermann, *Sobre la Naturaleza de la Metodología Jurídica*, 15, *Frónesis, Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política*, No 1, 116 – 140, 135 (2008).

³ Para una explicación de los conceptos de hermenéutica de primer y de segundo orden, ver: Dueñas Ruíz, Oscar José, *Lecciones de hermenéutica jurídica*, 8 (Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2009)

⁴ *Ibíd.*, 8 y 161.

para la realización de un intercambio humanitario en Colombia. El objeto de investigación descrito se desarrollará básicamente en tres momentos durante el presente trabajo.

En la primera parte, se pretende reconstruir el problema planteado a través de la revisión de los desarrollos normativos y teóricos alrededor de la realización de intercambios humanitarios y acuerdos especiales en conflictos armados internos. Para esto, se presentarán las principales características del DIH, que es el campo base de la presente investigación, se hará un recorrido sobre la evolución de la regulación de los conflictos armados no internacionales, y se presentarán los análisis que desde el derecho, se han realizado sobre el tema de acuerdo humanitario en Colombia.

En un segundo momento, se intenta construir el referente conceptual, normativo y argumentativo, que sustente la hipótesis de trabajo planteada. Con esta finalidad, se aborda el proceso de transformación del concepto de soberanía, ya que esta ha sido uno de los principales argumentos usado por los Estados para oponerse a la aplicación del derecho internacional sobre el derecho interno; se continúa con un análisis mas detallado del concepto de conflicto armado interno desde su fundamento normativo hasta su desarrollo jurisprudencial reciente, y se describe el régimen de protección otorgado por el DIH para las personas privadas de la libertad. Estos análisis proporcionan las bases conceptuales necesarias para analizar en concreto la posibilidad de realizar un acuerdo humanitario en Colombia desde el derecho internacional.

Finalmente, en la tercera parte, se ofrece una posible solución al problema de investigación presentando un marco jurídico aplicable en Colombia para la realización de un intercambio humanitario, fundamentado en la normativa y en la doctrina del DIH aplicable a conflictos armados internos. Para esto, se explica el contexto que posibilita la celebración de estos acuerdos en el caso colombiano, que se encuentra relacionado con la existencia misma del conflicto armado interno; se presenta el análisis de la normatividad aplicable, en este caso el artículo 3 común, y se estudia la posibilidad de aplicar o no, estos acuerdos sobre las personas que se encuentran privadas de la libertad; finalmente, se expone una postura que pretende aclarar los alcances y límites que tienen los acuerdos especiales dentro del conflicto armado colombiano.

En adición a los objetivos anteriormente expuestos, existe la convicción de que los análisis que se desarrollen desde el campo jurídico, deben ser útiles y potencialmente aplicables a una situación concreta. En este sentido, el presente trabajo pretende hacer un aporte al entendimiento de los diferentes actores sociales: Estado, grupos armados ilegales, y

sociedad civil, que facilite la recuperación de la libertad de las personas retenidas por causa de las hostilidades. Lo anterior no desconoce el carácter esencialmente político que tienen los acuerdos humanitarios, sin embargo resalta la importancia de pronunciarse frente a los elementos académicos y jurídicos que pueden convertirse en un marco mínimo de encuentro que posibilite el entendimiento y la comunicación de los actores interesados en el conflicto armado interno colombiano.

CAPITULO 1.

ACUERDOS HUMANITARIOS Y REGULACION DE LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNOS.

El presente capítulo pretende reconstruir el problema de investigación, a saber, si el DIH aplicable en Colombia proporciona el marco jurídico suficiente para la realización de un intercambio humanitario. Con este objeto se abordan las generalidades del DIH que permiten caracterizar esta rama específica del derecho internacional, ya que constituye la base normativa del presente estudio. Entender esas características definitorias del derecho humanitario, permite adentrarse en la normatividad que regula los conflictos armados internos, que es el marco jurídico aplicable al caso colombiano, y se exponen las razones por las que el derecho internacional dio una regulación insuficiente a este tipo de conflictos. Dicha insuficiencia normativa es la base del problema jurídico planteado frente a la posibilidad de realización de acuerdos humanitarios en conflictos internos. Por esta razón, en el cierre de este capítulo, se presentan los conceptos de canje, intercambio, acuerdo humanitario y acuerdos especiales que ayudan a clarificar el problema de investigación, y se exponen las principales propuestas normativas que se han elaborado desde el marco del DIH para la realización de dicho intercambio humanitario en nuestro país.

1.1 El Derecho Internacional Humanitario.

1.1.1 Definición de Derecho Internacional Humanitario (DIH).

La mayoría de autores coinciden en los elementos más importantes que definen el DIH, también conocido como *Ius in bellum*⁵, derecho de la guerra o derecho de los conflictos

⁵ Este concepto que se refiere al conjunto de normas que se deben observar dentro de una situación de conflicto bélico, normalmente se usa para hacer el contraste con el concepto de *ius ad bellum* que hace referencia al derecho que se tiene de iniciar una guerra dentro de las normas existentes. Greenwood, Christopher, *The relationship between ius ad bellum and ius in bellum*, 9, *Review of International Studies*, 221-234, 221 (1983)

armados⁶. Una de las definiciones mas claras la ofrece Jean Pictet, cuando afirma que “el derecho humanitario es esa considerable porción del derecho internacional público que se inspira en el sentimiento de humanidad y que se centra en la protección de la persona en caso de guerra.”⁷. En todo caso, el concepto que más se ha difundido en esta materia es el del Comité Internacional de la Cruz Roja:

“Para ser exactos, por derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) entiende las normas internacionales, de origen convencional o consuetudinario, especialmente destinadas a solucionar los problemas de índole humanitaria que se derivan directamente de los conflictos armados, internacionales o no, y limitan, por razones humanitarias, el derecho de las partes en conflicto a utilizar los métodos y medios de hacer la guerra de su elección y protegen a las personas y los bienes afectados o que pueden verse afectados por el conflicto.”⁸.

Por su parte, Pedro Pablo Camargo retoma esta definición y señala su complementariedad con el derecho internacional público, resaltando el deber que tiene éste último de evitar la ocurrencia de conflictos armados. En consecuencia, el DIH entra a ser vigente sólo cuando el Derecho Internacional General no cumple con este objetivo, y permite que se generen conflictos armados ya sean de orden internacional o interno⁹.

De una manera mas clara el profesor Alejandro Valencia Villa evidencia que mas allá del concepto mismo de DIH, su fundamento central es reconocer el hecho de la existencia de la guerra, y en lugar de tratar de evitarla, labor que parece imposible, procura disminuir sus efectos en las personas que no participan o han dejado de participar en las hostilidades. Sostiene además que la principal razón que inspira la normatividad humanitaria, es un profundo sentimiento hacia la dignidad humana, pues de otra manera, la barbarie y la destrucción serían los desenlaces inexorables de los conflictos armados¹⁰. En palabras de la profesora Aracely Mangas “lo que importa el Derecho Internacional Humanitario no son en

⁶ Verri, Pietro, *Diccionario de Derecho Internacional de los Conflictos Armados*, 44 (CICR, Ginebra, 1998)

⁷ Pictet, Jean, *Desarrollo y principios del Derecho Internacional Humanitario*, 9 (Instituto Henry Dunant, Ginebra, 1986)

⁸ CICR - OEA, *Curso Introductorio sobre Derecho Internacional Humanitario*, 25 (CICR – OEA, Washington, 2007)

⁹ Camargo, Pedro Pablo, *Derecho Internacional Humanitario*, 30 (4a ed., Leyer, Bogotá, 2007)

¹⁰ Valencia Villa, Alejandro, *Derecho Internacional Humanitario. Conceptos básicos, infracciones en el conflicto armado colombiano*, 16 – 17 (OACNUDH, Bogotá, 2007)

sí las hostilidades, las necesidades militares o los intereses de los Estados sino las consecuencias de la guerra en orden a la protección de sus víctimas.”¹¹.

En definitiva, y tratando de recoger los elementos más importantes arriba señalados, tenemos que el DIH es una normatividad que hace parte del Derecho Internacional, y que entra en vigencia cuando éste falla en su labor de evitar los conflictos armados; que el origen principal de sus normas son los convenios y la costumbre internacional, y que tiene como propósito mitigar los sufrimientos causados por la guerra a través de la limitación de los métodos y medios usados para combatir, procurando siempre la protección de la persona humana.

1.1.2 Principales características del Derecho Internacional Humanitario.

De los conceptos de DIH precedentes, se desprenden sus principales características, que definen las similitudes y diferencias con otras normatividades cercanas como la del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH)¹². Las diferencias entre estos dos ordenamientos no significa que el DIH y el DIDH sean excluyentes entre sí, muy por el contrario, estos dos cuerpos normativos son convergentes¹³, y por lo tanto se complementan en su aplicación¹⁴.

Por otra parte, en relación a las características del DIH dentro del campo del Derecho Internacional, es importante señalar que esta normatividad humanitaria constituye una de las ramas del Derecho Internacional Público, de hecho tienen un origen común, ya que “la

¹¹ Mangas Martín, Aracely, *Conflictos armados internos y Derecho Internacional Humanitario*, 16 (Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1990)

¹² Las diferencias entre estas dos normatividades tiene que ver principalmente con el ámbito de aplicación, el tipo de instrumentos que le sirven de fuente, los sujetos destinatarios, los sujetos protegidos y el tipo de denuncia que se hace en caso de ser incumplidas. Madrid-Malo Garizábal, Mario, *Convergencia y complementariedad del Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, en: *Conflicto Armado y Derecho Humanitario*, 131-135 (CICR, Tercer Mundo Editores, Bogotá, 1997).

¹³ Al respecto ver entre otros: Heintze, Hans-Joachim, *La relación entre la protección conferida por el derecho de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario*, Revista Internacional de la Cruz Roja, selección de artículos 2004, No 856, 277-301 (2004); y Madrid-Malo Garizábal, ob. cit., supra nota 12, 136 – 140.

¹⁴ La aplicación conjunta del DIH y el DIDH ha sido un criterio utilizado por la jurisprudencia internacional, por ejemplo La Corte Internacional de Justicia en el caso *The Wall* consideró que: “*The construction of such a wall accordingly constitutes breaches by Israel of various of its obligations under the applicable international humanitarian law and human rights instruments*”. ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory opinion, 9 July 2004, Par. 137.

historia del derecho de la guerra determina la trayectoria del propio Derecho Internacional Público, condicionando de manera decisiva la elaboración de toda la normativa de este último”¹⁵, lo anterior explica el hecho de que una de las funciones básicas que desempeña el ordenamiento internacional actualmente es el mantenimiento de las relaciones internacionales, bajo el postulado jurídico de la preservación de la paz y seguridad internacional¹⁶.

Una característica adicional de esta normatividad es su origen consuetudinario¹⁷. Por esta razón, los principios del DIH obligan a los grupos armados y a los Estados independientemente, en el caso de estos últimos, de si son Partes o no en los tratados¹⁸. El que esta normatividad sea considerada como derecho consuetudinario, no significa que adquiera automáticamente la categoría de *ius cogens*. En sentido contrario, la Corte Constitucional Colombiana y otros autores¹⁹ usan estas dos categorías, la de *ius cogens* y costumbre internacional, de manera errónea como si se trataran de la misma institución. Afirma la Corte Constitucional en la Sentencia C-225 de 1995:

*“Así, esta Corporación, en las sentencias citadas, y en concordancia con la más autorizada doctrina y jurisprudencia internacionales, ha considerado que las normas de derecho internacional humanitario son parte integrante del ius cogens.[...] los principios del derecho internacional humanitario plasmados en los Convenios de Ginebra y en sus dos Protocolos, por el hecho de constituir un catálogo ético mínimo aplicable a situaciones de conflicto nacional o internacional, ampliamente aceptado por la comunidad internacional, hacen parte del ius cogens o derecho consuetudinario de los pueblos.”*²⁰

¹⁵ Swinarski, Christophe, *Principales nociones e institutos del Derecho Internacional Humanitario como sistema de protección de la persona humana*, 14 (Instituto Interamericano de Derechos Humanos – CICR, San José, 1990)

¹⁶ Díez de Velasco, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 74 (14a ed., Tecnos, Madrid, 2003)

¹⁷ Al respecto ver: Henckaerts, Jean-Marie y Doswald-Beck, Louise, *Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, Vol I, Normas*, (CICR, Buenos Aires, 2007)

¹⁸ Kalshoven, Frits y Zegveld, Liesbeth, *Restricciones en la conducción de la guerra. Introducción al derecho internacional humanitario*, 16 (3a ed., CICR, Ginebra, 2001)

¹⁹ Autores como Diana Hernández usan estas categorías como si fueran sinónimos, dice la autora: “La imperatividad de la normatividad no se deriva del consentimiento de los Estados, sino de su carácter consuetudinario (*ius cogens*); de ahí que sean igualmente obligatorias para los Estados y las partes en conflicto, aun cuando no hayan aprobado ninguno de los tratados respectivos.” Hernández Hoyos, Diana, *Lecciones de Derecho Internacional Humanitario*, 54 (2a ed., Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2002)

²⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-225 de 1995. MP: Alejandro Martínez Caballero.

Es de recordar que mientras el carácter consuetudinario se refiere al sistema de fuentes del Derecho Internacional²¹, la categoría de *ius cogens* se refiere a la jerarquía superior que adquieren contadas normas, y que por esta calificación, no admiten acuerdo en contrario y sólo pueden ser modificadas por una norma posterior que alcance esta misma categoría²².

En este mismo sentido, el profesor Ricardo Abello-Galvis, afirma que:

*“[...] para la Corte Internacional de Justicia el Derecho Internacional Humanitario es una norma consuetudinaria, tal y como lo sostiene la Corte en los fallos mencionados. Pero lo anterior no quiere decir que nos encontremos frente a normas imperativas o de ius cogens; por ende, no podemos compartir una tesis como la de la Corte Constitucional de Colombia, que identifica los conceptos de costumbre, normas de ius cogens y Derecho Internacional Humanitario.”*²³.

En definitiva, no es lo mismo que una norma sea catalogada como costumbre a que sea catalogada como *ius cogens*. Por esta razón, si bien las normas del DIH tienen un origen consuetudinario, es incorrecto afirmar que por este hecho su contenido alcance la jerarquía de *ius cogens*²⁴, como lo hace la Corte Constitucional colombiana. Lo anterior no desmerita en nada el carácter obligatorio de este cuerpo normativo.

²¹ El principal referente para identificar las fuentes del Derecho Internacional es el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. “Artículo 38. 1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: (...) b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”.

²² La definición más reconocida de Ius Cogens es la consignada en el art. 53 de la Convención de Viena de 1969. “Artículo 53. Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (“jus cogens”). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.”.

²³ Abello-Galvis, Ricardo, *Introducción al estudio de las normas de ius cogens en el seno de la Comisión de Derecho Internacional, CDI*, Revista Universitas, No 123, 75-104, 99 (2011)

²⁴ Acosta López, Juana Inés, y Duque Vallejo, Ana María, *Declaración Universal de Derechos Humanos, ¿norma de Ius Cogens?*, International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, No 12, 13-34, 29 (2008)

1.1.3 Orígenes y desarrollo del Derecho Internacional Humanitario.

La doctrina explica los orígenes históricos del derecho humanitario y clasifica sus instrumentos internacionales dentro de lo que ha denominado corrientes²⁵ o ramas²⁶ del DIH. Dentro de esta clasificación la más conocidas han sido el Derecho de la Haya y el Derecho de Ginebra. Recientemente otros autores²⁷ han incluido una tercera clasificación denominada corriente de Nueva York.

El Derecho de La Haya tiene sus principales referentes históricos en el Código de Lieber de la guerra civil norteamericana, y en la Declaración de San Petesburgo de 1868²⁸, bajo este concepto se agrupan los tratados internacionales que se dedican a la regulación de las hostilidades y la limitación en el uso de métodos y medios de combate. Por su parte, el Derecho de Ginebra, se explica históricamente desde la publicación de *Un recuerdo de Solferino* en 1862 por parte de Henry Dunnant, de donde surge la idea de crear un organismo como el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR)²⁹, bajo esta denominación de Derecho de Ginebra se conoce el desarrollo normativo que protege la población y los bienes civiles, y a las personas que no participan directamente de las hostilidades³⁰.

Además de estas dos categorías tradicionales, se incluye una tercera que denominada la vertiente de Nueva York, donde se resalta el creciente interés que tuviera Naciones Unidas en la década de los 60 y los 70 para promover los “derechos humanos en conflictos armados”³¹. Este trabajo de Naciones Unidas se remonta a los primeros intentos de persecución de crímenes de guerra en los tribunales de Nuremberg y Tokio, y a las crecientes preocupaciones sobre el tema de la bomba atómica luego de la Segunda Guerra Mundial. Posteriormente esta preocupación sobre los derechos humanos en conflictos armados se van a ver reflejadas en los informes anuales y resoluciones de la Asamblea General y varias comisiones especiales de la ONU, especialmente en relación con la

²⁵ Kalshoven, y Zegveld, ob. cit., supra nota 18, 21.

²⁶ Delacoste, Pierre, *Concepto, Génesis y Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario*, en: *Conflicto Armado y Derecho Humanitario*, 6 (CICR, Tercer Mundo Editores, Bogotá, 1997)

²⁷ Kalshoven, y Zegveld, ob. cit., supra nota 18, 21-36.

²⁸ Para ver más sobre la importancia de estas codificaciones ver: Valencia Villa, Alejandro, *La humanización de la guerra. Derecho internacional humanitario y conflicto armado en Colombia*, 32-34, 37 (Uniandes – Tercer Mundo Editores, Bogotá, 1991)

²⁹ En esta misma línea se ubica la creación de los cuatro Convenios de Ginebra. En este sentido ver: *Ibíd.*, 34 – 41.

³⁰ Valencia Villa, Alejandro, *Derecho humanitario para Colombia*, 25 – 26 (Defensoría del Pueblo, Bogotá, 1994)

³¹ Kalshoven, y Zegveld, ob. cit., supra nota 18, 34.

protección de mujeres, niños y periodistas, por un lado, y por otra parte, una serie de pronunciamientos alrededor de las guerras de liberación nacional en el contexto del conflicto palestino y del proceso de descolonización en África³².

Estas ramas del DIH permiten identificar el origen y la evolución de esta normatividad, pero no representan ninguna división sustancial en el momento de interpretar y aplicar dicho cuerpo normativo. Actualmente a nivel jurídico, todos estos instrumentos, independientemente de su origen, hacen parte de un único DIH³³, recogido esencialmente en los cuatro Convenios de Ginebra ratificados en 1949³⁴, estos son: I Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, II Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar, III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, y IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra; y los dos protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra de 1977, estos son: Protocolo I relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, y Protocolo II relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional³⁵.

