

GLOBALIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO. PENALIZACIÓN DE INFRACCIONES Y VIOLACIONES GRAVES AL DIH EN EL DERECHO INTERNO COLOMBIANO

HERNANDO BARRETO ARDILA*

«El personalismo se opone a todas las formas de racismo y de castas, a la eliminación de los anormales, al desprecio del extranjero, a la negación totalitaria del adversario político y, en general, a la fabricación de réprobos: un hombre, aun diferente, aun envilecido, sigue siendo un hombre a quien debemos permitir que prosiga una vida de hombre.»¹

PRESENTACIÓN

Sea lo primero agradecer a la Liga Española Pro-Derechos Humanos, en especial a los señores Francisco José Alonso y José María Clemente, la gentil invitación hecha para colaborar en su Revista «El vuelo de Ícaro», a la que auguro generoso éxito, lo cual ha motivado la remisión de este artículo.

La exposición está compuesta de los siguientes cuerpos: primero, precisiones conceptuales; segundo, los tribunales internacionales; tercero, las técnicas de penalización interna del DIH; cuarto, la penalización interna del DIH en el derecho comparado, y quinto, argumentos para la penalización interna del DIH en Colombia.

1. PRECISIONES CONCEPTUALES

1.1. DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Consiste en el conjunto de normas internacionales que establecen facultades e instituciones, que en cada momento histórico concretan las exigencias de la

* Profesor de Derecho Penal en la Universidad Externado de Colombia y Magistrado Auxiliar de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Colombia.

¹ MOUNIER Emmanuel, *El Personalismo*, 3ª edición, Editorial Nueva América, Bogotá, 1989, pp. 62.

dignidad, la libertad y la igualdad humanas², las cuales deben estar reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos internos de los Estados.

1.2. DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO (DIH)

El principio de no recurrir a la fuerza se encuentra establecido en el Tratado de París de 1928, en la Carta de las Naciones Unidas, en el Protocolo para la solución pacífica de los conflictos de 1924 y en otros instrumentos internacionales; en tanto que las obligaciones de los participantes en conflictos armados de no recurrir a procedimientos ilimitados, se encuentra en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949³ y en los dos protocolos adicionales de 1977⁴.

El DIH consiste en un conjunto de normas dirigidas a tratar de limitar los efectos de los conflictos armados. Protege a las personas que no participan o que ya no participan en los combates y limita los medios y métodos de hacer la guerra⁵.

El DIH sólo se aplica en presencia de conflictos armados internacionales o internos, no frente a disturbios y tensiones internas, caracterizados por actos aislados y esporádicos de violencia, aunque el Gobierno recurra a fuerzas de policía para restablecer el orden⁶. El núcleo esencial del DIH es idéntico al del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, esto es, la persona, su vida, su libertad y su seguridad⁷.

1.3. DERECHO DE LA GUERRA O DERECHO DE LA HAYA

Está integrado por una serie de normas⁸ derivadas del principio de que los

² PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, 4ª edición, Madrid, 1991, p. 48.

³ A septiembre 30 de 1995 contaba con 186 Estados parte; Colombia aprobó tales Convenios mediante la ley 5 de 1960, con vigencia desde el 8 de mayo de 1962.

⁴ Del Protocolo I sobre conflictos armados internacionales son parte 140 Estados; del Protocolo II sobre conflictos armados no internacionales, son parte 131 Estados; Colombia adhirió al Protocolo I mediante la ley 11 de 1992 y entró en vigor el 1o de marzo de 1994; también adhirió al Protocolo II mediante la ley 171 de 1994.

⁵ COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CROIX-ROUGE, *Los protocolos adicionales a los convenios de Ginebra de 1949*, Servicio de asesoramiento para el derecho internacional humanitario, Ginebra, 1997, p. 2.

⁶ HERNÁNDEZ MONDRAGÓN, Mauricio, *Derecho Internacional Humanitario, Consejería Presidencial para los Derechos Humanos*, Santa Fe de Bogotá, 1992, p. 39.

⁷ FERNÁNDEZ FLÓREZ, José Luis, *El derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario: Su precisión*, Centro de Estudios del Derecho Internacional Humanitario, p. 7.

⁸ V.g. La Declaración de San Petersburgo de 1868 sobre la prohibición de la utilización de

beligerantes no deben causar males que excedan la finalidad de la guerra, que es destruir o debilitar al enemigo. Determina, entonces, los derechos y deberes de los beligerantes en la conducción de las operaciones y se limita la opción por los medios de destrucción.

La regulación jurídica de la guerra no significa su legitimación.

1.4. DERECHO PENAL

Constituye el ejercicio del *ius puniendi* del Estado a través de la protección de bienes jurídicos, pero no de todos sino de aquellos esenciales para la vida en convivencia tolerante, sólo en la medida que son lesionados o puestos en peligro, y siempre que tales lesiones o peligros tengan suficiente aptitud de daño.

1.5. CRÍMENES INTERNACIONALES

Son definidos por el derecho internacional público, como aquellos cuya gravedad compromete la paz y la seguridad mundiales, así como la estabilidad ética y política del orden internacional, y con cuya comisión se vulnera a la humanidad en su conjunto y no a la persona individualmente considerada⁹.

En la Declaración de Moscú de 1 de noviembre de 1943 se reconoce el principio de jurisdicción universal para los crímenes de guerra, catalogándolos como crímenes internacionales.