La convergencia entre estas ramas del DIH se produce, entre otras razones, porque la protección de la población civil, incluye la regulación de los métodos y medios de hacer la guerra, y porque los debates entre *ius ad bellum* y *ius in bellum*³⁶, que justificaba la

³² Al respecto ver: *Ibíd.*, 33-36.

³³ Al respecto ver: Díez de Velasco, *ob. cit.*, supra nota 16, 939; y Valencia Villa, *ob. cit.*, supra nota 10, 32.

³⁴ Aunque no todos los convenios nacieron ese mismo año, de hecho, sólo el último convenio es de esta fecha, si fue en la Conferencia Diplomática de Ginebra del 12 de agosto de 1949, donde se revisaron y se adoptaron los cuatro convenios en conjunto. Para revisar más información sobre el origen de cada convenio, y la organización de la Conferencia, ver: CICR, *Los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, 3-23 (CICR, Ginebra, 1986)

³⁵ Vale señalar que estos no son los únicos protocolos adicionales, ya que en el año 2005 la Conferencia Diplomática de los Estados Parte en los Convenios de Ginebra, reunida en dicha ciudad, decidió adoptar el Tercer Protocolo Adicional de los Convenios de Ginebra por el que se crea un emblema adicional a los emblemas de la cruz roja y de la media luna roja. Este nuevo emblema se refiere al cristal rojo. No obstante se sigue considerando que la normatividad esencial del DIH por los temas que regula son los Cuatro Convenios de Ginebra y sus dos primeros Protocolos adicionales.

³⁶ “*Contemporary jus ad bellum prohibits the use of force, with the exception of the right to individual or collective self-defence and Security Council enforcement measures. Jus in bello, on the other hand, has as its aim the conciliation of ‘the necessities of war with the laws of humanity’ by setting clear limits on the conduct of military operations. Theoretically, jus ad bellum and jus in bello are two distinct bodies of law; each has different historical origins and developed in response to different values and objectives.*” Moussa, Jasmine, *Can jus ad bellum override jus in bello? Reaffirming the separation of the two bodies of law*, 90, *International Review of the Red Cross*, No 872, 963-990, 965 (2008). Para ver como se relacionan estos dos conceptos en conflictos armados internos ver: Bugnion, François, *Jus ad bellum, jus in bello and non-international armed conflicts*, 6, *Yearbook of International Humanitarian Law*, 167-198 (2003)

marcada distinción entre derecho de La Haya, y derecho de Ginebra, se transformaron con las regulaciones de Naciones Unidas sobre la prohibición del uso del recurso de la guerra³⁷. Hoy en día, la convergencia entre estas tres ramas: La Haya, Ginebra y Nueva York, se hacen evidentes en los desarrollos sobre la persecución y castigo de infracciones al derecho humanitario, más específicamente se comprueba esta confluencia en la aprobación en 1998 del Estatuto de la Corte Penal Internacional³⁸.

Con todo, vemos como el DIH al tener como propósito la mitigación de los sufrimientos causados por la guerra, constituye el marco jurídico idóneo que se ofrece desde el derecho internacional para analizar la regulación de los conflictos armados. Entender su proceso histórico, nos permite identificar con mayor claridad las finalidades que persigue de regular, y no de evitar, la guerra; lo que va a ser fundamental en el momento de entender los alcances de sus disposiciones en un caso concreto. Teniendo este marco general, nos acercamos al tema de conflicto armado interno que es el marco jurídico concreto aplicable al caso colombiano.

1.2 La regulación de los conflictos armados internos.

En términos generales, se reconoce que la normatividad proveniente del DIH aplicable a un conflicto armado interno es esencialmente el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, más conocido como el Protocolo II. Son menos nombrados otros instrumentos de la normatividad humanitaria que también se aplican a este tipo de conflictos como el Protocolo II enmendado anexo a la Convención de 1980 sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales (CCAC); los Protocolos I, III, IV y V anexos a la CCAC; la Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, y el Segundo Protocolo de la Convención de La Haya para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado³⁹.

³⁷ Uprimny, Rodrigo, *Sentido y aplicabilidad del Derecho Internacional Humanitario en Colombia*, en: *Conflicto Armado y Derecho Humanitario*, 151- 152 (CICR, Tercer Mundo Editores, Bogotá, 1997)

³⁸ Kalshoven y Zegveld, ob. cit., supra nota 18, 41.

³⁹ Mack, Michelle, *Mejorar el respeto del Derecho Internacional Humanitario en los conflictos armados no internacionales*, 9 (CICR, Ginebra, 2008)

1.2.1 La escasa regulación de los conflictos armados internos.

Los conflictos armados internos o conflictos armados no internacionales (CANI) han tenido características comunes a través de la historia. Las principales causas de su ocurrencia han sido el reemplazar un gobierno por otro, o el deseo de alguna fracción del Estado de separarse y lograr su independencia⁴⁰. Dentro de esta revisión histórica, el patrón que se presentó en los procesos coloniales de África y Asia, se caracterizó en un primer momento por el levantamiento popular en contra del poder colonial para lograr la independencia, y en un segundo momento, después de lograda la independencia, la violencia interna para tomarse el poder continuaba, generalmente por motivaciones tribales, étnicas o religiosas⁴¹.

La necesidad de regular los conflictos armados internos se produjo en gran medida por el importante aumento que tuvieron respecto de los conflictos armados internacionales (CAI); puesto que entre las décadas de los cincuenta y los sesenta, el número de conflictos internacionales era superior a los de carácter interno; pero a partir de los años setenta, los CAI disminuyeron notablemente, principalmente por la finalización de los conflictos anticoloniales, frente a un incremento de los CANI. Desde los años ochenta hasta el presente, la gran mayoría de conflictos armados en el mundo son internos⁴².

Sin embargo, estas razones no fueron suficientes para persuadir la voluntad de los Estados. En los años setenta se comenzó a plantear la necesidad de regular los CANI, más allá del artículo 3 común. Jean Pictet recuerda como esta dificultad se produjo históricamente porque los conflictos armados internos, significaban, en su gran mayoría, levantamientos en contra del régimen establecido⁴³. Lo cierto es que estos conflictos seguían creciendo en número y en intensidad mostrando unas consecuencias humanitarias nefastas. Ante este contexto, el CICR comienza un trabajo a favor de la regulación de los CANI, encontrándose con diferentes oposiciones por parte de los Estados, principalmente porque veían que esta normatividad impondría límites para controlar los levantamientos internos que existiesen en su contra. Así, los Estados interpretaron la regulación de los conflictos

⁴⁰ Moir, Lindsay, *The Law of internal armed conflict*, 1 (Cambridge University Press, Cambridge, 2002)

⁴¹ Ibid.

⁴² Human Security Report Project, *Human Security Report 2009/2010: The Causes of Peace and the Shrinking Costs of War*, 22 (Oxford University Press, New York, 2011)

⁴³ Pictet, ob. cit., supra nota 7, 53.

armados internos, como un ataque a los principios de soberanía y seguridad estatal, y como una clara intervención por parte de terceros en los asuntos internos⁴⁴.

Estas oposiciones se verían claramente reflejadas en la Conferencia Diplomática que sesionó de 1974 a 1977, donde se discutió el texto del Protocolo II y que sufrió una fuerte disminución, puesto que pasó “de 47 artículos en el proyecto del CICR de junio de 1973 a 28 artículos en el texto definitivo aprobado por la Conferencia el 10 de junio de 1977”⁴⁵. La sensación que dejó la regulación del conflicto armado interno en 1977 la expresa muy bien la profesora Mangas:

“En el conflicto armado internacional la actitud de las delegaciones enlazaba plena y generosamente con el espíritu humanitario que inspiran los Convenios de Ginebra, (...) Sin embargo, esa actitud humanitaria se quebraba cuando esas mismas delegaciones estatales, incluso en el curso de una misma sesión de trabajo, abordaban la misma cuestión, pero en el marco de un conflicto armado interno. Esa filosofía humanitaria tradicional sufría una mudanza irreconocible: el interés esencial en el conflicto armado interno es protegerse el Estado a sí mismo, y no parece importar la suerte de la población civil ajena al conflicto armado, ni la suerte del personal sanitario, ni de los heridos o enfermos... El progreso que en nuestra civilización supuso la inspiración protectora del Derecho Internacional Humanitario a favor de la suerte de las víctimas del conflicto armado se invirtió regresivamente en los conflictos armados internos modernos, en los que la seguridad y pervivencia del Estado parece tener una incompatibilidad casi absoluta con la preservación de la vida y la dignidad humana.”⁴⁶

En este contexto es preciso preguntarse por qué los conflictos armados internos deben ser sujetos a la regulación internacional. Al respecto el profesor Lindsay Moir expone tres argumentos: primero, porque a pesar del carácter no internacional de los conflictos, estos tienen un efecto profundo sobre la paz y seguridad internacional. Las hostilidades o sus efectos pueden desbordarse hacia los Estados vecinos a través de flujos de refugiados en las fronteras. En este punto también se corre un riesgo de que un tercer Estado decida

⁴⁴ Pictet, ob. cit., supra nota 7, 53-55.

⁴⁵ Mangas, ob. cit., supra nota 11, 47.

⁴⁶ *Ibíd.*, 53.

intervenir a favor de alguna de las partes en conflicto, causando un escalamiento de las hostilidades⁴⁷.

Una segunda razón, estaría relacionada con que el derecho internacional ya no sólo regula las relaciones entre los Estados, sino que siguiendo el ejemplo del desarrollo de los derechos humanos después de la segunda guerra mundial, los individuos también son titulares de derechos y obligaciones bajo el derecho internacional. Así como el trato que da el gobierno internamente a sus ciudadanos es ahora regulado por el derecho internacional, entonces, la protección en caso de conflicto armado de sus ciudadanos, es una materia que igualmente concierne a toda la comunidad internacional⁴⁸.

El tercer argumento está referido a que el derecho internacional protege a todas las personas que no participan de las hostilidades en los conflictos armados internacionales, y no existe razón para que se deje de proteger a otras víctimas sólo porque el carácter del conflicto es no internacional; de hecho, la experiencia ha demostrado que frecuentemente los civiles necesitan una protección mayor cuando el conflicto armado es interno⁴⁹.

Finalmente, y a pesar de las dificultades para desarrollar una normatividad para los CANI, se conquistaron dos instrumentos internacionales esenciales para la aplicación del DIH en este tipo de conflictos, el artículo 3 común y el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra.

1.2.2 El artículo 3 común a los convenios de Ginebra.

Dentro de la normatividad del DIH, el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra ocupa un lugar especial, entre otras cosas por ser la primera disposición de derecho internacional destinada a regular y proteger las víctimas de un conflicto armado interno⁵⁰. Jean Pictet señala como después de la II Guerra Mundial hubo un aumento de las guerras civiles frente al número de conflictos armados internacionales⁵¹. Esto en gran medida por

⁴⁷ Moir, Lindsay, ob. cit., supra nota 40, 2

⁴⁸ *Ibíd.*

⁴⁹ *Ibíd.*

⁵⁰ Cullen, Anthony, *The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law*, 25 (Cambridge University Press, Cambridge, 2010)

⁵¹ Pictet, ob. cit., supra nota 7, 57.

la multiplicación de procesos subversivos al interior de los Estados. Es en este contexto en el que el CICR decide introducir el artículo 3 común con la pretensión de regular por parte del derecho internacional un asunto interno. La discusión sobre su texto definitivo, se daría durante la Conferencia Diplomática de 1949⁵². La disposición finalmente aprobada fue la siguiente:

Artículo 3. Conflictos no internacionales.

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

1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo.

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;

b) la toma de rehenes;

c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;

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

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

⁵² *Ibíd.*

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

Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio.

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

Después de intensos debates el texto final de este artículo 3, fue una versión debilitada de los borradores propuestos originalmente por la Cruz Roja; sin embargo, la aprobación de este artículo significó un gran triunfo, pues contiene las garantías humanitarias fundamentales, y por primera vez el derecho internacional impuso obligaciones derivadas de un tratado a todas las partes en conflicto, sin necesidad de recurrir a la teoría del reconocimiento de la beligerancia⁵³, lo cual queda claro en la última disposición del artículo. El que la aplicación de esta norma no haga surtir efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto, significa que no se legitima políticamente a los rebeldes y que estos siguen siendo criminales de derecho común al interior de los Estados⁵⁴.

Por todas estas características el artículo 3 común ha sido catalogado como un convenio en miniatura, o el mínimo humanitario aplicable en casos de conflicto armado.

El artículo 3 común a los Convenios de 1949 es el único artículo especialmente redactado para los casos de conflictos armados no internacionales; por ello, se le califica, a veces, de «miniconvenio», o de «Convenio en los Convenios». Estipula normas que las partes en un conflicto armado interno «tendrán la obligación de aplicar, como mínimo». Dado que, en la época actual, la mayoría de los conflictos armados forman parte de esa categoría, el artículo ha adquirido una importancia que, difícilmente, podrían haber previsto sus autores⁵⁵.

Adicionalmente este artículo ha sido catalogado como norma de costumbre internacional. Al respecto la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia señala que:

⁵³ Perna, Laura, *The formation of the treaty law of non-international armed conflicts*, 53 (Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 2006)

⁵⁴ Cassese, Antonio, *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, 253 (Ariel, Barcelona, 1993)

⁵⁵ Kalshoven, y Zegveld, ob. cit., supra nota 18, 80.

“Article 3 which is common to all four Geneva Conventions of 12 August 1949 defines certain rules to be applied in the armed conflicts of a non international character. There is no doubt that, in the event of international armed conflicts, these rules also constitute a minimum yardstick, in addition to the more elaborate rules which are also to apply to international conflicts; and they are rules which, in the Court's opinion, reflect what the Court in 1949 called "elementary considerations of humanity" (...).”⁵⁶.

No obstante, también se han señalado los principales vacíos que deja este artículo 3 común. Entre ellos el que esta disposición deje “numerosas dudas en cuanto a la situación de los combatientes que son hechos prisioneros o detenidos con las armas en la mano y en cuanto al tránsito del régimen del artículo 3 a la aplicación plena de los Convenios.”⁵⁷. De todas maneras, y en términos de aplicabilidad normativa, esta disposición tiene ventajas frente a otras regulaciones posteriores sobre conflictos armados internos como es el Protocolo II, ya que este tendría unas condiciones más estrictas definidas en su artículo 1, esto es su ámbito de aplicación material; por lo que las situaciones de conflicto que queden por fuera del ámbito del Protocolo II, en todo caso siguen siendo reguladas por el derecho humanitario a través del artículo 3 común como norma residual⁵⁸.

1.2.3 El Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra.

Varios años pasaron desde el artículo 3 común, para que en 1977 fuera aprobada una normatividad mas detallada para los conflictos armados de carácter no internacional, este es el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, o sencillamente el Protocolo II.

La profesora Aracely Mangas describe como fue el contexto político de su elaboración. Ella clasifica las diversas posiciones que tuvieron los más de 120 países reunidos en la conferencia, de la siguiente manera: la primera, la posición de los países del tercer mundo y de los países comunistas como Rumanía y China como los detractores del Protocolo II, quienes argumentaron principalmente que el principio de libre determinación que se estaba

⁵⁶ ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, Judgment, 27 June 1986. Par. 218.

⁵⁷ Mangas Martín, ob. cit., supra nota 11, 41-42.

⁵⁸ Pictet, ob. cit., supra nota 7, 58.

discutiendo⁵⁹, podría ser usado en contra de los países plurinacionales o plurirraciales, con el objeto de lograr su independencia, y de esta manera apoyara movimientos subversivos o de secesión⁶⁰.

Un segundo grupo lo conformarían los países occidentales como Canadá y Gran Bretaña junto con otros países comunistas como la URSS y la RDA, que sería un apoyo moderado, en cuanto reconocían el valor del Protocolo, pero proponían que su regulación debía ser sobre temas exclusivamente humanitarios, y de esta manera interfiriera lo menos posible en las legislaciones internas, imponiendo mínimas condiciones y restricciones a las existentes en las constituciones nacionales⁶¹.

Un tercer grupo de Estados, entre los que se encontraban países nórdicos como Noruega, y países como Nueva Zelanda, procuraron la máxima protección. El representante noruego se destacó en toda la Conferencia por sostener que la protección a la persona humana debería ser la misma en conflictos armados internacionales o internos, ya que esta distinción no provenía de ningún criterio humanitario, por lo que el régimen aplicable a las víctimas no tenían que depender de la naturaleza política o jurídica del conflicto. En este sentido, y reconociendo las dificultades que podría tener la propuesta, fueron partidarios de la idea de promover un solo Protocolo⁶².

Finalmente, Aracely Mangas destaca el proyecto Pakistaní de reducción del Protocolo II, que fue fundamental. Se señala como una semana antes de terminar la conferencia, existían serios indicios de que sólo se iba a aprobar el Protocolo I, puesto que no había acuerdo frente al Protocolo II. Frente a este panorama, la delegación Pakistaní decidió en último momento, reelaborar un proyecto de protocolo, donde se suprimieron los temas difíciles para las delegaciones, y se suprimieron incluso títulos completos como el de métodos y medios de combate, y el relativo a socorros. “A diferencia del proyecto del CICR que fue objeto de discusiones durante cuatro años, el proyecto pakistaní, que dio origen al vigente Protocolo II, apenas suscitó discusiones y se fueron aprobando sus veintiocho preceptos con gran facilidad y mediante consenso, salvo el artículo 1 que fue puesto a votación.”⁶³.

⁵⁹ La libre determinación de los pueblos fue uno de los principios recogidos en 1970 por la ONU en la *Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la carta de las Naciones Unidas*. Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución 2625 (XXV), 24 de octubre de 1970.

⁶⁰ Mangas Martín, ob. cit., supra nota 11, 47-49.

⁶¹ *Ibíd.*, 49-50.

⁶² *Ibíd.*, 50-51.

⁶³ *Ibíd.*, 52.

Una postura diferente es la de David P. Forsythe quien fue observador en las primeras sesiones de la Conferencia Diplomática y quien sostiene que en el momento de hacer el balance de lo que se perdió en este proceso de aprobación finalmente no fue significativo, porque, según el autor, nada realmente revolucionario se encontraba en el borrador adoptado inicialmente por el CICR, de esta manera, no hay pérdidas realmente valiosas en el terreno humanitario. Algunos cambios fueron apenas simbólicos como remover la frase “partes en el conflicto” para sugerir que los rebeldes no tenían el mismo estatus con las fuerzas gubernamentales⁶⁴.

Con todo, el Protocolo II siguió generando varias controversias para su aplicación por parte de los Estados. Colombia por ejemplo, manifestó las preocupaciones que tenía frente al instrumento y que mantuvo por muchos años después de su aprobación. Los argumentos expuestos básicamente fueron los siguientes: “que (...) puede emplearse para presentar al Estado como el único violador del Protocolo; que permite la internacionalización del conflicto; que existe una indeterminación sobre a quién corresponde calificar las condiciones de aplicación material del Protocolo y con qué criterios se debe realizar; y que puede utilizarse para buscar un reconocimiento de beligerancia (...)”⁶⁵.

El CICR por su parte ha hecho un trabajo de divulgación de esta normatividad básica para conflictos armados no internacionales, tratando de hacer claridad frente a esos temas que aún generan controversias, y responder a las inquietudes manifestadas por los Estados. Dice en el texto del Comentario del Protocolo II y del artículo 3 común, que son varias las características que comparten estas dos normatividades, principalmente que: se aplican automáticamente tan pronto como una situación se presente de facto como un conflicto armado, su aplicación no confiere ninguna forma de reconocimiento internacional a la parte insurgente, no otorgan un estatus particular a los miembros de las fuerzas armadas o de grupos armados capturados por el adversario, las dos normatividades se basan en el principio de igualdad de las partes en conflicto, y el ofrecimiento que hacen de un organismo imparcial como el CICR, en modo alguno implica una injerencia en el conflicto ni en los asuntos internos del Estado⁶⁶.

⁶⁴ Forsythe, David P., *Legal management of internal war: the 1977 protocol on non-international armed conflicts*, 72, *The American Journal of International Law*, No 2, 272-295, 282-283 (1978)

⁶⁵ Valencia Villa, Alejandro, *El Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra*, en: *Conflicto Armado y Derecho Humanitario*, 109 (CICR, Tercer Mundo Editores, Bogotá, 1997)

⁶⁶ Junod, Sylvie-Stoyanka, *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*

Hacer un recorrido histórico por la normatividad aplicable a CANI, esto es, el artículo 3 común y el Protocolo II, permite entender las cuestiones problemáticas que surgieron en el intento de regular las confrontaciones armadas al interior de los Estados. Lo anterior explica los vacíos normativos existentes en el DIH frente a cuestiones como el intercambio de combatientes privados de la libertad en conflictos internos. Estudiado este marco internacional, a continuación se presentan las principales propuestas que han surgido para llenar este vacío normativo con el propósito de facilitar un intercambio humanitario en Colombia.

1.3 La propuesta de acuerdo humanitario en Colombia.

1.3.1 Canje, intercambio, acuerdo humanitario y acuerdos especiales.

Antes de analizar las propuestas de acuerdo humanitario en Colombia, es necesario hacer referencia a algunos términos, que si bien no hacen parte en sentido estricto, de la normatividad humanitaria, sí son utilizados en nuestro país para referirse a la propuesta de liberar a algunas personas que se encuentran secuestradas por parte de uno de los grupos armados organizados, a cambio de que el Gobierno libere algunos miembros de estos grupos armados que se encuentran recluidos en establecimientos penitenciarios. Esta propuesta ha sido denominada por los medios de comunicación y por la opinión pública en general, de manera indistinta, como canje, intercambio o acuerdo humanitario. En una conferencia en 2006, Rafael Pardo se refería al tema de la siguiente manera:

“En el tema de acuerdo humanitario yo era totalmente opuesto cuando ese tema se planteó con la palabra canje en el año 98. Me parecía inconveniente por varios motivos (...). La reflexión que hice y que quiero transmitir es esta: el intercambio humanitario no ofrece una ventaja militar para las FARC porque las FARC sacan su gente de las cárceles [con fugas], salen solos [por pena cumplida], o los reemplazan de cualquier otra manera, en cambio los secuestrados no salen, si no hay un acuerdo, ellos no salen. Por eso me parece muy importante resaltar el tema del acuerdo humanitario, porque es realmente

carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios, 79-83 (CICR - Plaza & Janés Editores, Bogotá, 1998)

humanitario, y no ofrece ventaja ninguna en el campo militar para las FARC, ni ofrece desmoralización para las tropas... ”⁶⁷. (Subrayado fuera del original).

De esta manera vemos como, estos términos se usan casi como si fueran sinónimos. De hecho el tema es referenciado por algunos autores con los tres nombres “acuerdo, canje o intercambio humanitario”⁶⁸, y ofrecen alguna definición de lo que se trata: “el acuerdo humanitario, entonces, es eso: un acuerdo de humanidad, simple y sencillo, que no resuelve el conflicto; un acto concreto en medio de la guerra para lograr la libertad de personas que están en injusto cautiverio.”⁶⁹.

Hay que señalar que ninguno de estos términos, en sentido estricto, hace parte de la normatividad humanitaria. Por eso, en este punto es importante resaltar el término de *acuerdos especiales* que sí se encuentra dentro del DIH aplicable a conflictos armados internos. Este término lo encontramos dentro del artículo 3 común cuando dice: “Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio.”. (Subrayado fuera del original).

Los acuerdos especiales, según el diccionario de Derecho Internacional de los conflictos armados de Pietro Verri, son: “acuerdos que las Partes en conflicto pueden concertar entre ellas para mejorar o completar las normas estipuladas en: G I, art.6; G II, art. 6; G III, art. 6; G IV, art. 7; GP I; GP II; H CP.”⁷⁰. Las referencias normativas que cita esta definición, son los artículos que en los Convenios de Ginebra se titulan ‘acuerdos especiales’, y que dice que los Estados pueden concertar este tipo de acuerdos sobre cualquier cuestión que les parezca pertinente definir particularmente, aclarando que estos no perjudicarán la situación de las personas protegidas. Las siguientes referencias normativas son el Protocolo I y II en su integridad, y la Convención para la Protección de los Bienes Culturales de la Haya.

Esta definición tan específica se ha ampliado un poco por parte del CICR, con el objeto de promover los acuerdos especiales, como uno de los mecanismos jurídicos viables actualmente para mejorar la aplicación del DIH en conflictos armados internos. Con este propósito ofrece la siguiente descripción:

⁶⁷ Pardo, Rafael, *Conferencia Acuerdo Humanitario*, en: *Papeles de comunicación No 3 Acuerdo Humanitario*, 27 (GICOVI-Grupo de Investigación en Comunicación y Violencia, Editorial Universidad Santiago de Cali, Cali, 2006)

⁶⁸ Lozano Guillén, Carlos, *El conflicto con las Farc. Medio siglo a la espera de la paz con democracia y justicia social*, en: *Qué, cómo y cuándo negociar con las Farc*, 234 (Intermedio editores, Bogotá, 2008)

⁶⁹ *Ibid.*, 234.

⁷⁰ Verri, ob. cit., supra nota 6, 17.

“Según lo dispuesto en el artículo 3 común, los acuerdos especiales autorizan a las partes en conflictos armados no internacionales (entre un Estado y uno o más grupos armados o entre grupos armados) a comprometerse explícitamente a respetar el derecho humanitario.

Un acuerdo especial puede crear nuevas obligaciones jurídicas, si va más allá de las disposiciones del DIH ya aplicables en las circunstancias específicas (un acuerdo "constitutivo"), o bien retomar simplemente el derecho que ya vincula a las partes (un acuerdo "declarativo"). Asimismo, puede limitarse únicamente a ciertas normas específicas que, en el marco de un conflicto en curso, pueden adquirir una pertinencia particular. En este caso, el acuerdo debe establecer claramente que, pese a su alcance limitado, sus disposiciones se aplicarán sin perjuicio de lo dispuesto en las otras normas aplicables que no se mencionan en él.”⁷¹.

En esta nueva definición se amplían los alcances de los acuerdos humanitarios, puesto que no los restringe a que sean aplicados frente a unos instrumentos jurídicos concretos, sino que incluso abre la posibilidad de realizar acuerdos que superen las disposiciones de la normatividad humanitaria, lo que definen como acuerdos constitutivos, que en todo caso no desmejoren el régimen de protección conferido. Por otra parte, en el texto de Comentario del artículo 3 común, se aclara que si bien las partes en conflicto no están obligadas a acatar más que el propio artículo 3, si están obligadas a hacer todo lo posible para ampliar la aplicación del DIH en los conflictos armados internos. Dice el texto citado:

“Esta disposición no sólo brinda una posibilidad práctica, sino que hace, además, una exhortación acuciante, señala un deber: ‘las Partes en conflicto harán lo posible por (...)’. Aunque las partes, cada uno por lo que le atañe, no tienen el deber de observar unilateralmente otra norma que el artículo 3, están obligadas a procurar una aplicación más amplia, mediante un acuerdo bilateral.”⁷².

Estas definiciones amplían las posibilidades que tienen los acuerdos especiales dentro de los conflictos armados internos, cuestión que se profundizará en los siguientes capítulos. Por el momento, y siguiendo los objetivos de este primer capítulo de establecer algunas claridades conceptuales, se puede afirmar que: intercambio, acuerdo o canje humanitario, se

⁷¹ Mack, Michelle, ob. cit., supra nota 39, 16.

⁷² Junod, ob. cit., supra nota 66, 346.

refieren básicamente a la misma propuesta de liberar a las personas que se encuentran bajo la custodia de una de las partes del conflicto, a cambio de que la otra parte, en este caso el Gobierno colombiano, libere a otros combatientes que se encuentran privados de la libertad en establecimientos estatales.

Aclaremos también que estos tres términos son usados indistintamente por la opinión pública, pero que dentro del derecho humanitario, no se hace referencia explícita a ninguno de ellos, por lo que dicha propuesta estaría recogida dentro del término de *acuerdos especiales* que según la definición del CICR, pueden ir mas allá de lo establecido en la misma normatividad, y sería un deber de las partes en conflicto, procurar su realización.

Consecuentemente tenemos que la categoría de acuerdos especiales dentro del DIH es mucho más amplia, y podría incluir tantos temas como quisiesen las partes contendientes, como por ejemplo, extender la aplicación de los Convenios de Ginebra a una situación de un conflicto interno. De esta manera, lo que en el contexto colombiano se entiende como acuerdo o intercambio humanitario, sería uno de los muchos tipos de acuerdos especiales que permite y promueve el DIH en contextos de conflicto armado no internacional.

1.3.2 La propuesta jurídica de acuerdo humanitario en Colombia.

Los marcos jurídicos que se han propuesto en Colombia para hacer viable un acuerdo humanitario, “abordan la aplicación de los estados de excepción; el derecho de gracia; una adición constitucional; y la aplicación ampliada del DIH.”⁷³. En este último caso, las propuestas están dirigidas a interpretar y aplicar el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, específicamente la posibilidad que otorga esta norma para celebrar acuerdos especiales. Uno de los propósitos que tienen estos acuerdos especiales es integrar los instrumentos del DIH a la realidad de los conflictos, es decir llevarlos a la práctica. “No se trata de repetir en los acuerdos humanitarios los contenidos del Derecho Internacional Humanitario, sino convenir la forma de su aplicación efectiva. El gran desafío es poder aterrizar estas normas.”⁷⁴.

⁷³ Ramos Garbiras, Alberto, *Conflicto Interno, fronteras y crisis diplomática*, 36 (Universidad Libre, Cali, 2008)

⁷⁴ Instituto de Derechos Humanos y Relaciones Internacionales, *Reflexiones sobre la suscripción de un acuerdo para la humanización del conflicto armado colombiano. Memorias y relatoría*, 27 (Centro Editorial Javeriano, Bogotá, 2001)

Una de las propuestas es la de utilizar el artículo 3 común para ampliar la aplicación de “las normas de la Tercera Convención y el Protocolo I Adicional y reconocer el carácter de combatientes de los guerrilleros retenidos en combate y presos por delitos relacionados con la confrontación armada.”⁷⁵. Lo anterior llevaría a que no fueran penalizados los combatientes, en virtud de la aplicación de la teoría del delito político. Esta última consideración, no sería viable en el caso de los combatientes que incurrieron en delitos de lesa humanidad, los cuales deberán acudir a los tribunales y recibir las penas correspondientes⁷⁶. En definitiva, esta argumentación le daría un marco jurídico al Gobierno para realizar un acuerdo humanitario, sin necesidad de ley facultativa especial para este tema, sino a través de aplicación directa del artículo 3 común⁷⁷.

La propuesta más concreta en este tema es la de Caterina Heyck Puyana, quien ofrece un texto que sería la fórmula concreta para un acuerdo humanitario viable para el caso colombiano. Sostiene la autora que el contenido que acordarían las partes para un eventual intercambio humanitario sería el siguiente:

“De conformidad con el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, las partes en conflicto acuerdan dar aplicación a las normas que rigen los conflictos armados de carácter internacional sobre estatus de combatiente y de prisionero de guerra (establecidos en las normas que rigen los conflictos armados internacionales) y en tal virtud pactan un intercambio de combatientes (guerrilleros presos en las cárceles por miembros de la Fuerza Pública en poder de las FARC). - Este acuerdo implica un reconocimiento de las FARC sobre la obligatoriedad de respetar el DIH y por ende su compromiso de liberar unilateralmente a todos los civiles secuestrados.”⁷⁸.

Esta es una fórmula que por el mismo sentido del artículo 3 común, “no implica ni exige un cese al fuego para las partes, ni a las hostilidades, mucho menos una tregua (...)”⁷⁹, sino que dichos acuerdos se celebran en el contexto mismo de las hostilidades. En el contexto colombiano, esta propuesta se justificaría más aún, si se tiene en cuenta que los casos de

⁷⁵ Heyck Puyana, Ana Caterina, *Sí al acuerdo humanitario. Razones históricas políticas y jurídicas para realizarlo*, 234 (Editorial la silueta, Bogotá, 2004)

⁷⁶ *Ibíd.*, 234-235.

⁷⁷ *Ibíd.*

⁷⁸ Heyck Puyana, Caterina, *Derecho Internacional, Acuerdo Humanitario y Resolución pacífica del secuestro*, 455 (Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2011)

⁷⁹ Ramos Garbiras, ob. cit., supra nota 73, 40.

resolución del secuestro a través del diálogo y la negociación han protegido y garantizado de mejor manera los derechos a la vida y a la integridad de los cautivos, en comparación con la opción de los rescates militares⁸⁰.

En definitiva, la propuesta de un acuerdo humanitario en Colombia que no necesitara de una normativa adicional de carácter interno, se desprendería directamente de la aplicación del Derecho Internacional, y estaría fundamentada en la celebración de un acuerdo especial, consagrado en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, para aumentar la protección conferida por el DIH en una situación de conflicto armado interno. No obstante es importante recordar que a nivel interno, esta normatividad es vinculante como parte del bloque de constitucionalidad⁸¹.

⁸⁰ Heyck Puyana, ob. cit., supra nota 78, 439-448.

⁸¹ Sentencia C-225 de 1995.

CAPITULO 2.

ANALISIS DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO EN CONFLICTOS ARMADOS INTERNOS.

En el capítulo anterior, se reconstruyó el problema de investigación, a saber, si el DIH proporciona la normatividad suficiente para la celebración de un acuerdo humanitario en Colombia. Esta reconstrucción se hizo a través de las definiciones y características de DIH, las regulaciones que esta normatividad ofrece para conflictos armados internos, y las propuestas que han surgido desde el campo jurídico sobre el tema de acuerdo humanitario. Luego de esa contextualización, el presente capítulo intenta construir el referente conceptual, normativo y argumentativo, que sustente la hipótesis de trabajo planteada, esto es, demostrar que el DIH aplicable a conflictos armados internos, no sólo permite, sino que favorece la celebración de acuerdos especiales que faciliten la realización de los fines de la normativa humanitaria de mitigar los sufrimientos provocados por la guerra. Para construir dicho referente argumentativo, se aborda el proceso de evolución del concepto de soberanía, ya que éste explica las tensiones que se generan con los Estados en relación a la aplicación del derecho internacional sobre el derecho interno y consecuentemente con la regulación de los conflictos armados domésticos; en este mismo sentido, se continúa con un análisis más detallado del concepto de conflicto armado interno desde su fundamento normativo hasta su desarrollo jurisprudencial reciente, lo que nos permitirá analizar sus definiciones vigentes; y finalmente, se describe el régimen de protección otorgado por el DIH para las personas privadas de la libertad, específicamente lo relacionado con prisioneros de guerra en el campo internacional, para hacer el paralelo con lo que sucede en los conflictos armados internos con los combatientes y civiles que se encuentran en esta situación. Así, este segundo capítulo constituye el marco teórico que orienta la presente investigación.

2.1. El concepto de soberanía.

A continuación se hace un recorrido a través de la transformación del concepto de soberanía, que tiene importancia dentro del presente estudio en cuanto explica el contexto de las tensiones que se presentan ante la pretensión de regular desde el ámbito internacional, situaciones de derecho doméstico de los Estados. Si bien es cierto estas consideraciones aplican para cualquier regulación de derecho internacional, frente a las regulaciones de conflictos armados internos, que hace parte del objeto de estudio que aquí se desarrolla, toma una mayor importancia, puesto que el tema de la guerra ha sido central dentro del derecho de gentes y la construcción misma del derecho internacional, y por otro lado, porque los conflictos armados internos, muchas veces cuestionan la autoridad establecida y de hecho buscan reemplazarla, lo que entra en directa contradicción con el ejercicio soberano del poder en el ámbito interno, como se verá a continuación.

2.1.1 Transformación del concepto de soberanía.

En términos históricos, el concepto de soberanía aparece de manera conjunta con el concepto de Estado a finales del siglo XVI. Esta concepción, se deriva del hecho que en busca de abolir las estructuras medievales, se teorizó sobre la necesidad de un cuerpo político caracterizado por la concentración del uso de la fuerza en un territorio de limitado, y sobre una determinada población, en busca de crear unidad y cohesión política⁸². Junto con este concepto de soberanía, que se refería principalmente al ejercicio de poder en el ámbito interno, fue surgiendo otro concepto mas complejo, que era el de igualdad soberana que pretendía asegurar su autoridad e independencia frente a otros Estados en el proceso de entablar relaciones exteriores⁸³. De esta manera, la soberanía se ha asociado no sólo con la idea de organización de la autoridad nacional, esto es que dichas autoridades sean los únicos árbitros del comportamiento legítimo dentro de un territorio, sino que este concepto

⁸² Perna, ob. cit., supra nota 53, 13.