1.6. CRÍMENES DE GUERRA¹⁰

Son las violaciones al derecho de la guerra, esto es *al jus in bellum*, integradas por las infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario cometidas en el marco de un conflicto armado internacional y por las violaciones graves al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Internacio-

ciertos proyectiles en tiempo de guerra; la Declaración de La Haya de 1899 que prohíbe el empleo de las balas que se hinchan o aplastan fácilmente en el cuerpo; el Convenio de La Haya de 1907 sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre; el Convenio de La Haya de 1907 sobre derechos y deberes de las potencias neutrales en caso de guerra terrestre; la Convención de La Haya de 1954 para la protección de bienes culturales en caso de conflicto armado; la Convención sobre la prohibición del desarrollo, producción y almacenamiento de armas bacteriológicas y tóxicas, de abril 10 de 1972, etc.

⁹ LONDOÑO, Alicia María, *Elementos para la creación de un contexto de diálogo sobre la Corte Penal Internacional y los delitos de lesa humanidad*, Multicopiado, Santa Fe de Bogotá, 1998, p. 13.

¹⁰ LONDOÑO, Alicia María, *Elementos para la creación de un contexto de diálogo sobre...*, Ob. cit., p. 9.

nal Humanitario (DIH) en el marco de un conflicto armado interno.

1.7. CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD

Son las conductas de asesinato; exterminio; esclavitud; deportación o desplazamiento forzoso; encarcelación; tortura; violación sexual, prostitución forzada, esterilización forzada; persecución por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos u otros motivos definidos; desaparición forzada; apartheid u otros actos inhumanos que causen graves sufrimientos o atenten contra la salud mental o física¹¹.

No necesariamente se cometen en el curso de un conflicto armado.

Suponen la existencia de un ataque generalizado¹² o sistemático; lo generalizado se ha entendido como masivo, y lo sistemático responde a un criterio de coherencia organizada y reiterada, aunque no necesariamente sea masivo por el número de víctimas producido¹³.

Igualmente, requieren del elemento intencional, es decir, conocimiento de estar realizando un ataque generalizado o sistemático; no se trata simplemente de la conducta realizada con dolo, sino de la presencia de un móvil o ingrediente subjetivo constituido por una política discriminatoria¹⁴.

1.8. GENOCIDIO

Es una forma agravada de los crímenes contra la humanidad; supone realizar conductas contra un grupo nacional, étnico, racial o religioso, determinadas

¹¹ Artículo 7º del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

¹² El carácter masivo de los ataques para que se estructuren los crímenes de lesa humanidad no fue invocado inicialmente en el Tribunal de Nuremberg, pues fue un elemento latente y evidente en las conductas que allí se investigaron; no obstante, posteriormente en el caso «Justicie» contra 14 funcionarios judiciales se precisó por el Tribunal militar americano de Nuremberg que «lo que se condena no es el crimen aislado de un particular alemán ni el crimen aislado en contra de un particular, perpetrado por el Reich alemán por mediación de sus oficiales. Es significativo que la ley utiliza las palabras en contra de cualquier población en vez de en contra de cualquier individuo civil».

¹³ Así fue reconocido en 1961 por la Corte de Distrito de Jerusalén en el caso «Eichmann», al acreditarse una campaña nazi de exterminio, mediante actos aparentemente aislados pero que formaban un todo. De igual manera el Tribunal para la ex Yugoslavia asume que las ejecuciones ocurridas en el hospital de Vukovar se integraban al contexto general y organizado del ataque a la ciudad de Vukovar. Igual pronunciamiento se efectúa por parte de este tribunal en el caso «Nicolic», respecto de los actos cometidos por un comandante serbio en un campo de detención en la región Srebrenica, parte oriental de Bosnia. Ver LONDOÑO, Alicia María, *Elemento para la creación de un contexto de diálogo sobre...* Ob. cit., pp. 20-21.

¹⁴ Así en el caso «Tadic», sentencia de mayo, 7 de 1995, proferida por el Tribunal para la ex Yugoslavia.

por el ingrediente subjetivo de su destrucción parcial o total¹⁵. No se incluyen los grupos políticos ni los fines políticos¹⁶.

El genocidio supone el ataque motivado en razón de la pertenencia de la víctima a un grupo determinado, respondiendo a un plan¹⁷ masivo o sistemático, expreso o tácito de exterminio parcial o total, lo cual le entrega su carácter de delito de lesa humanidad, como atrás se advirtió.

Genocidio no es sinónimo de masacre, es decir, no siempre que se causa la muerte simultáneamente a un grupo de personas –masacre– se está en presencia de un genocidio, pues éste supone el criterio de selectividad nacional, étnica, racial o religiosa.

La intención genocida puede deducirse de la realización de actos contra fundamentos de un grupo, aunque no sean en sí mismo constitutivos de genocidio: v.g. destrucción de lugares de culto, esterilización de hombres de determinado grupo o actos de purificación étnica.

1.9. CATEGORÍAS DE DELITOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL

En el derecho penal internacional contemporáneo se evidencian dos categorías de delitos internacionales:

- Las violaciones graves a los derechos humanos, integradas por los delitos contra la humanidad y el derecho internacional, ocurridas en situaciones distintas a un conflicto armado, u ocurridas con ocasión de un conflicto armado interno.
- Las infracciones graves al derecho internacional humanitario, cuya ocurrencia tiene lugar en el marco de conflictos armados internacionales.

Así pues, se denominan infracciones graves al DIH las conductas ilícitas cometidas por los participantes en un conflicto armado internacional, y se denominan violaciones graves al DIH las conductas ilícitas ocurridas en un

¹⁵ Artículo 6º del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

¹⁶ A través de la Resolución 011 de diciembre de 1946, que es el primer pronunciamiento de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la materia, incluye el genocidio por motivos políticos; no obstante, estos motivos no fueron incluidos posteriormente en la Convención de 1948, ni en los posteriores instrumentos internacionales sobre el tema.