⁸³ Uribe Vargas, Diego y Cárdenas Castañeda, Fabián Augusto, *Derecho Internacional Ambiental*, 53 (Universidad Jorge Tadeo Lozano, Bogotá, 2010)

de soberanía, entendido ya como soberanía westfaliana, tiene que ver sobretodo con la exclusión de cualquier autoridad externa de los asuntos internos de un Estado⁸⁴.

De acuerdo a lo anterior, la idea de soberanía tiene que ser entendida de manera apropiada desde sus dos facetas, por una parte desde la idea de suprema autoridad dentro del Estado, y por otra parte, desde la concepción de independencia política y legal de los otros Estados que se encuentran separados geográficamente. Estas dos facetas no son cuestiones separadas, sino que son dos diferentes aspectos integradores de una misma idea. La soberanía tiene una dimensión constitucional de derechos y obligaciones de los gobiernos y los ciudadanos de un Estado particular, y tiene una dimensión internacional frente a los múltiples Estados en relación con los otros, y cada uno de ellos ocupando su propio territorio y teniendo relaciones exteriores y acuerdos con sus pares, que incluyen temas de paz y cooperación, pero también relaciones discordantes y guerras periódicas⁸⁵. Esta nueva concepción de soberanía va a tener muchas implicaciones en la teoría política, ya que hoy se considera que este es un principio básico dentro de la constitución de los Estados modernos y es fundamento esencial dentro del sistema internacional⁸⁶.

Según Bertrand Badie, la soberanía es entonces un concepto dinámico y cambiante a través de la historia en el derecho internacional, y que hoy en día ese poder absoluto se ha modificado con la entrada de nuevos actores y principios en la escena internacional. Las tesis van desde las que sostienen que hoy en día el concepto de soberanía se encuentra erosionado, y lo que existe en la práctica de los Estados, son múltiples interacciones que crean microrregulaciones dentro de un contexto de creciente complejidad, por la pluralidad de procesos que hoy se clasifican como internacionales; y por la heterogeneidad, que se ve reflejada en un contexto pluricultural constituido por múltiples racionalidades y espacios desordenados⁸⁷. Bajo estas características, difícilmente puede hablarse de un mundo soberano, sino que bajo estas condiciones hoy asistimos a un nuevo relativismo, donde lo preponderante va a ser el paradigma de la interacción. “De las múltiples interdependencias nace también la concientización de las virtudes de la interdependencia, es decir, de la realidad de una sociedad mundial que se crea diariamente, de la pertinencia de los bienes

⁸⁴ Krasner, Stephen, *Globalización y soberanía*, en: *Estado, soberanía y globalización*, 159 (Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2010)

⁸⁵ Jackson, Robert, *Sovereignty: Evolution of an idea*, 5 (Polity Press, Cambridge, 2007)

⁸⁶ Bartelson, Jens, *A Genealogy of Sovereignty*, 17 (Cambridge University Press, Cambridge, 1995)

⁸⁷ Badie, Bertrand, *Un mundo sin soberanía. Estados entre artificio y responsabilidad*, 235-237 (Tercer Mundo Editores, Bogotá, 2010)

comunes que recibe para administrarlos y de la responsabilidad que se desprende para los actores que participan en ella.”⁸⁸.

Por el contrario, otras tesis apuntan a dar un nuevo concepto de soberanía, adaptándolo de una mejor manera a la realidad de las relaciones internacionales contemporáneas. Dentro de esta vertiente tiene una especial importancia el trabajo del profesor Stephen Krasner, que sostiene que ya no se habla únicamente de soberanía interna y externa, sino que existen cuatro formas de usar y explicar este concepto. La clasificación que hace el citado profesor es la siguiente:

“El concepto de soberanía se ha usado de cuatro maneras diferentes: como soberanía legal internacional, como soberanía westfaliana, como soberanía interna, y como soberanía interdependiente. La soberanía legal internacional hace referencia a aquellas prácticas que se relacionan con el reconocimiento mutuo, por lo general entre entidades territoriales que poseen independencia jurídica formal. La soberanía westfaliana trata de aquellas organizaciones políticas basadas en la exclusión de protagonistas externos en las estructuras de autoridad de un territorio dado. La soberanía interna se refiere a la organización formal de la autoridad política dentro del Estado y a la capacidad de las autoridades públicas para ejercer un control efectivo dentro de las fronteras del propio Estado. Por último, la soberanía interdependiente se relaciona con la capacidad de las autoridades públicas de regular el flujo de informaciones, ideas, bienes, gentes, sustancias contaminantes o capitales a través de las fronteras del Estado en cuestión.”⁸⁹.

La anterior clasificación, es útil para explicar que el sistema internacional no es estático y de esta manera incluye varias alternativas, acomodándose a nuevas entidades y a diferentes principios, que se hacen presentes con la entrada de nuevos actores dentro de las relaciones internacionales. La tesis central es que las características que se han asociado tradicionalmente con el concepto de soberanía, como son territorio, autonomía, reconocimiento y control, “no ofrecen una descripción precisa de la práctica real propia de numerosas entidades que han sido consideradas convencionalmente como Estados soberanos. Los gobiernos han debido comprometer en ocasiones su soberanía westfaliana

⁸⁸ *Ibíd.*

⁸⁹ Krasner, ob. cit., supra nota 84, 14.

(es decir, la exclusión de cualquier autoridad externa), con el fin de asegurarse el reconocimiento, la soberanía legal internacional.”⁹⁰.

De esta manera, nunca ha existido un tiempo donde las entidades políticas se hayan ajustado a todas las categorías de territorio, autonomía, reconocimiento y control, conexas a la idea de soberanía, sino que en la práctica se han usado principios alternativos que desafían la autonomía, como son los derechos humanos y de las minorías, la responsabilidad fiscal y la seguridad internacional. Es así como los Estados han tendido que aceptar cláusulas que defiendan estos principios, incluso en sus documentos fundacionales básicos, para poderse asegurar un reconocimiento internacional, por un lado, y por otra parte, permanentemente aceptan hacer parte de convenios internacionales que muchas veces comprometen la soberanía westfaliana. En este contexto es evidente que “las instituciones internacionales operan en un medio más fluido. No existen normas constitutivas que impidan a los gobernantes establecer contratos para crear cualquier clase de forma institucional capaz de servir a sus necesidades. Las normas pueden funcionar, pero también ser mutuamente contradictorias, globalmente consideradas.”⁹¹.

2.1.2 La soberanía y la regulación de conflictos armados internos.

En lo que tiene que ver con la regulación de conflictos armados internos, inicialmente se partía del principio que la única autoridad legitimada para tomar decisiones en relación con la guerra y la paz, era el Estado ⁹². Siguiendo esta lógica, lo que hicieran los Estados frente a un conflicto interno era absolutamente libre, respaldados en el principio de la soberanía. De manera particular, desde que los Estados asumieron una soberanía absoluta hacia el interior, y una igualdad soberana en relación con los otros Estados, los temas de conflicto interno no tendrían que ser del interés del derecho internacional, ya que a este sólo le correspondía intervenir en casos de guerras públicas, es decir, conflictos entre Estados independientes⁹³.

Esta concepción se fue transformando a través del tiempo, y ahora el derecho internacional público no está basado en una criminalización absoluta de la guerra, sino que, siendo

⁹⁰ *Ibíd.*, 332.

⁹¹ *Ibíd.*, 333.

⁹² Perna, *ob. cit.*, supra nota 53, 14.

⁹³ *Ibíd.*

coherente con las realidades empíricas, postula la relativización de la idea de soberanía, por el concepto de humanidad⁹⁴. De esta manera, se hace evidente como el derecho humanitario en general, y la regulación de los conflictos armados internos, en particular, entra en directa oposición con el concepto tradicional de soberanía.

Ante esta dicotomía se podrían asumir dos posturas: la primera, que el derecho humanitario es contrario a la soberanía y por lo tanto no es realista, posición que se fundamenta en que la soberanía es uno de los principios básicos del derecho internacional, y que tal y como fue concebida por Hobbes, dicha soberanía bajo ningún concepto podría ser dividida o limitada; o la segunda postura que sostendría que el concepto de soberanía no es realista, posición que se fundamenta en que el concepto tradicional de soberanía ya no se ajusta a las necesidades del derecho internacional moderno, puesto que la idea de que esta no pueda ser limitada o dividida, es contraria a los desarrollos modernos en la sociedad internacional. El concepto de soberanía no soluciona conflictos entre personas del mismo Estado. Esto se debe a que dicho concepto nunca solucionó el problema de la autodeterminación. El derecho humanitario en todo caso, no subestima el impacto del concepto tradicional de soberanía. Quizás la propuesta que explica de mejor manera esta dicotomía, es que los requerimientos humanitarios impuestos por los desarrollos de las guerras modernas, sólo pueden ser implementados a través de tratados que infringen el concepto tradicional de soberanía de los Estados, para proteger individuos a través de provisiones que contengan un mínimo contenido de derechos humanos⁹⁵.

En todo caso, la tendencia que existe actualmente en el derecho internacional, es aceptar la relativización del concepto tradicional de soberanía dentro de las relaciones internacionales contemporáneas. Pero hasta donde llega dicha relativización dentro del campo del derecho humanitario. En este ámbito se ha sostenido que “en condiciones de guerra civil abierta, la extrema relativización de la soberanía debe poder conducir incluso hasta la sustitución del derecho público interno por el derecho de la guerra y, con ello, hasta la sustitución de la figura moral y jurídicamente asimétrica del delincuente por la figura moral y jurídicamente simétrica del beligerante.”⁹⁶.

⁹⁴ Orozco Abad, Iván, *Combatientes, rebeldes y terroristas. Guerra y derecho en Colombia*, 26 (Editorial Temis, Bogotá, 2006)

⁹⁵ Fleiner-Gerster, Thomas y Meyer, Michael, *New Developments in Humanitarian Law: A Challenge to the Concept of Sovereignty*, 34, *The International and Comparative Law Quarterly*, No 2, 267 – 283, 277 – 278 (1985)

⁹⁶ Orozco Abad, ob. cit., supra nota 94, 199.

En este mismo sentido, el profesor Bassiouni, sostiene que los actores armados internos, en conflictos no internacionales, se encuentran en condiciones asimétricas frente a la fuerza y los recursos de los gobiernos a los que se oponen, ya que igual tienen las mismas limitaciones frente a métodos y medios de hacer la guerra; por lo que acuden a métodos y medios prohibidos por el derecho humanitario para reducir esta distancia⁹⁷. Esta asimetría de poder impide que existan suficientes incentivos para los actores armados no estatales, para que cumplan con el DIH. En este contexto, y con el propósito de reducir las consecuencias nefastas que en términos humanitarios producen estos conflictos, se plantea valorar las nuevas maneras de hacer la guerra, y buscar formas más altas de aceptación y cumplimiento por parte de los actores armados no estatales de la normatividad humanitaria. En este sentido, la propuesta concreta es crear un nuevo Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra, con el objeto de eliminar las disparidades entre la protección de todas las formas de conflictos armados, y darle a los actores armados no estatales, el estatus de combatientes y de prisioneros de guerra, procurando una mayor responsabilidad y un mayor carácter vinculante de estos, en el cumplimiento del DIH⁹⁸.

En definitiva, el principio de soberanía sufrió un proceso de transformación desde el derecho internacional público clásico, donde éste se consideraba como un concepto absoluto, hasta el derecho internacional contemporáneo, donde el concepto de soberanía fue relativizado. Con todo, los Estados en ejercicio de esa soberanía decidieron comprometerse con una normatividad mínima humanitaria para casos de confrontaciones armadas al interior de su territorio. De acuerdo con lo anterior, aplicar la normatividad internacional a un conflicto armado interno como el colombiano, no significa una injerencia indebida en asuntos internos del Estado, ni mucho menos una vulneración a su soberanía.

2.2 El concepto de conflicto armado interno.

Si bien, la normatividad del DIH desde su origen, estuvo dirigida básicamente a regular los conflictos armados entre los Estados, a través del tiempo tuvo que ocuparse también de los

⁹⁷ Bassiouni, M. Cherif, *The new wars and the crisis of compliance with the law of armed conflict by non-state actors*, 98, *The Journal of criminal law & criminology*, No 3, 711-810, 714-715,808 (2008)

⁹⁸ *Ibíd.*

conflictos armados de carácter interno, que especialmente en los años 60 comenzaron a crecer en varias partes del mundo⁹⁹.

Las primeras referencias normativas a estos conflictos armados, lo encontramos en el texto del artículo número 3 que se reitera en los textos de los cuatro convenios de Ginebra, y que se refiere a los mínimos que se deben aplicar en caso de “*conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes*”. Pero sería finalmente hasta el año de 1977 donde el tema toma una especial relevancia, y se decide adoptar una normatividad que regulara este asunto, esta es el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), y es en este cuerpo normativo donde se encuentran los elementos que definen un conflicto armado de carácter no internacional. Dice el primer artículo de dicho instrumento:

“Artículo 1. Ámbito de aplicación material

1. El presente Protocolo, que desarrolla y completa el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, sin modificar sus actuales condiciones de aplicación, se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo.”¹⁰⁰ (Subrayado fuera del original)

De esta definición podemos deducir los elementos principales de un conflicto armado de carácter no internacional, haciendo algunas claridades y señalando también algunas características de estos elementos, que generan controversia.

1. Que se desarrolle en el territorio de una alta parte contratante. Es decir que el conflicto se desarrolle dentro de los límites de un Estado. No obstante, el hecho de que las fuerzas

⁹⁹ Human Security Report Project, ob. cit., supra nota 42, 22.

¹⁰⁰ Artículo 1. Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra.

armadas o los grupos organizados partan de un territorio extranjero o utilicen éste como centro de operaciones, o reciban ayuda económica de un tercer Estado, no altera la calificación ni la naturaleza del conflicto armado interno¹⁰¹.

2. *Que se enfrente entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados.* Frente a este elemento, hay que señalar que por su redacción parece excluirse del ámbito de aplicación del Protocolo II, los conflictos armados internos donde no haya intervención de las fuerzas armadas estatales¹⁰². Por otro lado, también suscita debate el término “fuerzas armadas”, pues no existe claridad si también cobija a instituciones como la policía, que en algunos países tiene un carácter civil, como es en el caso Colombiano, pero que no obstante en la práctica desarrolla actividades militares dentro de las hostilidades. Al respecto no hubo acuerdo entre las delegaciones de los Estados para definir el alcance de esta noción¹⁰³.

3. *Que estas fuerzas armadas o grupos organizados estén bajo la dirección de un mando responsable.* Esta autoridad se ejerce no sólo en la dirección de las hostilidades, sino también en la imposición de disciplina a los subordinados, de esta manera también asume la responsabilidad por los actos de estos últimos. “El mando responsable en términos weberianos, refleja un poco el paso de un poder exclusivamente carismático a uno en cierta manera ‘institucionalizado’.”¹⁰⁴.

4. *Que se ejerza un control sobre una parte del territorio.* Uno de los puntos más debatidos frente a este elemento, es la definición de cual debería ser la porción de territorio sobre la que se ejerza el control, ya que la normatividad no ofrece una definición exacta de esta cantidad. Sin embargo, esta porción de territorio estaría definida por la funcionalidad que tiene, en este caso, la porción de territorio debe ser la necesaria para ejercer operaciones militares sostenidas, y aplicar el Protocolo, principalmente en relación a la ubicación de las personas privadas de la libertad, y el cuidado de los heridos y enfermos¹⁰⁵.

5. *Que se realicen operaciones militares sostenidas y concertadas.* En efecto, este tipo de operaciones son las que aseguran el control del territorio. La calificación de sostenidas y concertadas, más que tratar de definir una duración e intensidad de las hostilidades, lo que

¹⁰¹ Mangas Martín, ob. cit., supra nota 11, 72.

¹⁰² *Ibíd.*, 73.

¹⁰³ Ramelli Arteaga, Alejandro, *La Constitución Colombiana y el Derecho Internacional Humanitario*, 78 – 79 (Universidad Externado, Bogotá, 2000)

¹⁰⁴ *Ibíd.*, 83-84.

¹⁰⁵ Mangas Martín, ob. cit., supra nota 11, 74.

pretende es ofrecer un elemento diferenciador de situaciones de violencia aisladas y esporádicas, que no alcanzarían a considerarse como conflicto armado¹⁰⁶.

6. *Que el control ejercido sobre el territorio, permita aplicar el Protocolo II.* La necesidad de control de territorio para aplicar el Protocolo II, se refiere principalmente a obligaciones de hacer, por parte de los grupos armados, y que requerirían algún espacio concreto. En el caso de conflictos armados internos, estas obligaciones estarían relacionadas con el cuidado de los heridos, o el trato debido a los prisioneros, para cumplir con lo establecido en los artículos 4 y 5 del Protocolo, que regulan las garantías fundamentales, y el régimen de personas privadas de la libertad¹⁰⁷.

Estos elementos se complementan en el segundo párrafo de ese primer artículo del Protocolo, donde se ofrece una definición por exclusión de la situación de conflicto armado. Dice el Protocolo II, que esta normatividad “no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores”. Si bien el texto normativo no define estos dos escenarios, sí ofrece algunos ejemplos, pues a renglón seguido dice que se trataría de situaciones tales como “los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados.”.

Teniendo en cuenta la anterior descripción de los elementos que desarrolla el artículo 1 del Protocolo II, podemos afirmar que nos encontramos frente a la existencia de un conflicto armado interno cuando se verifican la presencia de estos seis elementos de manera cumulativa. Sin embargo, este punto no es pacífico, ya que también se afirma que si bien estos elementos son de carácter objetivo, en la práctica resulta casi imposible encontrar reunidos todos estos elementos cumulativamente, para poder calificar una situación de violencia interna como conflicto armado¹⁰⁸. En sentido contrario, el CICR defiende la tesis según la cual estos elementos fueron definidos de la manera mas objetiva posible, justamente para evitar cualquier criterio subjetivo en la interpretación de estos. Dice el Comentario al artículo 1 del Protocolo II:

“Los criterios objetivos.

El presente párrafo enuncia algunos criterios objetivos para determinar el ámbito de aplicación del Protocolo. La aplicación no debe depender de la apreciación de las partes. El Protocolo entra automáticamente en vigor tan

¹⁰⁶ *Ibíd.*

¹⁰⁷ Junod, ob. cit., supra nota 66, 94.

¹⁰⁸ Ramelli, ob. cit., supra nota 103, 75.

pronto como se cumplan las condiciones materiales, tal y como las define el artículo. Este sistema que tiene por objeto no hacer depender la protección de las víctimas de los conflictos armados de una decisión arbitraria de las autoridades concernidas, es uno de los fundamentos del derecho internacional humanitario y ya tiene vigencia en los artículos 2 y 3 comunes a los Convenios de 1949."¹⁰⁹. (Subrayado fuera del original).

La definición objetiva de la existencia del conflicto armado, es parte esencial para cumplir las finalidades del DIH de garantizar un sistema de protección. Caso contrario, se sostendría una tesis bastante peligrosa de conceder poder de definición de existencia del conflicto a cualquier tipo de autoridad y quitarle la posibilidad de aplicación automática a la normatividad humanitaria. De cualquier manera, es importante aclarar que, si bien el ámbito de aplicación del Protocolo II requiere de los anteriores elementos analizados, las situaciones de conflicto que queden por fuera, o que no cumplan con alguno de esos elementos, de ninguna manera quedan desprovistos de protección, ya que siguen siendo reguladas por el derecho humanitario, pero por vía del artículo 3 común. En efecto, en la práctica el CICR, puede invocar siempre la aplicación de ese mínimo humanitario en los conflictos no cubiertos por el Protocolo II¹¹⁰.

Esta definición de conflicto armado interno, también ha tenido una evolución importante. Dentro de la jurisprudencia internacional, el caso Tadic, del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (ICTY), va a marcar un precedente fundamental en la determinación de cuando se está frente a un CANI. Dice el citado caso:

*"The test applied by the Appeals Chamber to the existence of an armed conflict for the purposes of the rules contained in Common Article 3 focuses on two aspects of a conflict; the intensity of the conflict and the organization of the parties to the conflict. In an armed conflict of an internal or mixed character, these closely related criteria are used solely for the purpose, as a minimum, of distinguishing an armed conflict from banditry, unorganized and short-lived insurrections, or terrorist activities, which are not subject to international humanitarian law."*¹¹¹.

¹⁰⁹ Junod, ob. cit., supra nota 66, 91-92.

¹¹⁰ Pictet, ob. cit., supra nota 7, 58.

¹¹¹ ICTY, *The Prosecutor v. Dusko Tadić*, IT-94-1, Trial Chamber, Judgment, 7 May 1997. Par. 562

De esta manera, el umbral para determinar cuando una situación de violencia alcanza la categoría de conflicto armado interno, cambia completamente. A partir de esta decisión, la doctrina habla de la fórmula Tadic, esto es que dos aspectos de los conflictos armados no internacionales, determinan la aplicabilidad del DIH. Estos dos aspectos son: la organización de las partes en conflicto y la intensidad de las hostilidades¹¹². La fórmula Tadic, tiene otro componente importante y es determinar hasta cuando se da aplicación del DIH, en una situación de conflicto. Dice la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia:

“On the basis of the foregoing, we find that an armed conflict exists whenever there is a resort to armed force between States or protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State. International humanitarian law applies from the initiation of such armed conflicts and extends beyond the cessation of hostilities until a general conclusion of peace is reached; or, in the case of internal conflicts, a peaceful settlement is achieved. Until that moment, international humanitarian law continues to apply in the whole territory of the warring States or, in the case of internal conflicts, the whole territory under the control of a party, whether or not actual combat takes place there.”¹¹³.

La fórmula Tadic, continuo teniendo aplicación dentro del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, en un fallo de 2008, le da aplicación a esta fórmula, en las dos dimensiones que explicamos anteriormente, esto es, determinación de la existencia del conflicto armado para la aplicación del DIH bajo los criterios de organización de las partes e intensidad de las hostilidades, y aplicación de la normatividad humanitaria incluso después de finalizados los combates. Después de hacer un análisis de todos estos elementos, concluye el Tribunal que:

“Considering the evidence and the Trial Chamber’s findings on both prongs of the Tadić test, the Trial Chamber is convinced that an armed conflict existed in Kosovo/Kosova from and including 22 April 1998 onwards. The Trial Chamber received a voluminous amount of evidence relevant to armed conflict from May through September 1998. The KLA further developed its organization throughout the indictment period. Combat operations continued

¹¹² Cullen, ob. cit., supra nota 50, 122

¹¹³ ICTY, ob. cit., supra nota 111, Par, 70.

and reached high levels of intensity during major offensives of Serbian forces into the Dukagjin area in late May, early-to-mid-August, and early September 1998. However, since according to the Tadić test an internal armed conflict continues until a peaceful settlement is achieved, and since there is no evidence of such a settlement during the indictment period, there is no need for the Trial Chamber to explore the oscillating intensity of the armed conflict in the remainder of the indictment period.”¹¹⁴.

Dentro del marco teórico que se desarrolló anteriormente, se evidencia cómo el concepto de conflicto armado interno que apareció desde el artículo 3 común en 1949, evolucionó y definió varios elementos objetivos que definían la aplicación del Protocolo II en 1977, elementos que fueron cuestionados por disminuir el ámbito de aplicación del artículo 3. Posteriormente, la jurisprudencia de un Tribunal Penal Internacional, que es reconocido como antecedente a la actual Corte Penal Internacional, estableció criterios mucho más simples para la definición de existencia de un conflicto armado. En este sentido, según el test Tádic, lo que se necesita verificar para saber si estamos frente a un conflicto armado es: primero, la intensidad de las hostilidades, y segundo, la organización de las partes. Verificados estos dos presupuestos en un caso concreto, constituiría una situación de conflicto armado, susceptible de ser regulado por el DIH. Esta última posición dentro del derecho internacional parece estar en mayor concordancia con el espíritu de protección de la normativa humanitaria.

2.3 Régimen de protección de las personas privadas de la libertad en el Derecho Internacional Humanitario.

La protección otorgada por el DIH para las personas privadas de la libertad, varía según el tipo de conflicto armado que se presenta; es decir, uno es el régimen de protección para personas privadas de la libertad en un CAI¹¹⁵, y otra normativa diferente aplica para CANI¹¹⁶. El régimen de protección en casos de conflictos internos, resultó insuficiente frente a las nuevas formas de desarrollar las hostilidades. La gran diferencia entre la forma

¹¹⁴ ICTY, *The Prosecutor v. Ramush Haradinaj, Idriz Balaj and Lahi Brahimaj (Haradinaj et al.)*, IT-04-84-T, Trial Chamber Judgment, 3 April 2008. Par. 100.

¹¹⁵ Convenio III de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, y Artículos 43 – 47, Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra.

¹¹⁶ Artículo 5, Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra.

de proteger uno y otro conflicto, se hizo muy evidente durante la discusión de los protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra, en la Conferencia de 1977. En esta conferencia, los Estados hicieron visibles sus posiciones diversas para regular temas similares en conflictos armados internacionales y en internos. Por ejemplo, la distancia mínima de “la protección de la población en el conflicto armado internacional o de la población civil en el conflicto armado interno [...], se acrecentó espectacularmente en relación con el mínimo trato dispensado a los combatientes en el conflicto armado interno y la privilegiada protección de los combatientes en el conflicto armado internacional.”¹¹⁷.

Aunque la regulación de los conflictos armados internos, visto en una perspectiva histórica, pasó de una regulación nula antes de 1949, a tener hoy en día el artículo 3 común y el Protocolo II, y consecuentemente valorarse como un aspecto positivo para garantizar la protección en términos humanitarios; lo cierto es que el incremento en número y las nuevas formas de los conflictos armados no internacionales¹¹⁸, hace que dicha normatividad sea insuficiente hoy en día. Temas concretos como el de la definición de la participación directa de las hostilidades, o el régimen aplicable a las personas que perdían la libertad por causa del conflicto, se convirtieron en vacíos muy fuertes en el momento de hacer aplicación del DIH¹¹⁹.

Ante este contexto, se han hecho múltiples esfuerzos para llenar estos vacíos en conflictos armados internos. Uno de los más importantes lo viene adelantando el CICR a través de la ampliación de la normatividad aplicable, haciendo uso de la fuente consuetudinaria del derecho humanitario. Con este propósito la XXVI Conferencia Internacional del CICR, en 1995, elaboró un primer informe sobre las normas consuetudinarias. A partir del año siguiente, comienza un estudio riguroso que daría como resultado la publicación del texto *Customary International Humanitarian Law*, en el año 2005 que es la condensación de normas consuetudinarias del DIH contemporáneo. Dentro de este trabajo se reconoce que la costumbre en derecho internacional, por su mismo carácter no es escrita, por lo que este

¹¹⁷ Mangas Martín, ob. cit., supra nota 11, 52.

¹¹⁸ Un ejemplo de estas nuevas formas de los conflictos armados es la guerra contra el terrorismo. Al respecto ver: Lavoyer, Jean-Philippe, *International humanitarian law: should it be reaffirmed, clarified or developed?*, 34, *Israel Yearbook on Human Rights*, 35-58, 40-45 (2004)

¹¹⁹ CICR, *El derecho internacional humanitario y los retos de los conflictos armados contemporáneos*, 17 y 37 (CICR, Ginebra, 2003)

texto constituye un compendio que pretende facilitar la aplicación de la costumbre internacional vigente a un CANI¹²⁰.

Es muy importante que la doctrina y la jurisprudencia hagan una mayor referencia a este importante trabajo, para lograr integrar estas normas consuetudinarias a los temas de estudio y aplicación del DIH. En este sentido, el presente trabajo abordará el régimen de protección de las personas privadas de la libertad en el DIH, específicamente lo relacionado con la situación de los combatientes retenidos en conflictos armados internacionales e internos, y a la situación de la población civil que también se ve afectada por la privación de la libertad en el contexto de un conflicto armado. Para esto, se acuden a las fuentes principales del derecho internacional, haciendo una especial referencia al DIH consuetudinario.

2.3.1 *El estatuto de Prisionero de Guerra.*

Aunque la categoría de prisionero de guerra no es propia del DIH aplicable a un CANI, si es un referente importante porque en un CAI, regula la protección de los combatientes que quedan en poder de la parte adversa en el conflicto. Según el diccionario de Derecho Internacional de los conflictos armados, el concepto de prisionero de guerra es el siguiente:

“es prisionero de guerra todo combatiente que, en el transcurso de un conflicto armado internacional, cae en poder del adversario; más exactamente de la Potencia enemiga, y no de los individuos o de los cuerpos de tropa que lo hayan capturado materialmente. El prisionero de guerra tiene derecho al estatuto y al trato correspondiente establecidos en el derecho internacional. Está sometido a las leyes, los reglamentos y las órdenes generales vigentes en las fuerzas armadas de la Potencia detenedora.”¹²¹.

De esta definición podemos resaltar varias cosas. Primero, que es claro que es una categoría que sólo se va a aplicar en caso de conflicto armado internacional, y que la persona queda sujeta a la potencia enemiga y no a las personas en concreto que lo capturan, y que tiene

¹²⁰ En este trabajo, que estuvo bajo la dirección de Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, participaron juristas de todo el mundo. Vale la pena resaltar que por parte de Colombia, aparecen como miembros del equipo de investigación: Fabricio López Sacconi, Raúl Hernández, Magaly Ramos, Sonia Torres y Mauricio Reyes.

¹²¹ Verri, ob. cit., supra nota 6, 87.

derecho a toda la protección establecida en el derecho humanitario. Dicho régimen de protección es el establecido en el III Convenio de Ginebra, relativo a la protección de los prisioneros de guerra, que tuvo su proyecto original en 1929, pero que fue aumentado y ratificado con los otros convenios en 1949.

La categoría de prisionero de guerra normalmente se relaciona con el estatus de combatiente, según este, los combatientes tienen derecho a participar directamente en las hostilidades¹²², es decir, a realizar actos de guerra que por su naturaleza o su finalidad estén dirigidos directamente contra los combatientes o los otros objetivos militares de las fuerzas armadas adversas. Todo combatiente que caiga en poder de una Parte adversa es prisionero de guerra¹²³. Sólo los combatientes tienen derecho a atacar al adversario, y cuando son capturados, deben ser considerados prisioneros de guerra, lo que significa que no pueden ser castigados por haber cometido actos de hostilidad¹²⁴.

En caso de captura, tienen estatuto de prisionero de guerra los miembros de las fuerzas armadas y los miembros de otros grupos organizados que tengan un mando responsable, usen signo distintivo, lleven las armas a la vista, y actúen de acuerdo a la costumbre y leyes de la guerra; los civiles autorizados a seguir a las fuerzas armadas; los miembros de tripulaciones, incluidos los comandantes, pilotos, grumetes de la marina mercante y tripulantes de la aviación civil (salvo trato más favorable); y la población civil alzada en masa¹²⁵.

El régimen de protección de los prisioneros de guerra que se desprende principalmente del Convenio III y del Protocolo I, incluye todo lo que respecta a su seguridad, a las condiciones físicas y morales de su existencia, a sus derechos y a su trato por parte de la potencia detenedora¹²⁶. Entre las condiciones de detención, se dice que no deben ser expuestos a peligros en espera de su evacuación fuera de la zona de combate¹²⁷, pueden ser internados solo en establecimientos en tierra firme y que ofrezcan toda garantía de higiene

¹²² Artículo 43, Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra.

¹²³ Artículo 4, Convenio III de Ginebra; y artículo 44, Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra.

¹²⁴ Artículo 44, Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra.

¹²⁵ Artículo 4, Convenio III de Ginebra, y artículo 44, Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra.

¹²⁶ Artículos 12 y s.s., Convenio III de Ginebra.

¹²⁷ Artículo 19, Convenio III de Ginebra.

y salubridad¹²⁸, además no podrán ser enviados a una zona de combate para que, por su presencia, zonas o lugares queden protegidos contra operaciones bélicas¹²⁹.

En relación a sus derechos se establece que la Potencia detenedora les debe proporcionar todo lo necesario para garantizarles su vida y su salud, debe garantizarles alojamiento, alimentación y ropa¹³⁰; debe atender a sus necesidades higiénicas y de asistencia médica¹³¹, tienen derecho a practicar su religión¹³² y a desplegar actividades intelectuales y deportivas¹³³, y tienen derecho a recibir y a enviar correspondencia¹³⁴, así como a recibir socorros¹³⁵. Finalmente, la Potencia detenedora no puede lucrarse de su trabajo y debe, en cambio, proporcionarles ciertos recursos pecuniarios¹³⁶.

Un principio muy importante que garantiza y fundamenta el régimen de protección expuesto anteriormente, es que “los prisioneros de guerra están en poder de una potencia enemiga, y no de los individuos o de los cuerpos de tropa que los hayan capturado. Independientemente de las responsabilidades individuales que puedan haber, la Potencia detenedora es responsable del trato que reciban.”¹³⁷. Lo que muestra que hay algún grado de organización, jerarquía y responsabilidad dentro del grupo armado para garantizar el trato a estas personas privadas de la libertad. El Convenio III también establece que, terminadas las hostilidades, los prisioneros de guerra tienen derecho a ser repatriados; los que estén enfermos o heridos pueden ser repatriados antes de que finalicen las hostilidades¹³⁸. Dicha disposición puede leerse en conjunto con el artículo 6 de ese mismo Convenio, donde se establece que “las Altas Partes Contratantes podrán concertar otros acuerdos especiales sobre cualquier cuestión que les parezca oportuno zanjar particularmente.” Lo que es muy acorde con la normatividad humanitaria que deja siempre a las partes en conflicto en disposición para que procuren siempre un trato más favorable a las personas protegidas.

¹²⁸ Artículo 22, Convenio III de Ginebra.

¹²⁹ Artículo 23, Convenio III de Ginebra.

¹³⁰ Artículos 25, y s.s., Convenio III de Ginebra.

¹³¹ Artículos 29 y s.s., Convenio III de Ginebra.

¹³² Artículo 34, Convenio III de Ginebra.

¹³³ Artículo 38, Convenio III de Ginebra.

¹³⁴ Artículo 71, Convenio III de Ginebra.

¹³⁵ Artículo 72, Convenio III de Ginebra.

¹³⁶ Artículos 49 y s.s., Convenio III de Ginebra.

¹³⁷ Artículo 12, Convenio III de Ginebra.

¹³⁸ Artículos 109 y s.s., Convenio III de Ginebra.

2.3.2 *Combatientes privados de la libertad en conflictos armados internos.*

La primera claridad que debe hacerse, es que las personas privadas de la libertad por motivos que estén relacionados con el conflicto armado interno, no adquieren el estatuto de prisionero de guerra. Hay que señalar que este estatuto no solo otorga protección, sino que además genera inmunidad frente a los actos cometidos durante las hostilidades acordes a las leyes de la guerra. Tan evidente es esta situación, que las Convenciones de Ginebra no definieron el estatus de combatiente para conflictos armados no internacionales, y el artículo 3 común estableció claramente que la aplicación de dicha normatividad no cambiaba el estatus jurídico de las partes. De esta manera, los combatientes en un CANI al ser privados de la libertad no adquieren el estatuto de prisionero de guerra del que habla el Convenio III de Ginebra¹³⁹.

Mientras la situación de los combatientes privados de la libertad en un CAI es protegida por la integridad del III Convenio de Ginebra, y por varias disposiciones del Protocolo I, en el caso de un CANI, la protección se encuentra limitada a un solo artículo dentro del Protocolo II. Dice la citada disposición:

“Artículo 5. Personas privadas de libertad.

1. Además de las disposiciones del artículo 4, se respetarán, como mínimo, en lo que se refiere a las personas privadas de libertad por motivos relacionados con el conflicto armado, ya estén internadas o detenidas, las siguientes disposiciones:

- a) los heridos y enfermos serán tratados de conformidad con el artículo 7;*
- b) las personas a que se refiere el presente párrafo recibirán, en la misma medida que la población local, alimentos y agua potable y disfrutarán de garantías de salubridad e higiene y de protección contra los rigores del clima y los peligros del conflicto armado;*
- c) serán autorizadas a recibir socorros individuales o colectivos;*
- d) podrán practicar su religión y, cuando así lo soliciten y proceda, recibir la asistencia espiritual de personas que ejerzan funciones religiosas, tales como los capellanes;*

¹³⁹ Steinhoff, Dawn, *Talking to the Enemy: State Legitimacy Concerns with Engaging Non-State Armed Groups*, 45, *International Law Journal*, No 1, 297-322, 314-315(2009)

e) en caso de que deban trabajar, gozarán de condiciones de trabajo y garantías análogas a aquellas de que disfrute la población civil local.