¹⁷ Así el Tribunal de para la ex Yugoslavia en los casos «Karadzic» y «Mladic» acredita la existencia de un plan, con la existencia del proyecto político del partido serbio en bosnia (SDS) que planteaba la constitución de un Estado étnicamente homogéneo; al desarrollarse dicho proyecto en un contexto de población mixta, suponía necesariamente, exclusión por la fuerza de la población que no fuera serbia; entonces, si según el proyecto los demás grupos étnicos no podían tener territorio, el proceso de deportación se asimiló a un proceso de eliminación. Ver LONDOÑO, Alicia María, *Elementos para la creación de un contexto de diálogo sobre...* Ob. cit., p. 24.

conflicto armado no internacional, esto es, interno.

2. LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES

- El primer tribunal internacional ad hoc data de 204 a.C., en virtud del cual, al culminar la segunda guerra púnica, los romanos vencedores encuentran responsable al general Quinto Pleminio, al mando de las tropas cartaginesas, de las conductas de pillaje, saqueo y devastación al realizar la invasión a Locri, por lo que lo envían a Roma donde murió encarcelado.
- En el año 33 d.C. se realiza el juicio a Jesús de Nazaret por parte de los romanos por la conducta de agitación política, y aunque el juicio se llevó a cabo en el país del acusado, fue la metrópoli la que condenó.
- En 1474 los jueces de algunas ciudades de Alsacia, Austria, Alemania y Suiza crean un tribunal internacional ad hoc para juzgar a un jefe alemán por los delitos cometidos durante la ocupación de Breisach.
- En 1864 Gustave Moynier, confundador del Movimiento Internacional de la Cruz Roja, propone la creación de un tribunal penal internacional de carácter permanente para solucionar los mayores obstáculos que tenía el DIH en gestación.
- En 1919 con ocasión del Tratado de Versalles se integra un tribunal para el juzgamiento del Káiser Guillermo II, cuyo desarrollo se vio truncado por la negatoria de Holanda de extraditar al Káiser a Francia, estimando que los delitos imputados tenían naturaleza política.
- En 1939 a raíz de la invasión a Polonia por parte del ejército Nazi comienza la Segunda Guerra Mundial. Una vez derrotados los miembros del eje (Alemania, Italia y Japón), se crea un tribunal especial de juzgamiento, el cual fue instalado en Nuremberg (Ciudad de Baviera en Alemania) que funcionó desde el 20 de noviembre de 1945 hasta el 1º de octubre de 1946, donde fueron condenados a la pena capital doce criminales de guerra de nacionalidad alemana, siete fueron condenados a pena de prisión y tres fueron absueltos.

El proceso de Nuremberg tiene su origen en la Declaración del Palacio de Saint James de enero 13 de 1942, continúa con la Declaración de Moscú de septiembre 1o. de 1943 (suscrita por EE.UU., Gran Bretaña y URSS) y termina con el Acuerdo de Londres de agosto 8 de 1945, suscrito además por Francia, en donde se suscribe el acuerdo para el enjuiciamiento y castigo de criminales de guerra de los países europeos del eje y se sanciona la Carta del Tribunal Militar Internacional.

- El 19 de enero de 1946 se instaló el Tribunal Militar Internacional del

Extremo Oriente (Tokio), que funcionó desde el 3 de mayo de 1946 hasta el 12 de noviembre de 1948, condenando a siete personas a la pena capital, dieciséis a prisión perpetua y dos a diferentes penas de prisión.

En el artículo 6° de la Carta del Tribunal Militar Internacional se formula la distinción entre Crímenes contra la paz (planeación, preparación, iniciación o ejecución de una guerra de agresión), Crímenes de guerra (ejecución de rehenes y prisioneros, trato a personal civil, destrucción injustificada de ciudades y devastación no justificada por necesidades militares) y Crímenes contra la humanidad (persecución y exterminio por motivos políticos, religiosos o raciales).

También se postularon, entre otros, los principios de inadmisibilidad de la eximente por obediencia debida o jerárquica, responsabilidad penal individual de los gobernantes por la comisión de los delitos internacionales tipificados, responsabilidad penal de todos y cada uno de los partícipes y no reconocimiento de carácter político a estos crímenes.

- Mediante las Resolución 808 de 1993 se crea el Tribunal de La Haya (Países Bajos) para la ex-Yugoslavia.
- A través de la Resolución 955 de 1994, se crea el Tribunal de Arusha (Tanzania) para Ruanda.
- El 17 de julio de 1998 se adoptó el Estatuto de la Corte Penal Internacional. La Corte tiene carácter complementario y subsidiario de la acción interna del Estado parte, es decir, actúa únicamente cuando los tribunales internacionales se encuentran en imposibilidad de actuar o carecen de voluntad para hacerlo.

La Corte Penal Internacional tiene competencia respecto de las personas cuando directamente o por conducto de otro cometen crímenes de competencia de la Corte, cuando ordenan, proponen o inducen su comisión, cuando facilitan o contribuyen a la comisión de tales crímenes y finalmente, respecto del genocidio cuando instiguen directa y públicamente su comisión; la obediencia debida no exime de responsabilidad penal y se estiman ilícitas las ordenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad.

3. TÉCNICAS DE PENALIZACIÓN INTERNA DEL DIH

Aquí deseo detenerme en las formas de incorporación del DIH en las normas internas, con especial énfasis en el tratamiento del DIH en conflictos armados internos como el que aqueja a nuestro país, sin olvidar, como se destacó en precedencia, que la obligación de sancionar penalmente a nivel interno a los

infractores del DIH surge para los Estados con relación a las infracciones graves, esto es, a aquellas que tienen lugar en el marco de un conflicto armado internacional, y no con relación a las violaciones graves del DIH, que tienen lugar en el desarrollo de un conflicto armado interno.