2. En la medida de sus posibilidades, los responsables del internamiento o la detención de las personas a que se refiere el párrafo 1 respetarán también, dentro de los límites de su competencia, las disposiciones siguientes relativas a esas personas:

a) salvo cuando hombres y mujeres de una misma familia sean alojados en común, las mujeres estarán custodiadas en locales distintos de los destinados a los hombres y se hallarán bajo la vigilancia inmediata de mujeres;

b) dichas personas serán autorizadas para enviar y recibir cartas y tarjetas postales, si bien su número podrá ser limitado por la autoridad competente si lo considera necesario;

c) los lugares de internamiento y detención no deberán situarse en la proximidad de la zona de combate. Las personas a que se refiere el párrafo 1 serán evacuadas cuando los lugares de internamiento o detención queden particularmente expuestos a los peligros resultantes del conflicto armado, siempre que su evacuación pueda efectuarse en condiciones suficientes de seguridad;

d) dichas personas serán objeto de exámenes médicos;

e) no se pondrán en peligro su salud ni su integridad física o mental, mediante ninguna acción u omisión injustificadas. Por consiguiente, se prohíbe someter a las personas a que se refiere el presente artículo a cualquier intervención médica que no esté indicada por su estado de salud y que no esté de acuerdo con las normas médicas generalmente reconocidas que se aplicarían en análogas circunstancias médicas a las personas no privadas de libertad.

3. Las personas que no estén comprendidas en las disposiciones del párrafo 1 pero cuya libertad se encuentre restringida, en cualquier forma que sea, por motivos relacionados con el conflicto armado, serán tratadas humanamente conforme a lo dispuesto en el artículo 4 y en los párrafos 1 a), c) y d) y 2 b) del presente artículo.

4. Si se decide liberar a personas que estén privadas de libertad, quienes lo decidan deberán tomar las medidas necesarias para garantizar la seguridad de tales personas.¹⁴⁰

¹⁴⁰ Artículo 5. Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra.

El artículo es bastante amplio en su ámbito de protección ya que incluye a todas las personas que se encuentren privadas de la libertad, sin otorgarle ninguna condición especial. Por otro lado, dicha disposición se debe leer en conjunto con el artículo 4, de ese mismo Protocolo que establece unas garantías fundamentales para todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan dejado de participar en ellas, estén o no, privadas de la libertad. Como se ve, estas provisiones de trato humano, tanto el artículo 4 como el 5, se aplican para las personas privadas de la libertad, independientemente que estas sean militares o civiles. Estas disposiciones no se encuentran dirigidas a los detenidos de derecho común, ya que la privación de la libertad, debe estar relacionada con la situación de conflicto¹⁴¹.

Con el propósito de dejar aún mas clara la cuestión de la no adquisición del Estatus de prisionero de guerra en un conflicto armado interno, dice el Comentario 4570, del artículo 5 del Segundo Protocolo Adicional:

“El Protocolo II, al igual que el artículo 3 común, no confiere un estatus particular a los miembros de las fuerzas armadas o de grupos armados caídos en manos del adversario, los cuales no son jurídicamente prisioneros de guerra que gocen de una protección específica. Por ello revisten gran importancia las normas enunciadas en este artículo, ya que establecen garantías mínimas.”¹⁴².

Como se evidencia, en el marco de un conflicto interno, el DIH otorga a unas garantías mínimas a todas las personas afectadas por privación de la libertad, pero su régimen de protección no distingue entre combatientes y no combatientes, para otorgar a estos últimos un tratamiento especial como sí se hace en los conflictos internacionales. Queda claro entonces que un CANI los combatientes privados de la libertad no son considerados por la normatividad humanitaria como prisioneros de guerra, lo que de todas maneras no imposibilita la realización de un acuerdo humanitario entre combatientes¹⁴³. Diferente es la situación de los civiles en este tipo de conflictos como se estudia a continuación.

¹⁴¹ Junod, ob. cit., supra nota 66, 139 – 144.

¹⁴² *Ibíd.*, 144.

¹⁴³ Este tema será profundizado en el capítulo 3 del presente estudio.

2.3.3 Civiles privados de la libertad en conflictos armados internos.

La protección a la población civil, o mejor aún procurar la no afectación de las personas que no participan de las hostilidades, es un fundamento que ha estado presente en toda la normatividad del DIH contemporáneo e incluso desde otros cuerpos normativos precedentes como el Código de Lieber. De tal importancia es esta protección, que uno de los principios básicos del Derecho Humanitario, es el de distinción entre los combatientes y la población civil. Ahora bien, dentro de la normatividad humanitaria aplicable a conflictos armados internos, encontramos dos provisiones básicas de prohibición a la privación de la libertad de civiles. La primera es la del artículo 3 común cuando dice:

“1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo.

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas: (...)

b) la toma de rehenes; (...)”

Y la otra provisión, es el artículo 13 del Protocolo II, relativo a la protección de la población civil. Esta disposición es la siguiente:

“Artículo 13. Protección de la población civil

1. La población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares. Para hacer efectiva esta protección, se observarán en todas las circunstancias las normas siguientes.

2. No serán objeto de ataque la población civil como tal, ni las personas civiles. Quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil.

3. Las personas civiles gozarán de la protección que confiere este Título, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación.”

La parte final de este artículo dispone una excepción dentro del régimen de protección a la población civil, y es la participación directa en las hostilidades. Saber cuando la población civil puede estar inmersa dentro de esta excepción, no ha sido un tema fácil dentro de la doctrina y la aplicación del DIH. En este sentido por una parte se sostiene que para entender el régimen de detención de civiles dentro del régimen del DIH, una clasificación útil de la población destinataria del régimen de protección, sería la siguiente: a) las fuerzas armadas regulares e irregulares que cumplen los criterios del Tercer Convenio de Ginebra y del Primer Protocolo Adicional; b) los participantes directos en las hostilidades; c) los civiles que participan indirectamente de las hostilidades; y, d) los civiles que no participan de las hostilidades¹⁴⁴.

Sin embargo, en este campo de la participación directa de las hostilidades, el trabajo que mas clarifica el asunto es el del Comité Internacional de la Cruz Roja. Desde el 2003 al 2008, se mantuvo una ronda de expertos dirigidos por el CICR para trabajar el tema de participación directa en las hostilidades. Dentro de sus conclusiones es útil resaltar el concepto que dan de población civil en conflicto armado no internacional:

“A los efectos del principio de distinción en un conflicto armado no internacional, todas las personas que no son miembros de las fuerzas armadas estatales o de grupos armados organizados de una parte en conflicto son personas civiles y, por consiguiente, tienen derecho a protección contra los ataques directos, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación. En un conflicto armado no internacional, los grupos armados organizados constituyen las fuerzas armadas de una parte no estatal en conflicto y están integrados solo por personas cuya función continua es participar directamente en las hostilidades.”¹⁴⁵.

¹⁴⁴ Goodman, Ryan, *The Detention of Civilians in Armed Conflict*, 103, *The American Journal of International Law*, No 1, 48-74, 51 (2009)

¹⁴⁵ Melzer, Nils, *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el Derecho Internacional Humanitario*, 36 (CICR, Ginebra, 2010)

Con lo anterior queda claro que el concepto de combatiente es mutuamente excluyente con el de población civil, por lo que en ningún caso podría hablarse de una participación indirecta de las hostilidades, sino que sencillamente se participa o no en ellas. Sin embargo, la cuestión que aún queda en duda es que en la realidad de los conflictos contemporáneos se ha hecho cada vez más difícil definir la participación directa en las hostilidades, ejemplos de esto son el trabajo computarizado que puede generar ataques, la privatización de fuerzas armadas y la llamada “guerra contra el terrorismo”¹⁴⁶. Estas situaciones envuelven una serie de actividades de carácter civil y militar que dificultan hablar de quién participa directamente en las hostilidades. Con la pretensión de ofrecer elementos adicionales para esta discusión, el CICR definió unos elementos constitutivos de la participación directa en las hostilidades, estos son: umbral de daño, causalidad directa y nexos beligerante:

“Para considerar un acto como participación directa en las hostilidades, deben cumplirse los requisitos acumulativos siguientes:

- 1. Debe haber probabilidades de que el acto tenga efectos adversos sobre las operaciones militares o sobre la capacidad militar de una parte en conflicto armado, o bien, de que cause la muerte, heridas o destrucción a las personas o los bienes protegidos contra los ataques directos (umbral de daño), y*
- 2. Debe haber un vínculo causal directo entre el acto y el daño que pueda resultar de ese acto o de la operación militar coordinada de la que el acto constituya parte integrante (causalidad directa) y*
- 3. El propósito específico del acto debe ser causar directamente el umbral exigido de daño en apoyo de una parte en conflicto y en menoscabo de otra (nexo beligerante).”¹⁴⁷.*

Estos elementos determinan la participación en las hostilidades en situaciones concretas, es decir que el derecho humanitario admite que una persona civil pierda momentáneamente el régimen de protección, y posteriormente, si finaliza su participación en las hostilidades, lo recupere en su integridad.

Analizadas las previsiones que tiene del derecho humanitario frente a prisioneros de guerra, combatientes y civiles en conflictos armados internos, y tratando de clarificar finalmente

¹⁴⁶ Al respecto ver por ejemplo la Resolución 1373 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas sobre las amenazas a la paz y la seguridad internacionales creadas por actos de terrorismo.

¹⁴⁷ Melzer, ob. cit., supra nota 145, 46.

como operan los regímenes de protección, encontramos una norma, esta vez de carácter consuetudinario, que nos ayuda a entender mejor la materia. Esta es la norma 128 del DIH consuetudinario¹⁴⁸. Dice la disposición:

“Norma 128.

A. Los prisioneros de guerra serán liberados y repatriados sin demora cuando hayan cesado las hostilidades activas.

B. Los internados civiles serán puestos en libertad tan pronto como dejen de existir los motivos de su internamiento, pero, en todo caso, lo antes posible tras el fin de las hostilidades activas.

C. Las personas privadas de libertad en relación con un conflicto armado no internacional serán liberadas tan pronto como dejen de existir los motivos por los cuales fueron privadas de su libertad.

Si las personas mencionadas están cumpliendo una condena legalmente impuesta o si se han instruido diligencias penales contra ellas, podrá mantenerse su privación de libertad.”¹⁴⁹.

De esta norma consuetudinaria, nos interesa el literal C. En este nos damos cuenta de cómo si bien las normas humanitarias no distinguen entre grupos armados estatales y grupos armados al margen de la ley, si le da la prevalencia a los Gobiernos en el ámbito interno, cuando aclaran que las personas que han sido condenadas por el Estado, pueden mantener su privación de la libertad, luego de terminada las hostilidades y por lo tanto los motivos de su retención. Igualmente queda claro, que no obstante el principio de distinción que protege a la población civil, en caso de ser privados de la libertad, por lo menos en un conflicto armado interno, queda cubierta por el mismo régimen de protección de los combatientes que estén en esta misma circunstancia. Esto no en beneficio de la población civil, sino en desmedro de los combatientes, que no tienen un nivel de protección adecuado, como sí lo tienen sus similares en conflictos armados internacionales.

¹⁴⁸ Como se analizó en el capítulo 2.3 del presente trabajo, el CICR publicó en 2005 el texto Customary International Humanitarian Law, que es la condensación de normas consuetudinarias del Derecho Internacional Humanitario contemporáneo. Dentro de este trabajo se reconoce que la costumbre en derecho internacional, por su mismo carácter no es escrita, por lo que este texto constituye un compendio que pretende facilitar la aplicación de la costumbre internacional vigente a un CANI.

¹⁴⁹ Henckaerts, Jean-Marie y Doswald-Beck, Louise, *Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, Vol I, Normas*, 510 (CICR, Buenos Aires, 2007)

Analizar comparativamente el régimen de protección de las personas privadas de la libertad en un CAI y en un CANI, permite ver la desigualdad en que se encuentran los combatientes en uno y en otro caso. Mientras que en un CAI se cuenta con el estatuto de prisionero de guerra; en un CANI, los combatientes no obtienen este Estatuto y su régimen de protección en caso de privación de la libertad son las pocas garantías mínimas que se recogen en un único artículo dentro del Protocolo II.

Estos vacíos normativos del DIH para conflictos internos, son los que dificultan en gran medida la aplicación de fórmulas como la del intercambio humanitario; sin embargo, hacer el análisis histórico de esta normatividad, y entender la evolución de los conceptos de soberanía y conflicto armado interno, como se hizo anteriormente, otorgan herramientas argumentativas para llenar estos vacíos normativos, a través de fórmulas como la celebración de acuerdos especiales. Partiendo de este marco teórico, en la parte final del presente trabajo se analiza la viabilidad de un intercambio humanitario en un CANI, específicamente en el caso colombiano.

CAPITULO 3.

ACUERDO HUMANITARIO EN EL CONFLICTO ARMADO COLOMBIANO.

Luego de reconstruir el problema jurídico planteado desde los desarrollos doctrinales y normativos, realizado en el primer capítulo y de construir el marco teórico que posibilite la realización de acuerdos especiales en conflictos armados internos, desarrollado en el segundo capítulo; este capítulo final pretende contrastar los análisis realizados anteriormente, para contextualizarlos en el caso colombiano y proponer una posible solución al problema de investigación planteado, relativo a la viabilidad que ofrece el DIH para la celebración de un acuerdo humanitario en Colombia. Con esta finalidad, se recogen los principales elementos elaborados a lo largo de este estudio, y se expone cuál sería finalmente el marco jurídico sustentado en la normativa y en la doctrina del DIH aplicable a conflictos armados internos, para la realización de un acuerdo humanitario. La aplicación de dicho marco jurídico se complementa con un análisis de los alcances y límites de los acuerdos especiales en relación con el derecho a la paz.

3.1 El contexto que permite la realización del acuerdo humanitario en Colombia.

A lo largo de esta investigación, se intentó demostrar que el DIH proporcionaba el marco jurídico suficiente para la realización de un acuerdo humanitario que en el caso colombiano, facilitara la liberación de las personas que se encuentran secuestradas por parte de una de las partes en conflicto, en este caso los grupos armados ilegales, y que a su vez, el gobierno permitiera la liberación de algunos miembros de estos grupos armados que se encuentran en los centros carcelarios.

Este análisis desde el Derecho Internacional nos permitió clarificar varias ideas. Primero, que el concepto de soberanía se ha transformado en el desarrollo de las relaciones

exteriores contemporáneas, pasando de un concepto absoluto del ejercicio del poder y control dentro de un territorio determinado, a plantear el concepto de manera externa a través de la igualdad soberana frente a los otros Estados, para finalmente ver que en la práctica dicho concepto se ha relativizado, a favor de la aplicación de normas del derecho internacional, entre las que la regularización de la guerra ocupa un lugar especial. Es decir, que en la práctica los Estados han cedido parte de su soberanía interna, para obtener un reconocimiento internacional, en un contexto donde el DIH y el DIDH, han obtenido un mayor protagonismo y obligatoriedad¹⁵⁰.

Se estudió además, como esa contradicción entre la soberanía interna, y el derecho internacional, se evidenció de una manera clara en la regulación de los conflictos armados internos, especialmente durante la discusión de la Conferencia de 1977 que daría origen a los Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra. Se analizó con detalle como la mayoría de Estados abogaron por la reducción del texto del Protocolo II, pretendiendo una regulación mínima de los CANI, y como vieron en esta normatividad, una limitante al control absoluto en el ámbito interno, y un temor porque los grupos rebeldes en el interior de los Estados obtuvieran un reconocimiento internacional relacionado con el estatus de beligerancia¹⁵¹.

Resultado de esta poca iniciativa de los Estados para regular conflictos armados internos en 1977, la normatividad básica que se aplica a esta materia que es el artículo 3 común y el Protocolo II, serían insuficientes para regular los nuevos conflictos armados internos que se multiplicaron en el mundo a partir de los años 70, generando una fuerte contradicción: que mientras los conflictos internacionales disminuyeron notablemente y los internos crecieron, la regulación de estos últimos resultó ínfima frente al número de normas aplicables a los internacionales¹⁵².

Con el objeto de menguar dicha contradicción, el DIH contemporáneo ha hecho múltiples esfuerzos para ampliar la normativa de los conflictos armados internos. Entre estas herramientas para complementar la regulación de los CANI se cuenta con la compilación de normas humanitarias de carácter consuetudinario, y el uso de un recurso que había quedado en la normatividad desde 1949 en el artículo 3 común, esto es, la posibilidad de

¹⁵⁰ Al respecto ver capítulo 2.1.1.

¹⁵¹ Al respecto ver capítulo 1.2.3.

¹⁵² Al respecto ver capítulo 1.2.1.

realizar acuerdos especiales entre las partes en conflicto, para ampliar las regulaciones aplicables a los conflictos armados internos¹⁵³.

El concepto de conflicto armado interno tuvo a su vez su propia evolución. Durante el estudio se evidenció cómo este concepto se transformó desde su aparición dentro del artículo 3 común; pasando por el artículo 1 del Protocolo II, que aunque en principio definía el ámbito de aplicación de este instrumento, dichos elementos en la práctica se usaron para verificar la existencia de los conflictos armados; para finalmente acuñar por vía jurisprudencial un concepto más sencillo de conflicto armado, lo que significa un mayor nivel de protección. En este sentido se señaló la importancia de la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, que se apropió de la figura de la *fórmula Tadic*, mediante la cual determinó que la existencia de un conflicto armado se definía bajo dos conceptos: organización de las partes e intensidad de las hostilidades¹⁵⁴.

Analizar el concepto de conflicto armado interno es importante, porque es la definición que permite aplicar la normativa humanitaria. Es decir, en el mismo momento que se cumplan las condiciones objetivas para determinar la existencia de un conflicto armado, se hacen aplicables directamente las disposiciones del DIH. A continuación se estudia cómo se aplica este concepto en el caso colombiano.