Las formas de penalización interna de las normas del DIH pueden efectuarse a través de dos maneras:

- La primera, adoptando una ley específica independiente del Código Penal y del Código Penal Militar; tal es el caso de Bélgica (Ley 16 de 1993) y Países Bajos (Ley sobre Crímenes de Guerra).
- La segunda, insertando normas, secciones, títulos o capítulos en los Códigos Penales (comunes o militares), como ocurre en el Capítulo Único del Libro II del Título II del proyecto de Código Penal Colombiano.

Cualquiera de estas dos formas de tipificación puede llevarse a cabo a través de los sistemas de doble imputación, imputación global o remisiva, imputación específica o imputación combinada.

3.1. SISTEMA DE DOBLE IMPUTACIÓN

Algunos Estados como Alemania, Austria y Francia, estiman que las violaciones graves al DIH ya se encuentran penalizadas en sus regímenes penales (común y militar) internos, razón por la cual es innecesaria una imputación especial. Básicamente se fundamentan en que, dada la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno, las disposiciones de éste deben ser interpretadas de conformidad con la normativa internacional a la que está sujeto el Estado.

3.1.1. VENTAJAS

Por tener las disposiciones del derecho de Ginebra vieja data (1949), hay códigos penales internos que han incluido con suficiencia en sus normas, la represión de violaciones graves e infracciones graves al DIH.

Por coincidir en determinado momento el ámbito de protección del DIH con el de los del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es factible que algunos atentados a los derechos humanos, también cubran de manera fragmentaria la protección debida al DIH, v.g. lesiones o puestas en peligro de la vida, la salud, la integridad personal, la libertad, la propiedad, etc.

3.1.2. INCONVENIENTES

Por lo general, las normas del Código Penal interno no incluyen todas las disposiciones del DIH; así pues, el DIH considera infracciones algunas conductas relacionadas con la conducción de hostilidades que la legislación penal interna no prevé.

Las modalidades y condiciones punitivas previstas en la legislación penal interna no siempre son consonantes con los requisitos del DIH, así como tampoco las penas previstas se adaptan al contexto de los conflictos armados.

El Estado que adopte este sistema debe responder las siguientes preguntas:

¿Tanto las infracciones graves como las violaciones graves al DIH están incluidas en la legislación penal interna con suficiente claridad?

¿Las conductas lícitas de combate¹⁸, v.g. matar a un soldado enemigo en el marco de un conflicto armado, se tienen en cuenta en sede de responsabilidad penal?

¿La legislación interna soluciona adecuadamente los temas de participación¹⁹, la inadmisibilidad de la justificación por obediencia debida o jerárquica, la responsabilidad del superior que imparte la orden, etc.?

¿La tipicidad de las conductas es suficiente como para no obligar al juez a violar el principio de legalidad, forzándolo a realizar adecuaciones extensivas o analógicas no restrictivas?

3.2. SISTEMA DE IMPUTACIÓN GLOBAL O REMISIVA

Las violaciones graves al DIH pueden imputarse en el ámbito interno a través de una cláusula de referencia a las disposiciones correspondientes del DIH, a los convenios humanitarios o al derecho internacional en general, o a las leyes y costumbres de la guerra, estableciendo una gama de penas imponibles.

Algunos países acogen el sistema de imputación específica, pero incluyen una disposición de carácter residual que se ubica dentro del sistema de imputación global, en virtud de la cual se imputan y sancionan los demás hechos

¹⁸ El artículo 127 del Código Penal establecía: «Los rebeldes o sediciosos no quedarán sujetos a pena por los hechos punibles cometidos en combate, siempre que no constituyan actos de ferocidad, barbarie o terrorismo». Esta norma fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, en sentencia C-456 de septiembre 23 de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes.

¹⁹ «Los delitos de guerra, estatales y de organizaciones no pueden ser aprehendidos adecuadamente si se manejan solo los criterios que rigen para el hecho individual. Es por ello por lo que las figuras jurídicas de autoría y complicidad, que están cortadas así mismo para hechos individuales, no pueden adaptarse a un acontecimiento delictivo así, cuando lo contemplamos como fenómeno total». ROXIN, Clauss, citado por GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice en Derecho Penal*, Universidad Complutense, Madrid, 1966, p. 176.

establecidos en los tratados internacionales que carezcan de imputación y sanción específica; este sistema es acogido por Estados como España (art. 614 Código Penal), Suecia (Capítulo 22 párrafo 6 Código Penal), Suiza (art. 109 Código Penal Militar), Países Bajos (art. 8/9 Ley sobre crímenes de guerra) y Noruega (Sección 108 Código Penal Militar).

3.2.1. VENTAJAS

Es una solución sencilla e incluye a todas las infracciones graves y violaciones graves del DIH.

No se hace necesario modificar la legislación interna cuando se realicen modificaciones a las normas internacionales, pues las remisiones son globales y pueden ajustarse a los cambios surgidos.

3.2.2. INCONVENIENTES

Muy seguramente, la imputación global no garantiza a plenitud el principio de legalidad que se concreta en el principio de tipicidad estricta, clara e inequívoca; además no existe una clara diferencia entre las penas imponibles en función de la gravedad del delito y en desarrollo del principio de proporcionalidad, salvo que se establecieran criterios relativamente rígidos a los cuales se someta al juez en la graduación de la pena.