3.1.1 Existencia de un conflicto armado interno en Colombia.

Aunque desde 1977 en el texto del Protocolo II haya quedado establecido que los elementos que definían el ámbito de aplicación de dicho Tratado, es decir, la existencia misma de un conflicto armado interno, eran elementos objetivos que no quedaban sujetos a la apreciación de las partes, y que comprobándose su existencia se daba aplicación inmediata a la normatividad humanitaria; en el ámbito colombiano permanece la discusión si se reconoce o no la existencia del conflicto. Mas allá de estos debates, y de que en efecto cada uno de estos elementos pueda generar controversias en específico, para el caso colombiano, se ha asumido que estas condiciones materiales de que habla el Protocolo II, se cumplen, y por esto, nos encontramos frente a un conflicto armado interno, que ha sido regulado por el DIH. Pero incluso, si se llegaran a poner en duda estos elementos del Protocolo II, según la

¹⁵³ Al respecto ver capítulo 2.3.3

¹⁵⁴ Al respecto ver capítulo 2.2

jurisprudencia internacional estudiada en lo que se ha conocido cómo la *fórmula Tadic*¹⁵⁵, lo único que se tiene que verificar para comprobar la existencia de un conflicto armado, es la intensidad de las hostilidades, y la organización de las partes. Condiciones que para el caso colombiano se cumplen claramente.

De acuerdo con lo anterior, no hay duda que jurídicamente, según las exigencias de la normativa internacional, en Colombia existe un conflicto armado interno, por lo cual las normas del DIH se aplican automáticamente para regular las hostilidades¹⁵⁶.

Sin embargo, vale la pena hacer una referencia a la ley de víctimas recientemente aprobada, que es la Ley 1448 del 10 de junio de 2011, en la cual, desde su título oficial que es “Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones.”, se reconoce la existencia de un CANI. Aún más, en la primera parte del artículo 3 se señala que:

*“Se consideran víctimas, para los efectos de esta ley, aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1o de enero de 1985, como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno.”*¹⁵⁷. (Subrayado por fuera del original.)

Como se observa, la ley colombiana reconoce la existencia de un conflicto armado interno. Sin embargo, para la aplicación de la normativa humanitaria desde el derecho internacional, no es necesario contar con este tipo de reconocimientos en el derecho doméstico de los Estados, ya que, como se estudió anteriormente, la existencia de un CANI se define únicamente por criterios objetivos. Por lo tanto, el reconocimiento que se hace en el texto de la ley de víctimas, no es un hecho constitutivo, sino apenas declarativo de una situación preexistente. Consecuentemente, una declaración de alguna autoridad estatal que negara la existencia de un CANI en Colombia, no afectaría en nada la obligatoriedad de las normas

¹⁵⁵ ICTY, ob. cit., supra nota 111, Par. 562.

¹⁵⁶ Así lo sostienen órganos como la Oficina en Colombia de la Alta Comisionada de la ONU para los Derechos Humanos, quienes señalan que “*la existencia de un conflicto armado interno no depende de reconocimientos políticos, y que la negación o reconocimiento de esa realidad por parte de diversos gobiernos colombianos no ha cambiado ni su naturaleza ni su persistencia.*”. Información disponible en: <http://www.acnur.org/t3/noticias/noticia/colombia-onu-encomia-reconocimiento-de-existencia-de-conflicto-armado/> (Consultado el 23 de marzo de 2012)

¹⁵⁷ Artículo 3. Ley 1448 de 2011.

humanitarias¹⁵⁸. Es decir que estas declaraciones a favor o en contra de la existencia de un conflicto armado interno al interior de un Estado, tienen muchos efectos políticos, pero no trascienden al plano jurídico en lo relacionado con el deber de acatar y aplicar el DIH a nivel interno¹⁵⁹.

3.2 El marco jurídico que permite la realización del acuerdo humanitario en Colombia.

A lo largo de esta investigación se ha intentado demostrar que el marco jurídico que permite la realización de un acuerdo humanitario en Colombia, esta dado desde la normatividad del DIH. Estudiado el contexto que permite realizar el intercambio humanitario, definido principalmente por la determinación de que en Colombia si existe un conflicto armado interno, lo que permite que las normas humanitarias se apliquen directamente; a continuación se recogen las disposiciones concretas del DIH que sustentan jurídicamente la realización de un intercambio humanitario.

La norma más importante para hacer este análisis es el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, también conocido como el mínimo humanitario o el mini convenio, en el que se establecen las condiciones básicas y elementales que se deben cumplir dentro de un CANI, como es el colombiano. Una de las provisiones de ese artículo dice: *“Además, las partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio.”*. En la primera parte dice que *“las partes en conflicto harán lo posible”*, dentro de esta investigación, se dijo que el Comentario del artículo 3º común señalaba que no es sólo una potestad voluntaria que se ofrece a las partes en conflicto, sino que en efecto, la normatividad esta exhortando y persuadiendo a los actores en conflicto, para que lo hagan.

¹⁵⁸ Un claro ejemplo de no reconocimiento de la existencia de un conflicto armado interno por parte de una autoridad estatal, fue la posición adoptada por el ex-presidente Álvaro Uribe Vélez desde el comienzo de su primer mandato, posición que fue eje de la política central de gobierno tanto a nivel interno como en las relaciones internacionales. Para ver un análisis de este tema ver: Leal Buitrago, Francisco, *La política de seguridad democrática 2002-2005*, Revista Análisis Político, No 57, 3-30, 11-24 (2006)

¹⁵⁹ *“The deference to states to determine the existence of armed conflict should have its limits. Unlike some parts of the laws of war, such as the law of neutrality, the task of international humanitarian law is to protect those who do not, or no longer, take part in hostilities and to avoid unnecessary casualties. Such protection cannot depend on auto-interpretation by those whom IHL attempts to restrain.”*. Paulus, Andreas y Vashakmadze, Mindia, *Asymmetrical war and the notion of armed conflict – a tentative conceptualization*, 91, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, No 873, 95 -125, 122 (2009)

Como se estudió, la figura de los acuerdos especiales dentro del DIH, es una institución que encuentra su respaldo jurídico en el artículo 3 común, y que pretende que las partes en conflicto, hagan extensivas a los conflictos internos, algunas de las regulaciones que existen en el derecho humanitario para conflictos internacionales, o incluso para dar una protección mayor de la que concede la normatividad a las personas afectadas por los conflictos armados. Una de las definiciones más completas que nos ayudan a entender finalmente de que se tratan los acuerdos especiales es la siguiente:

“Los acuerdos especiales de los cuales trata el Artículo 3, común a los Convenios de Ginebra de 1949, son típicos actos que, como todo negocio jurídico, involucra a dos o más Partes en un conflicto armado y se refieren a compromisos que deben estar cubiertos y gobernados por el DIH. Tales acuerdos pueden ser verbales o escritos y su finalidad es, casi siempre, la de afirmar el reconocimiento de los derechos consagrados en el DIH de una manera particular e instrumental, sin modificar el estatuto jurídico y político de las partes que lo suscriben. Sobre este particular, el nombre que adopten los acuerdos no es lo que importa, sino el carácter que tengan las Partes que lo suscriben y la capacidad que tengan para obligarse.”¹⁶⁰.

Por otra parte, se ha señalado que la máxima utilidad que podría dársele a este artículo 3 común, es la ampliación del reconocimiento de prisionero de guerra, aplicable sólo en conflictos internacionales, para poder hacer extensible su régimen de protección en conflictos armados internos¹⁶¹. También es cierto que frente a la finalización del cautiverio del que trata el Convenio III de Ginebra relativo a los prisioneros de guerra, también hay un vacío normativo, justamente en relación con el canje de prisioneros a nivel internacional. Aunque esta posibilidad no está explícitamente regulada por este instrumento internacional, en la práctica si se ha producido. Al respecto, Kalshoven y Zegveld sostienen que:

“En el Convenio (III), no se indica específicamente un método evidente mediante el cual se puede dar término a la detención de los prisioneros de guerra: el canje como resultado de un acuerdo expreso entre las partes en

¹⁶⁰ Botero, Reinaldo y CICR, *Acuerdos humanitarios*, en: *Conversaciones de paz. Frente al horror: acuerdos humanitarios*, 89 (Mandato ciudadano por la Paz, la Vida y la Libertad, Bogotá, 1998)

¹⁶¹ Mangas Martín, ob. cit., supra nota 11, 85.

conflicto. Con frecuencia, ese tipo de acuerdos se concierta y se ejecuta en el transcurso de un conflicto armado, con el CICR como intermediario.”¹⁶².

Por supuesto, la preocupación central al trasladar estas categorías de un CAI a un CANI, es que se estaría reconociendo el estatus de prisionero de guerra, y consecuentemente el estatus de combatiente a los grupos armados ilegales. Tema que, como se estudió, tiene su explicación histórica y política, pero mas allá de que parezca plausible defender la aplicación de estas categorías dentro del conflicto armado interno, lo cierto es que el mismo artículo 3 común tiene la respuesta a este inconveniente, y es que en su parte final se afirma categóricamente que *“la aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las partes en conflicto.”*

Es decir que el mismo artículo 3 común permite que se celebren acuerdos humanitarios para, en este caso, el intercambio de combatientes, sin que se tenga que modificar las condiciones jurídicas de las personas ni de las partes en conflicto que participen de éste. Para el caso colombiano, esta claridad es importante porque permite que jurídicamente se celebre un intercambio humanitario, teniendo como sustento la normatividad del DIH, sin que se relacionen temas de reconocimiento de beligerancia o de estatus de prisioneros de guerra.

Resultado de este análisis, es posible afirmar que el DIH no solo permite la realización de acuerdos especiales, sino que además, los promueve; y que celebrar acuerdos especiales parece ser la herramienta más idónea para que las partes en conflicto en un CANI, cumplan con su obligación de adoptar medidas que conduzcan a una mayor y mejor aplicación de las normas humanitarias. De esta manera queda claro que el artículo 3 común proporciona el marco jurídico suficiente para que el Gobierno colombiano celebre un acuerdo humanitario con los grupos armados al margen de la ley que permita la liberación de combatientes de uno y otro lado, sin que sea necesaria a creación de una normativa adicional. Las condiciones que deben cumplir estas personas liberadas, serían también objeto de regulación de dicho acuerdo.

¹⁶² Kalshoven, ob. cit., supra nota 18, 69.

3.2.1 La situación de las personas involucradas en el acuerdo humanitario frente al DIH.

Estudiada la viabilidad del marco jurídico para realizar un intercambio humanitario en Colombia a partir del DIH, es necesario analizar si todas las personas privadas de la libertad, independientemente de su condición, podrían participar de este acuerdo.

Dentro del ámbito interno, se diferencian claramente la categoría que ocupan las personas relacionadas con el conflicto armado, esto es, si es miembro de la fuerza pública, si es parte de una organización armada al margen de la ley, o si es un civil. Estas categorías no son tan claras dentro del DIH, ya que por el principio de distinción, las categorías básicas serían: combatientes, sin importar si son fuerzas estatales o ilegales; y población civil, o personas que no participan directamente de las hostilidades. Y esto es así, porque ni el Protocolo II, ni el artículo 3 común, otorgan un estatus particular a los miembros de la fuerza pública, ya que las dos normatividades se basan en el principio de igualdad de las partes en conflicto¹⁶³.

Una conclusión importante, es que este marco jurídico no permite la inclusión de civiles que se encuentran en poder de grupos armados al margen de la ley dentro del intercambio humanitario. Y esto es así, porque los acuerdos especiales de ninguna manera pueden disminuir el nivel de protección conferido por la normatividad humanitaria, y para la población civil, la garantía fundamental que ofrece el DIH es que según el principio de distinción, los civiles se deben mantener al margen de las hostilidades. El mismo artículo 3 común condena en todo tiempo y lugar la toma de rehenes.

Además el espíritu del canje o del intercambio, es regresar los combatientes retenidos por el enemigo, retención que se prefirió como método de neutralización antes que matarlos en aplicación del principio de causar el menor daño posible; pero su lógica no aplica a personas que no participan directamente de las hostilidades. Por lo anterior, frente a la situación de los civiles, la opción más viable es exigir su liberación unilateral sin condiciones, y demandar de parte de todos los grupos armados respeto por el principio de distinción para mantener a la población civil al margen de los efectos de las hostilidades. Lo anterior no obsta para que en la práctica, una propuesta de acuerdo humanitario entre combatientes pueda ser un mecanismo útil en términos políticos para presionar la salida de las personas civiles en cautiverio.

¹⁶³ Junod, ob. cit., supra nota 66, 82.

3.3 El acuerdo humanitario y el conflicto colombiano.

Siendo analizada previamente la viabilidad jurídica del acuerdo humanitario, restarían algunas consideraciones. La primera es que se hace necesario aclarar el sentido y la finalidad que tienen los acuerdos especiales, esto es, reconocer que son consensos que se producen en medio de las hostilidades para dar una protección más favorable de una manera acorde con los principios y fines del derecho humanitario. Pero así como el DIH, no tiene como finalidad solucionar los conflictos armados sino regularlos, de la misma manera los acuerdos humanitarios no son en su esencia acuerdos políticos de paz, por lo que, de acuerdo al análisis realizado, es equivocado relacionar este tipo de propuestas con el derecho a la paz.

Lo anterior no quiere decir que se cuestionen los acercamientos para lograr diálogos en este sentido, de hecho este estudio parte de considerar que el conflicto armado interno que vive nuestro país necesita una salida política negociada; lo que se sostiene es que no es beneficioso confundir las categorías y opciones que provee el DIH ya que puede llegar a ser contraproducente.

Los acuerdos especiales tal y como están en la normatividad internacional, son procedimientos sencillos, sin mayores requisitos, que se pueden dar en cualquier momento en medio del conflicto. Relacionar este tipo de acuerdos con diálogos o acercamientos de paz, que por su esencia se enmarcan en procesos mucho más largos y complejos, lo que genera es que dichos acuerdos se complejicen innecesariamente y finalmente no se lleven a cabo. Esta última aclaración me parece pertinente, teniendo en cuenta que el ejecutivo solicita “muestras de paz” para hablar de intercambio, cuando estas dos cuestiones son diferentes, y si bien es deseable que se llegue a un proceso de negociación, los acuerdos humanitarios se hacen en medio de la intensidad del conflicto, y no llevan necesariamente a procesos de paz. En este mismo sentido se afirma que:

“El gobierno central debería diferenciar entre el despeje otorgado para un proceso de paz y el despeje transitorio para realizar un encuentro que lleve a un acuerdo humanitario; estos acuerdos no implican iniciar un proceso, ni conceder una tregua, ni un principio de rendición, ni debilitamiento, ni concesión alguna, solo conllevan a un acto obligatorio de humanidad.”¹⁶⁴.

¹⁶⁴ Ramos Garbiras, ob. cit., supra nota 73, 42.

Lo anterior no obsta para que en el proceso de un acuerdo humanitario se logre generar confianza entre las partes, y dichos acercamientos, en la práctica, terminen facilitando un proceso de paz, esto es que sea “posible percibir que el oponente militar tiene la capacidad de ser un interlocutor político y por lo tanto un socio de la paz.”¹⁶⁵ y no simplemente un enemigo contra el cual se justifica cualquier acción¹⁶⁶. Pero es preciso aclarar que jurídicamente un acuerdo humanitario no tiene como finalidad la negociación o discusión de las causas del conflicto, ya que lo que pretende es sencillamente regularlo.

Una característica adicional de estos acuerdos especiales, es que se encuentran destinados a regular muchos temas que superan la propuesta concreta de intercambio humanitario, cuestiones relacionadas con los métodos y medios utilizados en los combates, con estrategias eficaces para sacar a la población civil de los combates, en definitiva, cualquier regulación especial que quieran hacer los grupos armados para lograr una mayor y mejor aplicación del DIH, lo que abre un sin número de posibilidades para disminuir las consecuencias humanitarias que deja el conflicto armado interno en el país. Consecuencias que fuera de las personas secuestradas, son evidentes en los millones de personas en situación de desplazamiento forzado¹⁶⁷, en los combatientes que pierden partes de su cuerpo por las minas antipersonales¹⁶⁸, en los menores que son reclutados y participan en las hostilidades dentro de los distintos grupos armados¹⁶⁹, todas estas situaciones que se podrían mejorar a través de acuerdos especiales en el caso colombiano.

Después de este estudio se puede afirmar que es necesario apropiarse de estas herramientas jurídicas del derecho internacional para ponerlas en práctica. Los acuerdos especiales son mecanismos sencillos, viables y útiles para la protección de las víctimas del conflicto

¹⁶⁵ Instituto de Derechos Humanos y Relaciones Internacionales, ob. cit., supra nota 74, 10.

¹⁶⁶ Para un análisis de la construcción simbólica del estereotipo del enemigo dentro del conflicto armado colombiano, ver: Schlenker, Juana y Iturralde, Manuel, *El uso del discurso de los derechos humanos por parte de los actores armados en Colombia: ¿Humanización del conflicto o estrategia de guerra?*, Revista Análisis Político, No 56, 29-50, 46-49 (2006)

¹⁶⁷ Según ACNUR “Hasta mayo de 2011 el Gobierno de Colombia ha registrado a más de 3,7 millones de desplazados internos en el país. ONG como la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento (CODHES) consideran que la cifra real de desplazados por el conflicto armado interno desde mediados de los años 80 supera los 5 millones de personas.”. Información disponible en: <http://www.acnur.org/t3/operaciones/situacion-colombia/desplazamiento-interno-en-colombia/> (Consultada el 8 de enero de 2012)

¹⁶⁸ Según el Programa Presidencial para la Acción Integral contra Minas Antipersonal, desde 1990 hasta noviembre de 2011, Colombia ha tenido 9.584 víctimas por causa de las minas antipersonal. Información disponible en: <http://www.accioncontraminas.gov.co/Paginas/AICMA.aspx> (Consultada el 15 de enero de 2012)

¹⁶⁹ Según la Coalición para Acabar con la Utilización de Niños Soldado, Los grupos armados al margen de la ley siguen reclutando menores, y las fuerzas gubernamentales los usan en labores de inteligencia. Información disponible en: http://www.es.amnesty.org/camps/ns/paises_colombia.php (Consultada el 15 de enero de 2012)

armado colombiano. La cuestión de la paz ya es un tema distinto y mucho más complejo. Mientras eso sucede, mientras la paz se construye, es posible menguar los efectos de la guerra.

En este tercer capítulo se estudió el contexto que permite la realización de un intercambio humanitario en Colombia, definido principalmente por la determinación de que en este país, sí existe un conflicto armado interno, lo que permite que las normas humanitarias se apliquen directamente. Dentro de esta normatividad se resaltó la importancia del artículo 3 común y la posibilidad que ofrece éste para la celebración de acuerdos especiales, sin necesidad de modificar la situación jurídica de los intervinientes. Se afirmó además que de un eventual acuerdo participarían únicamente los combatientes de las partes en conflicto, exigiendo siempre el respeto del principio de distinción a favor de los civiles; y finalmente se reflexionó alrededor de la importancia de separar los acuerdos especiales que podrían llevar a un intercambio humanitario, de los acercamientos para lograr negociaciones de paz.