Obliga al juez nacional a precisar e interpretar la ley a la luz de disposiciones de derecho internacional, lo cual le otorga un muy flexible margen de manobra; debe recordarse que en los textos internacionales las normas definen infracciones y violaciones de manera relativamente amplia e imprecisa que no se adaptan cabalmente a los criterios de rigidez a los que el juez nacional está acostumbrado.

3.3. SISTEMA DE IMPUTACIÓN ESPECÍFICA

Consiste en transcribir en la normativa nacional, las conductas que constituyen, según los tratados internacionales, violaciones graves al DIH; este sistema puede efectuarse mediante transcripción literal o a través de la redefinición y redacción autónoma en la ley interna de las conductas que constituyen las infracciones o violaciones graves al DIH.

3.3.1. VENTAJAS

Permite que los Estados se vinculen con la normativa del DIH aún excediendo sus obligaciones, como es el caso de aquellos que incluyen en su legislación

penal nacional no solo las infracciones graves al DIH, a las cuales están obligados, sino que también incluyen las violaciones graves al DIH, las cuales tienen lugar en el marco de un conflicto armado interno, y cuya tipificación penal no es obligatoria para los Estados parte.

Se garantiza el principio de legalidad al acusado, pues se tiene certeza acerca del tipo penal que es imputado, junto con sus precisos elementos estructurales.

Se facilita la gestión de los operadores judiciales, pues se obvia la remisión y hermenéutica de materias que ordinariamente les son ajenas, como el derecho internacional.

3.3.2. INCONVENIENTES

Tratándose de la transcripción literal, puede eventualmente ponerse en dificultad a las autoridades judiciales, por desconocimiento del manejo de los conceptos propios del derecho internacional.

En el evento de la redefinición y redacción autónoma en la ley interna de las normas del DIH, se impone una ardua gestión al legislador a fin de no extralimitar por restricción o por extensión, el alcance propio de las disposiciones; además, deberá evaluar las normas incluidas frente al contexto filosófico y político que puedan irradiar los principios del derecho penal, y la forma viable de limitarlos sin excepcionarlos o negarlos.

3.4. SISTEMA DE IMPUTACIÓN COMBINADA

Realiza la imputación combinando los sistemas anteriores de imputación global o remisiva en algunos casos y de imputación específica, no así de doble imputación, que como ya se advirtió, estima innecesaria una imputación especial.

3.4.1. VENTAJAS

Permite cumplir con las obligaciones formales en materia de represión del DIH de manera completa y diferenciada, esto es, incorporando normas o haciendo remisiones, según el caso, de manera ponderada.

3.4.2. INCONVENIENTES

Exige que el juez nacional se encuentre en capacidad de interpretar alternativamente textos nacionales e internacionales, de manera coordinada y armónica en cada caso concreto.

3.5. TÉCNICA DE IMPUTACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO

El sistema de la imputación específica mediante la redefinición y redacción autónoma de las conductas, es el adoptado en el Código Penal del 2000 que entrará en vigencia el 24 de julio del 2001²⁰.

Debe si observarse, que en la exposición de motivos de la Fiscalía General de la Nación, entidad que presentó el proyecto de Código Penal del 2000, no se destacó que la tipificación de las conductas que constituyen violaciones al DIH, esto es, aquellas que tienen lugar en el marco de un conflicto armado interno, como es nuestro caso, no es obligatoria para los Estados, resultando entonces que su inclusión en un Código Penal es discrecional y potestativa de cada país, por lo que resulta inexacta e imprecisa la afirmación que se hizo: «Todas estas adhesiones de Colombia a los instrumentos que regulan los conflictos armados, crean una serie de compromisos internacionales, que no podrán satisfacerse adecuadamente si no se opta de manera decidida por la tipificación de conductas que constituyen graves infracciones a esa normatividad...

«En la situación de conflicto armado interno que padece Colombia, muchas de las conductas vulneratorias o amenazadoras de derechos humanos, constituyen a la vez infracción al Derecho Internacional Humanitario»²¹.

4. PENALIZACIÓN INTERNA DEL DIH EN EL DERECHO COMPARADO

4.1. ALEMANIA ²²

Las violaciones graves del DIH están cubiertas por las materias generales del

²⁰ «Ese vacío de reglamentación punitiva de conductas lesivas de los derechos humanos fundamentales desplegadas en las circunstancias específicas de un conflicto armado, es el que se pretende solucionar con la inclusión en el proyecto de conductas delictivas que además de ofender esos bienes esencialísimos, entrañan un agravio a las normas del DIH. Su mayor grado de lesividad, la calidad de los agentes, las especiales circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se desarrollan plantean la exigencia inaplazable de una regulación y tratamiento especializados... estos crímenes de guerra presentan una más intensa y múltiple lesividad frente a otras conductas punibles comunes, dado que con ellas se atenta, no solamente contra bienes jurídicos... sino que además ofenden ese interés jurídico autónomo que es el derecho internacional de los conflictos armados». GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso, *Exposición de motivos del proyecto de ley por la cual se expide el Código Penal. Revista Derecho Penal y Criminología No. 64*, Universidad Externado de Colombia, Santa Fe de Bogotá, 1998, pp. 274-275.

²¹ GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso, *Exposición de motivos del proyecto de ley...*, Ob. cit., p. 273.

²² Fuente: ROLF LÜDER, Sascha, *Represión de las infracciones del derecho internacional humanitario por la legislación alemana*, Informe al Comité Internacional de la Cruz Roja. Reunión de Expertos, Ginebra, 1997.

Código Penal; incluyen la muerte de personas protegidas, el obligar a prisioneros de guerra a servir en las fuerzas armadas del adversario, la deportación y reclusión ilícita de personas civiles protegidas, la demora ilegal en la repatriación de prisioneros de guerra y civiles, la toma de rehenes y el uso indebido del emblema de la Cruz Roja, que está en la Ley de Irregularidades Administrativas. Si un acto está justificado o permitido por el DIH, no es punible en el derecho penal nacional alemán.

Aunque Alemania no es parte en la Convención de las Naciones Unidas sobre la imprescriptibilidad de crímenes de guerra y de lesa humanidad, en virtud del artículo 78-2 de su Código Penal, el asesinato y el genocidio están excluidos expresamente de la prescripción de enjuiciamiento. En virtud del Capítulo 79 del Código Penal, las penas de prisión perpetuas y las sanciones impuestas por genocidio son imprescriptibles.

De acuerdo con el artículo 16-1 de la Ley Fundamental, ningún ciudadano alemán podrá ser extraditado a otro país.

4.2. BÉLGICA²³

Existe la ley 16 de junio de 1993, especializada en la represión de las infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 y de los Protocolos adicionales de 1977.

Esta ley es distinta de los códigos penales (derecho común o militar); a pesar que el derecho de Ginebra obliga a los Estados a adoptar medidas internas sobre la violación de las normas únicamente con ocasión de un conflicto armado internacional, Bélgica es el primer país que tipificó como crímenes de guerra ciertas violaciones graves del DIH cometidas en el marco de un conflicto armado interno.

Así pues, se incluyen normas especiales independientes del derecho común, aun cuando en ocasiones coinciden –como las de asesinato o golpes y heridas–; se incluye la «participación por omisión», es decir, la inacción intencionada como forma de participación criminal, la cual no es de recibo en el derecho penal ordinario.

En los artículos 3º y 4º de la ley 16/93, además de la tipificación de las conductas establecidas en el derecho de Ginebra, se penalizan comportamientos anteriores al crimen de guerra (delitos obstáculos), con independencia de la comisión de éste último, lo cual excede las obligaciones internacionales de Bélgica.

²³ Fuente: VANDERMEERSCH, Damian, *La represión de los crímenes de derecho internacional en la legislación belga*, Informe al Comité Internacional de la Cruz Roja. Reunión de Expertos, Ginebra, 1997.

En el artículo 4° se penaliza con la misma pena de la infracción consumada, la orden, la propuesta, la provocación, la participación, la omisión de actuar y el intento de cometer la infracción.

Los coautores y los cómplices son asimilados a los autores directos. De acuerdo con la doctrina belga se incluye a manera de participación la inacción de los superiores jerárquicos cuando ella propicia la infracción y constituye de por sí la aceptación de la comisión de tal infracción.

El artículo 8 de la ley 16/93 declara imprescriptibles los crímenes de derecho internacional establecidos en su texto, siendo esta la única excepción a la figura de la prescripción.

Esta ley se aplicó por primera vez en 1995 al conocer el juez belga de las matanzas de civiles rwandeses por elementos del ejército rwandés, dentro del conflicto interno entre las fuerzas armadas rwandesas (F.A.R.) y el Frente Patriótico Rwandés (F.P.R.).

4.3. ESPAÑA²⁴

En el Código Penal aprobado por la ley orgánica 10 de 1995 se incluyen las infracciones graves establecidas en el derecho de Ginebra.

Especialmente, en cuanto se refiere a las violaciones contra el derecho internacional humanitario, se incluyó en el Capítulo III Título XXIV del Libro Segundo del Código Penal «De los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado» (artículos 609 a 614) una serie de disposiciones aplicables tanto a los conflictos armados internacionales como a los de carácter interno.

Igualmente, en el Código Penal Militar de 1985, aprobado por la ley orgánica 13 de 1985 se incluyó un título sobre los «Delitos contra las leyes y los usos de la guerra», aplicable únicamente cuando el sujeto activo es un militar.

Finalmente, en el artículo 614 del Código Penal se penaliza de manera general, mediante un tipo residual, las demás infracciones con ocasión de un conflicto armado, de acuerdo con las obligaciones internacionales establecidas en tratados en los que España sea parte.

Únicamente el delito de genocidio, establecido en el artículo 607 del Código Penal, tiene el carácter de imprescriptible.

En el artículo 137 de Código Penal Militar se establece pena de prisión a los superiores militares que toleran que sus subordinados abusen de su autoridad o cometan un delito militar, dentro de los cuales están las leyes y costum-

²⁴ Fuente: PIQUATELLI, Fernando, GARCÍA LABAJO, RODRÍGUEZ VILLASANTE y FERNÁNDEZ GÓMEZ, Manuel, *Violaciones contra el derecho internacional humanitario en España*, Informe al Comité Internacional de la Cruz Roja. Reunión de Expertos, Ginebra, 1997.

bres de la guerra.

Ventajas: Definición de las personas protegidas conforme al DIH; protección de las víctimas de manera idéntica tanto en conflictos armados internacionales como internos; castigo de la proposición, conspiración y provocación para cometer estos delitos.

4.4. SUIZA²⁵

El legislador ha optado por aplicar la técnica de remisión a las disposiciones aplicables en el derecho internacional, pues el Consejo Federal estimó que tal enumeración habría resultado muy larga y que tal vez no habría abarcado la totalidad de situaciones; así pues, el Código Penal Militar hace referencia a los «convenios internacionales sobre la conducción de la guerra» y sobre la «protección de las personas o los bienes», e incluso a las «leyes y costumbres de la guerra reconocidas».

La parte especial del Código Penal Militar es una ley especial con relación al Código Penal ordinario, en consecuencia, las disposiciones del Código Penal Militar prevalecen sobre las del Código Penal cuando puedan aplicarse conjuntamente. Si no es aplicable ninguna disposición de la parte especial del Código Penal Militar, puede aplicarse, a título subsidiario, la parte especial del Código Penal ordinario.