El anterior análisis permitió responder a la pregunta de investigación propuesta, esto es si el DIH aplicable en Colombia proporcionaba el marco jurídico suficiente para la realización de un intercambio humanitario, y esta cuestión se resolvió demostrando la hipótesis planteada inicialmente según la cual el marco jurídico sí existe, y se desprende directamente de la aplicación del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra.

Sin embargo, a lo largo de la investigación se concluye que el marco jurídico no se desprende de la aplicación extensiva del estatus de protección del prisionero de guerra, como inicialmente se había planteado, sino que se desprende de la capacidad que tienen las partes en conflicto para celebrar acuerdos especiales que pueden regular temas que superen lo previsto en la normatividad humanitaria y que en todo caso busquen la mayor y mejor realización los fines humanitarios de mitigar los efectos de la guerra. En estas finalidades encuadra claramente la posibilidad de un intercambio humanitario para que los combatientes de uno y otro lado recobren la libertad. Este marco jurídico no sólo existe sino que es suficiente, es decir, que el DIH provee directamente todo el soporte jurídico necesario para realizar un acuerdo de este tipo, sin que se tengan que expedir normas adicionales para su realización. De esta manera, el presente estudio permite afirmar que jurídicamente sólo bastaría con aplicar la normativa internacional existente para hacer realidad un acuerdo humanitario en Colombia.

CONCLUSIONES

El DIH es una normatividad que hace parte del Derecho Internacional que entra en vigencia cuando éste falla en su labor de evitar los conflictos armados. El origen principal de sus normas son los convenios y la costumbre internacional, y tiene como propósito mitigar los sufrimientos causados por la guerra a través de la limitación de los métodos y medios usados para combatir, procurando siempre la protección de la persona humana. De esta manera, el DIH constituye el marco jurídico idóneo que se ofrece desde el derecho internacional para analizar la regulación de los conflictos armados internos.

La principal normatividad que existe dentro del DIH para la regulación de los conflictos armados internos es el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, de 1949 y el Protocolo II adicional a los Convenios de 1977. El proceso de concertación de esta normatividad presentó muchas dificultades, principalmente porque los Estados interpretaron la regulación de los conflictos armados no internacionales como una intervención en asuntos internos, lo que generó que la normatividad aprobada fuera mucho menor en comparación con las normas que regulan los conflictos internacionales. Consecuentemente el artículo 3 y el Protocolo II resultaron insuficientes para regular, por sí mismos, los conflictos armados internos contemporáneos.

Las tensiones que se presentan por parte de los Estados ante la pretensión de regular los conflictos armados internos desde el ámbito internacional, han estado mediadas por el principio de soberanía. La idea de soberanía sufrió un proceso de transformación desde el derecho internacional público clásico, donde se consideraba como un concepto absoluto, hasta el derecho internacional contemporáneo, donde el concepto de soberanía fue relativizado. En definitiva, aplicar la normatividad internacional a un conflicto armado

interno como el colombiano, no significa una injerencia indebida en asuntos internos del Estado, ni mucho menos una vulneración a su soberanía.

El concepto de conflicto armado interno que apareció desde el artículo 3 común en 1949, evolucionó y definió varios elementos objetivos que definían la aplicación del Protocolo II en 1977. Posteriormente, la jurisprudencia de un Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, estableció criterios mucho más simples para la definición de existencia de un conflicto armado, a saber, intensidad de las hostilidades y organización de las partes. De acuerdo con lo anterior, verificar la existencia de estos dos elementos, es lo único que se requiere para determinar la existencia de un conflicto armado interno.

Como se evidencia, en el marco de un conflicto interno, el DIH otorga a unas garantías mínimas a todas las personas afectadas por privación de la libertad, pero su régimen de protección no distingue entre combatientes y no combatientes, para otorgar a estos últimos un tratamiento especial, como sí se hace en los conflictos internacionales. Mientras que en un conflicto armado internacional se obtiene el Estatuto de prisionero de guerra; en un conflicto armado interno, los combatientes no obtienen este Estatuto y su régimen de protección son las pocas garantías mínimas que se recogen en un único artículo dentro del Protocolo II.

En el caso colombiano los conceptos de: intercambio, acuerdo o canje humanitario, se refieren básicamente a la misma propuesta de liberar a las personas que se encuentran bajo la custodia de una de las partes del conflicto, a cambio de que la otra parte, en este caso el Gobierno colombiano, libere a otros combatientes que se encuentran privados de la libertad en establecimientos estatales. Estos tres términos son usados indistintamente por la opinión pública, pero que dentro del derecho humanitario, no se hace referencia explícita a ninguno de ellos, por lo que dicha propuesta se encuentra recogida dentro del término de acuerdos especiales que aparece en el texto del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra. Los acuerdos especiales son concertaciones entre las partes, para aumentar la protección conferida por el DIH en una situación de conflicto armado interno. Estos acuerdos pueden crear nuevas obligaciones jurídicas, si va más allá de las disposiciones del DIH, o bien retomar simplemente el derecho que ya vincula a las partes para mejorar su aplicación.

Según las exigencias de la normativa internacional, en Colombia sí existe un conflicto armado interno, visto desde los criterios objetivos establecidos en el Protocolo II, y por lo dicho por la jurisprudencia internacional en la fórmula Tadic, es decir que sólo es necesario que exista organización de las partes e intensidad de las hostilidades. La verificación de la existencia del conflicto armado interno en Colombia permite que las normas del DIH se apliquen automáticamente para regular las hostilidades. El reconocimiento que hagan las autoridades sobre la existencia del conflicto, no es un hecho constitutivo, sino apenas declarativo de una situación preexistente, por lo que estas declaraciones, si bien tienen una gran importancia política, no tienen efectos en el plano jurídico específicamente en relación con el deber de acatar y aplicar el DIH a nivel interno.

El artículo 3 común a los Convenios de Ginebra proporciona el marco jurídico suficiente para que el Gobierno colombiano celebre un acuerdo humanitario con los grupos armados al margen de la ley que permita la liberación de combatientes de uno y otro lado, sin que sea necesaria la creación de una normativa adicional. Según esta disposición los acuerdos especiales se celebran sin necesidad de modificar el estatus jurídico de las partes. Este marco jurídico no permite la inclusión de civiles que se encuentran en poder de grupos armados al margen de la ley. En este caso, de manera acorde con el DIH, se debe mantener a la población civil al margen de los efectos de las hostilidades, y en caso de ser privados de la libertad, deben ser liberados inmediatamente en respeto del principio de distinción.

Los acuerdos especiales son consensos que se producen en medio de las hostilidades para otorgar una protección más favorable de conformidad con los principios y fines del derecho humanitario, pero no son en su esencia acuerdos políticos de paz. Los acuerdos especiales tal y como están en la normatividad internacional, son procedimientos sencillos, sin mayores requisitos, que se pueden celebrar en cualquier momento en medio del conflicto. Relacionar este tipo de acuerdos con diálogos o acercamientos de paz, que por su esencia se enmarcan en procesos mucho más largos y complejos, lo que genera es que dichos acuerdos se complejicen innecesariamente y finalmente no se lleven a cabo. La cuestión de la paz es un tema distinto y mucho más complejo, pero mientras la paz se construye, es posible mitigar los efectos de la guerra.

BIBLIOGRAFIA

1. Libros.

Ángel Álvarez, Jaime Alberto, *Modelo práctico para la investigación social. Una metodología para el estudio de fenómenos políticos, jurídicos y culturales*, (Ediciones Universidad Libre, Bogotá, 2008)

Badie, Bertrand, *Un mundo sin soberanía. Estados entre artificio y responsabilidad*, (Tercer Mundo Editores, Bogotá, 2010)

Bartelson, Jens, *A Genealogy of Sovereignty*, (Cambridge University Press, Cambridge, 1995)

Camargo, Pedro Pablo, *Derecho Internacional Humanitario*, (4a ed., Leyer, Bogotá, 2007)

Cassese, Antonio, *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, (Ariel, Barcelona, 1993)

CICR - OEA, *Curso Introductorio sobre Derecho Internacional Humanitario*, (CICR – OEA, Washington, 2007)

CICR, *El derecho internacional humanitario y los retos de los conflictos armados contemporáneos*, (CICR, Ginebra, 2003)

CICR, *Los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, (CICR, Ginebra, 1986)

Cullen, Anthony, *The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law*, (Cambridge University Press, Cambridge, 2010)

Diez de Velasco, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, (14a ed., Tecnos, Madrid, 2003)

Dueñas Ruíz, Oscar José, *Lecciones de hermenéutica jurídica*, (Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2009)

Henckaerts, Jean-Marie y Doswald-Beck, Louise, *Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, Vol I, Normas*, (CICR, Buenos Aires, 2007)

Hernández Hoyos, Diana, *Lecciones de Derecho Internacional Humanitario*, (2a ed., Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2002)

Heyck Puyana, Caterina, *Derecho Internacional, Acuerdo Humanitario y Resolución pacífica del secuestro*, (Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2011)

Heyck Puyana, Ana Caterina, *Sí al acuerdo humanitario. Razones históricas políticas y jurídicas para realizarlo*, (Editorial la silueta, Bogotá, 2004)

Human Security Report Project, *Human Security Report 2009/2010: The Causes of Peace and the Shrinking Costs of War*, (Oxford University Press, New York, 2011)

Instituto de Derechos Humanos y Relaciones Internacionales, *Reflexiones sobre la suscripción de un acuerdo para la humanización del conflicto armado colombiano. Memorias y relatoría*, (Centro Editorial Javeriano, Bogotá, 2001)

Jackson, Robert, *Sovereignty: Evolution of an idea*, (Polity Press, Cambridge, 2007)

Junod, Sylvie-Stoyanka, *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 (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios*, (CICR - Plaza & Janés Editores, Bogotá, 1998)

Kalshoven, Frits y Zegveld, Liesbeth, *Restricciones en la conducción de la guerra. Introducción al derecho internacional humanitario*, (3a ed., CICR, Ginebra, 2001)

Krasner, Stephen, *Soberanía, hipocresía organizada*, (Ediciones Paidós, Barcelona, 2001)

Mack, Michelle, *Mejorar el respeto del Derecho Internacional Humanitario en los conflictos armados no internacionales*, (CICR, Ginebra, 2008)

Mangas Martín, Aracely, *Conflictos armados internos y Derecho Internacional Humanitario*, (Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1990)

Melzer, Nils, *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el Derecho Internacional Humanitario*, (CICR, Ginebra, 2010)

Moir, Lindsay, *The Law of internal armed conflict*, (Cambridge University Press, Cambridge, 2002)

Orozco Abad, Iván, *Combatientes, rebeldes y terroristas. Guerra y derecho en Colombia*, (Editorial Temis, Bogotá, 2006)

Perna, Laura, *The formation of the treaty law of non-international armed conflicts*, (Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 2006)

Pictet, Jean, *Desarrollo y principios del Derecho Internacional Humanitario*, (Instituto Henry Dunant, Ginebra, 1986)

Ramelli Arteaga, Alejandro, *La Constitución Colombiana y el Derecho Internacional Humanitario*, (Universidad Externado, Bogotá, 2000)

Ramos Garbiras, Alberto, *Conflicto Interno, fronteras y crisis diplomática*, (Universidad Libre, Cali, 2008)

Swinarski, Christophe, *Principales nociones e institutos del Derecho Internacional Humanitario como sistema de protección de la persona humana*, (Instituto Interamericano de Derechos Humanos – CICR, San José, 1990)

Uribe Vargas, Diego y Cárdenas Castañeda, Fabián Augusto, *Derecho Internacional Ambiental*, (Universidad Jorge Tadeo Lozano, Bogotá, 2010)

Valencia Villa, Alejandro, *Derecho Internacional Humanitario. Conceptos básicos, infracciones en el conflicto armado colombiano*, (OACNUDH, Bogotá, 2007)

Valencia Villa, Alejandro, *Derecho humanitario para Colombia*, (Defensoría del Pueblo, Bogotá, 1994)

Valencia Villa, Alejandro, *La humanización de la guerra. Derecho internacional humanitario y conflicto armado en Colombia*, (Uniandes – Tercer Mundo Editores, Bogotá, 1991)

Verri, Pietro, *Diccionario de Derecho Internacional de los Conflictos Armados*, (CICR, Ginebra, 1998)

2. Capítulos de libro.

Botero, Reinaldo y CICR, *Acuerdos humanitarios*, en: *Conversaciones de paz. Frente al horror: acuerdos humanitarios*, (Mandato ciudadano por la Paz, la Vida y la Libertad, Bogotá, 1998)

Delacoste, Pierre, *Concepto, Génesis y Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario*, en: *Conflicto Armado y Derecho Humanitario*, (CICR, Tercer Mundo Editores, Bogotá, 1997)

Krasner, Stephen, *Globalización y soberanía*, en: *Estado, soberanía y globalización*, (Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2010)

Lozano Guillén, Carlos, *El conflicto con las Farc. Medio siglo a la espera de la paz con democracia y justicia social*, en: *Qué, cómo y cuándo negociar con las Farc*, (Intermedio editores, Bogotá, 2008)

Madrid-Malo Garizábal, Mario, *Convergencia y complementariedad del Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, en: *Conflicto Armado y Derecho Humanitario*, (CICR, Tercer Mundo Editores, Bogotá, 1997)

Pardo, Rafael, *Conferencia Acuerdo Humanitario*, en: *Papeles de comunicación No 3 Acuerdo Humanitario*, (GICOVI-Grupo de Investigación en Comunicación y Violencia, Editorial Universidad Santiago de Cali, Cali, 2006)

Uprimny, Rodrigo, *Sentido y aplicabilidad del Derecho Internacional Humanitario en Colombia*, en: *Conflicto Armado y Derecho Humanitario*, (CICR, Tercer Mundo Editores, Bogotá, 1997)

Valencia Villa, Alejandro, *El Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra*, en: *Conflicto Armado y Derecho Humanitario*, (CICR, Tercer Mundo Editores, Bogotá, 1997)

3. Artículos Académicos.

Abello-Galvis, Ricardo, *Introducción al estudio de las normas de ius cogens en el seno de la Comisión de Derecho Internacional*, CDI, Revista Universitas, No 123, 75-104, 99 (2011)

Acosta López, Juana Inés, y Duque Vallejo, Ana María, *Declaración Universal de Derechos Humanos, ¿norma de Ius Cogens?*, International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, No 12, 13-34 (2008)

Bassiouni, M. Cherif, *The new wars and the crisis of compliance with the law of armed conflict by non-state actors*, 98, *The Journal of criminal law & criminology*, No 3, 711-810 (2008)

Bugnion, François, *Jus ad bellum, jus in bello and non-international armed conflicts*, 6, *Yearbook of International Humanitarian Law*, 167-198 (2003)

Fleiner-Gerster, Thomas y Meyer, Michael, *New Developments in Humanitarian Law: A Challenge to the Concept of Sovereignty*, 34, *The International and Comparative Law Quarterly*, No 2, 267 – 283 (1985)

Forsythe, David P., *Legal management of internal war: the 1977 protocol on non-international armed conflicts*, 72, *The American Journal of International Law*, No 2, 272-295 (1978)

Goodman, Ryan, *The Detention of Civilians in Armed Conflict*, 103, *The American Journal of International Law*, No 1, 48-74 (2009)

Greenwood, Christopher, *The relationship between ius ad bellum and ius in bellum*, 9, *Review of International Studies*, 221-234 (1983)

Heintze, Hans-Joachim, *La relación entre la protección conferida por el derecho de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario*, Revista Internacional de la Cruz Roja selección de artículos 2004, No 856, 277-301 (2004)

Lavoyer, Jean-Philippe, *International humanitarian law: should it be reaffirmed, clarified or developed?*, 34, *Israel Yearbook on Human Rights*, 35-58 (2004)

Leal Buitrago, Francisco, *La política de seguridad democrática 2002-2005*, *Revista Análisis Político*, No 57, 3-30 (2006)

Moussa, Jasmine, *Can jus ad bellum override jus in bello? Reaffirming the separation of the two bodies of law*, 90, *International Review of the Red Cross*, No 872, 963-990 (2008)

Paulus, Andreas y Vashakmadze, Mindia, *Asymmetrical war and the notion of armed conflict – a tentative conceptualization*, 91, *International Review of the Red Cross*, No 873, 95 -125 (2009)

Petzold-Pernía, Hermann, *Sobre la Naturaleza de la Metodología Jurídica*, 15, *Frónesis, Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política*, No 1, 116 – 140 (2008)

Schlenker, Juana y Iturralde, Manuel, *El uso del discurso de los derechos humanos por parte de los actores armados en Colombia: ¿Humanización del conflicto o estrategia de guerra?*, *Revista Análisis Político*, No 56, 29-50 (2006)

Steinhoff, Dawn, *Talking to the Enemy: State Legitimacy Concerns with Engaging Non-State Armed Groups*, 45, *International Law Journal*, No 1, 297-322 (2009)

4. Jurisprudencia.

ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory opinion, 9 July 2004.

ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, Judgment, 27 June 1986.

ICTY, *The Prosecutor v. Ramush Haradinaj, Idriz Balaj and Lahi Brahimaj (Haradinaj et al.)*, IT-04-84-T, Trial Chamber Judgment, 3 April 2008.

ICTY, *The Prosecutor v. Dusko Tadić*, IT-94-1, Trial Chamber, Judgment, 7 May 1997.

ICTY, *The Prosecutor v. Dusko Tadić*, IT-94-1-AR72, Appeals Chamber, Decision, 2 October 1995.

Corte Constitucional. Sentencia C-225 de 1995. MP: Alejandro Martínez Caballero.

5. Normatividad.

Ley 1448 del 10 de junio de 2011.

III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra de 1949.

Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales de 1977.

Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional de 1977.

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho Internacional de los Tratados.

Resolución 2625 de la Asamblea General de Naciones Unidas.

Resolución 1373 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

6. Páginas de internet.

<http://www.accioncontraminas.gov.co/Paginas/AICMA.aspx> (Consultada el 15 de enero de 2012)

<http://www.acnur.org/t3/noticias/noticia/colombia-onu-encomia-reconocimiento-de-existencia-de-conflicto-armado/> (Consultado el 23 de marzo de 2012)

<http://www.acnur.org/t3/operaciones/situacion-colombia/desplazamiento-interno-en-colombia/> (Consultada el 8 de enero de 2012)

http://www.es.amnesty.org/camps/ns/paises_colombia.php (Consultada el 15 de enero de 2012)