No obstante, la parte especial del Código Penal ordinario no contiene disposiciones particulares relativas a los crímenes de guerra ni una remisión general a las disposiciones de derecho internacional comparable a la del artículo 108 del Código Penal Militar.

Se le critica a la legislación Suiza, que la remisión al derecho internacional vigente no es sencilla y puede plantear serias dificultades en punto de la seguridad jurídica y del principio de legalidad.

En tiempo de guerra las personas que sigan a las fuerzas armadas sin formar parte directamente de ellas caen bajo el peso del derecho penal militar, cualquiera que sea la infracción que cometan.

El perjudicado puede ejercer contra el acusado, ante los tribunales militares, la acción civil derivada de la comisión de una infracción al Código Penal Militar.

Acerca de la prescripción, los artículos 56 bis, apartado 1, capítulo 2 del Código Penal Militar y 75 bis, apartado 1, capítulo 2 del Código Penal, establecen la imprescriptibilidad de los delitos graves previstos en los Convenios de Ginebra de agosto 12 de 1949, en los que Suiza es parte, cuando la infrac-

²⁵ Fuente: ROTH, Robert, *La represión de las violaciones al derecho internacional humanitario en Suiza*, Informe al Comité Internacional de la Cruz Roja. Reunión de Expertos, Ginebra, 1997.

ción presente una gravedad particular debida a las condiciones en las que se ha cometido, esto es, «a los casos que sobrepasan claramente en atrocidad los acontecimientos habituales de una guerra»²⁶.

5. FUNDAMENTOS PARA LA PENALIZACIÓN INTERNA DEL DIH EN COLOMBIA

Para cumplir plenamente sus compromisos internacionales, los Estados partes en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 deben promulgar leyes que prohíban y repriman cada una de las «infracciones graves»²⁷, estableciendo una sanción adecuada.

En consecuencia, en estricto sentido, las obligaciones en materia de represión penal interna de las violaciones al DIH únicamente es exigible respecto de las infracciones graves, es decir, aquellas ocurridas en el marco de un conflicto internacional, pero no las ocurridas dentro de un conflicto interno, respecto de las cuales, la única obligación de los Estados consiste en «hacer cesar toda violación».

Se ha considerado que el régimen de las infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 no se amplía a su artículo 3 común. Además, ninguna disposición análoga figura en el Protocolo II y el derecho consuetudinario parece no haber alcanzado aún esta fase de exigencia y vinculación.

El DIH no exige entonces que a la violación de normas, esencialmente idénticas a las que implican una obligación de reprimir en caso de conflicto armado internacional, se aplique forzosamente una sanción penal cuando se trate de un conflicto armado interno.

Según el estado actual del derecho internacional, ciertas violaciones del DIH aplicable en situación de conflicto armado interno han alcanzado, con toda seguridad, la categoría de crímenes de guerra.

Se admite que todo Estado puede prever su competencia con respecto a la represión penal de actos graves cometidos incluso fuera de sus fronteras nacionales y sin que haya vínculo de nacionalidad alguno; Bélgica y en especial España, entre otros Estados, han encontrado los medios necesarios para ejercer tal competencia. V.g. El juez español Baltazar Garzón ha adelantado proceso contra el ex dictador Augusto Pinochet por hechos cometidos en Chile,

²⁶ Mensaje complementario del Consejo Federal del 6 de julio de 1977, relativo al proyecto de ley federal sobre la ayuda mutua a nivel internacional en materia penal.

²⁷ Recuérdese que se denominan infracciones graves al DIH las conductas ilícitas cometidas por los participantes en un conflicto armado internacional, y se denominan violaciones graves al DIH, las conductas ilícitas ocurridas en un conflicto armado no internacional, esto es, interno.

contra ciudadanos españoles.

No obstante, lo anterior no significa que los Estados no deban o les esté prohibido tomar medidas penales sobre las violaciones graves al DIH con ocasión de conflictos armados internos, por el contrario, de lo que se trata es de adoptar tales medidas internas a fin de conseguir que la normativa del DIH tenga vigencia y eficacia reales en el ámbito interno.

La Corte Penal Internacional tiene competencia subsidiaria, esto es, actúa cuando el país no quiere o no puede hacerlo; en consecuencia, para no delegar la potestad punitiva del Estado, corresponde a las instancias nacionales adelantar la investigación, acusación, juicio y condena de los delitos de competencia de la Corte, siendo entonces la suscripción y ratificación del tratado un proceso paralelo y simultáneo con la tipificación de delitos en el orden interno.

Es decir, si el Estado colombiano no quiere ceder «soberanía» o jurisdicción en punto de la definición, investigación y sanción de los hechos que vulneran el DIH, tiene que implementar en su derecho interno un sistema de sanciones por violaciones al DIH.

Debe destacarse que la penalización de ciertas conductas establecidas en el proyecto de Código Penal (homicidio, lesiones, daños, coacciones, hurto, etc.), se considera insuficiente, en cuanto no recogen en las penas previstas ese «plus» de reprochabilidad penal que debe establecerse a la hora de castigar los crímenes cometidos con ocasión de un conflicto armado por la situación de especial indefensión de las víctimas protegidas²⁸.

La mayor novedad del proyecto de Código Penal del 2000, es la extensión de la protección penal que se otorga a las personas o bienes en los conflictos armados sin carácter internacional.

De esta forma las víctimas de los conflictos armados tienen, en todas las circunstancias, protección penal específica aunque se trate de un conflicto armado interno, esto es, las personas y bienes protegidos gozan de la misma tutela penal especial cualquiera sea la naturaleza del conflicto armado, y a ello, en verdad, no obliga la ratificación del Protocolo II de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, por lo que el proyecto de Código Penal colombiano da un paso adelante en la progresiva tarea de configurar un Derecho Internacional Humanitario que proteja a la persona humana de la forma más completa e igualitaria y en todas las circunstancias.

Recuérdese que, como la declara la doctrina nacional, «el límite al ejercicio del ius puniendi a través de la determinación del bien jurídico no se explica solamente por las normas de derecho interno sino, principalmente, por el

²⁸ PIQUATELLI, Fernando, GARCÍA LABAJO, RODRÍGUEZ VILLASANTE y FERNÁNDEZ GÓMEZ, Manuel, *Violaciones contra el derecho internacional humanitario en España*, Ob. cit.

concepto de dignidad humana y la necesidad de propender por el respeto de los derechos fundamentales»²⁹.

5.1. SUJETOS RESPONSABLES DEL DIH

Una de las características de las disposiciones humanitarias es que son los propios Estados los que constituyen órganos de aplicación del Derecho Internacional Humanitario, correspondiéndoles la obligación de adoptar las medidas internas pertinentes, en desarrollo de las obligaciones contraídas al suscribir y ratificar los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, junto con los dos Protocolos adicionales de 1977.

- En un primer momento, en el derecho internacional clásico los únicos que tienen la calidad de sujetos y en consecuencia son capaces de contraer obligaciones internacionales, a la vez que responder internacionalmente son los Estados.
- Posteriormente, y con ocasión de la Carta de Naciones Unidas de 1945 y la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que dan surgimiento al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y los desarrollos posteriores sobre la materia, aparece un replanteamiento, en virtud del cual los individuos pueden comparecer directamente ante las instancias internacionales por vía contenciosa contra los Estados, una vez agotados los recursos internos, en procura del establecimiento de responsabilidad de los Estados por violación a los derechos humanos, pero la responsabilidad personal por tales hechos continuaba siendo del resorte del derecho interno de cada Estado.
- En un tercer momento, que es el contemporáneo, se ha evidenciado la necesidad de establecer un Tribunal Penal Internacional encargado de establecer responsabilidad y sanción penal individual y personal; su antecedente aparece en la Convención para la prevención y la sanción del genocidio, aprobada el 9 de diciembre de 1948, en la cual se establece la denominación de crímenes internacionales imputables a sujetos individualmente considerados.

Los artículos 49, 50, 129 y 146 de los Convenios de Ginebra 1º, 2º, 3º y 4º, respectivamente, establecen para los Estados las siguientes obligaciones:

Tipificar como delitos en la legislación interna las infracciones al DIH, definir y asignar las consiguientes sanciones penales, buscar, perseguir, proce-

²⁹ BARBOSA CASTILLO, Gerardo y GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo, *Bienes jurídicos y derechos fundamentales*, Universidad Externado de Colombia, Santa Fe de Bogotá, 1996, p. 64.

sar y sancionar a los infractores del DIH mediante procesos con la observancia de las garantías judiciales, haciéndolos comparecer ante tribunales propios, sin atender la nacionalidad de los infractores ni el sitio donde se cometió el delito, o proceder a su entrega mediante extradición a un Estado Parte.

En Roma, el 17 de julio de 1998 se aprobó el Estatuto de la Corte Penal Internacional; el 10 de diciembre de 1998 el Gobierno colombiano suscribió el tratado internacional que crea la Corte Penal Internacional, la cual entrará a funcionar cuando por lo menos 60 Estados depositen ante el Secretario General de las Naciones Unidas los instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión del tratado.

5.2. PLANTEAMIENTO FILOSÓFICO

Los referentes y cauces jurídicos no explican ya ni solucionan la realidad ni los conflictos sociales. El Estado constitucional tampoco explica la realidad pública ni la realidad privada.

Estamos frente a una crisis de legitimidad: La fuerza es coyuntura, pero no es estructura del poder; la fuerza sirve para ordenar temporalmente, no para permanecer; la legitimidad supone gobierno con aceptación de los gobernados; explica el poder desde el poder, no independizada de la sociedad, sino en relación con los gobernados, que acatan no por miedo sino por voluntad y aceptación, fundándose en la racionalidad, en la justicia y en lo razonable³⁰.

La legitimidad es un concepto absoluto; las formas de legitimidad son contingentes; una obediencia aceptada frente a un poder legítimo puede en otro momento temporo-espacial no asumirse.

Aunque la legalidad no es sinónimo de legitimidad, la legalidad debe servir a la noción de legitimidad, en consecuencia, la penalización interna del DIH, más allá del mero cumplimiento de los Tratados de Ginebra y sus dos Protocolos, es decir, la penalización no solo de las infracciones graves al DIH en conflictos armados internacionales, sino también la penalización de las violaciones graves al DIH en conflictos armados internos, como es nuestro caso, representa un plus debido a la persona colombiana, a su protección en medio del conflicto, a lo que merece con fundamento en el título que la faculta para exigir lo merecido, su dignidad.

Esto asegura que tales disposiciones legales penales afirmarán la legitimidad del sistema penal, no por vía de su respeto, sino como elemento de exigibilidad, con aceptación y acuerdo de los gobernados, no de todos, pero sí, sin

³⁰ GARCÍA LÓPEZ, Eloy, *Actuales tendencias del derecho constitucional en España*, Seminario Internacional Tendencias Actuales del derecho, Universidad Externado de Colombia, Santa Fe de Bogotá, agosto de 1999.

duda, de la mayoría, de la más amplia mayoría, que en la actualidad –no se sabe más adelante– no es parte en el conflicto y si tiene que soportarlo y pagar sus altos costos.