

Colombia frente a la cláusula de salvaguarda de la Corte Penal Internacional concerniente a los crímenes de guerra

✦ Doctor Rafael Prieto San Juan (IF)



Esta conferencia tiene que ver con el proceso de ratificación y de vigencia, de una cláusula de un tratado internacional aplicable o vigente para Colombia. Como ustedes saben, el Artículo 124 del Estatuto de la Corte Penal Internacional dice así: “a título de disposición de transición, no obstante en lo dispuesto en el párrafo primero del Artículo 12, un Estado al hacerse parte en el Estatuto podrá declarar que durante un periodo de siete años conmutados a partir de que el Estatuto entre en rigor, a su respecto no aceptará la competencia de la Corte sobre la categoría de crímenes a que se hace referencia en el Artículo 8, cuando se denuncie la comisión de uno de esos crímenes por sus nacionales o en su territorio, la declaración formulada con el presente artículo podrá ser retirada en cualquier momento”.

Lo dispuesto en este artículo será considerado en la conferencia de comisión que se convoque de conformidad con el párrafo primero del Artículo 123. En éste artículo nos vamos a concentrar, yo creo que ustedes tienen suficientes luces al respecto y lo que voy a hacer es tratar de complementar y mostrar un poco mi visión del Derecho Internacional para tratar de leer este artículo con ustedes.

Por supuesto, eso tiene diferentes posibilidades, lo primero que hay que decir es cuál fue la participación de Colombia en Roma; uno de mis profesores, el doctor Gaitán Mahecha, fue el Jefe de la Delegación en Roma, persona a la cual respeto y admiro, y según los informes que conocemos, se hizo un gran

trabajo al ocupar una de las vicepresidencias de la conferencia de plenipotenciarios en 1998. La pregunta que surge enseguida es ¿Por qué después de tres o cuatro años, Colombia no presenta ni siquiera un proyecto de ley para buscar la incorporación del Estatuto de la Corte Penal Internacional, y cuando finalmente decide hacerlo tenemos que hacer uso de esa cláusula del Estatuto 124 de la Corte Penal Internacional?

Tendré que contarles la historia, a manera anecdótica, por qué este artículo se redactó por fuera del día en que se dice se celebra o se adopta el Estatuto de la Corte Penal Internacional, cuya fecha es el 17 de julio; les cuento esta infidencia, realmente hasta la madrugada del 18 los delegados estaban todavía trabajando, buscando arrancarles a las grandes potencias que suscribieran el Estatuto de la Corte Penal Internacional y surgió el artículo 124 como una forma de compromiso que invitaba a las grandes potencias a que lo adoptaran, que firmaran el estatuto siempre y cuando se les diera esta posibilidad, de que los crímenes de guerra no serían de la competencia de la Corte durante siete años.

Este artículo no lo hicieron para nosotros, no lo hicieron pensando en Colombia, ni siquiera nosotros lo propusimos, pero caía como anillo al dedo; en el Artículo 124 se establece una fórmula según la cual los Estados podrán aceptar el Estatuto de la Corte Penal Internacional para todos los crímenes allí descritos: el crimen de agresión, el de genocidio, los de lesa humanidad y los crímenes de guerra, sabiendo



Los crímenes de guerra son para conflictos armados internacionales, básicamente, es el principio de partida, es la pauta; la razón que se dispuso oficialmente fue la posición francesa. El temor de las grandes potencias residía en que sus hombres llegasen a ser juzgados por una Corte Penal Internacional cuando ellos muchas veces estaban aportando todo su esfuerzo humano y su material de guerra para restablecer la paz en una operación de mantenimiento de paz y seguridad internacional.

que el crimen de agresión todavía no está definido, eso será objeto de la conferencia de revisión, pero sabiendo que los crímenes de guerra sí están definidos ¿por qué el interés en que una parte del estatuto no se vaya a aplicar? ¿por qué esa posibilidad de que no haya Artículo 8 en la competencia de la Corte? Lo primero sería decir que queremos el más grande número de Estados parte del Estatuto, lo que le va a dar robustez, pero ¿por qué se escogen los crímenes de guerra precisamente y no otros? ¿cuál sería la visión de Estado para no aceptar los crímenes de guerra en el Estatuto de Roma?

Los crímenes de guerra son para conflictos armados internacionales, básicamente, es el principio de partida, es la pauta; la razón que se dispuso oficialmente fue la posición francesa. El temor de las grandes potencias residía en que sus hombres llegasen a ser juzgados por una Corte Penal Internacional cuando ellos muchas veces estaban aportando todo su esfuerzo humano y su material de guerra para restablecer la paz en una operación de mantenimiento de paz y seguridad internacional.

Entonces dijeron, miren, esto no es una guerra, esto casi es una acción de policía para restablecer el orden público internacional en ciertas regiones donde hay crisis, donde hay conflictos, pero que no podemos calificar de guerra convencional, que son la gran mayoría; la minoría es esa categoría de conflictos armados de carácter internacional, la gran mayoría son esos conflictos de carácter asimétrico, estructurados, de tercera y cuarta generación,

donde realmente no se distinguen uniformes, no hay frentes de batalla, es realmente difícil identificar la característica o naturaleza de ese conflicto.

A las grandes potencias, tanto a Estados Unidos, Gran Bretaña, China, incluso la otrora Unión Soviética, ahora Federación Rusa, se les dijo no hay ningún problema, ustedes dedíquense estos siete años que vienen a entrenar a sus soldados, a sus policías en estas misiones y coméntenles claramente de qué se tratan los crímenes de guerra y no van a tener ningún problema, pero por favor suscríbanse al Tratado; eso no fue posible, por lo menos no para las potencias más importantes, empezando por los Estados Unidos, que dice no solamente no voy a suscribirme sino que a partir de este momento nos declaramos en contra de la entrada en vigor del Estatuto de Roma, y es una posición coherente que viene sosteniendo desde hace mucho tiempo, salvo un pronunciamiento de Hilary Clinton en África. Ella dijo que Estados Unidos debería haber firmado el Estatuto de Roma. Acuérdense que dos días antes de que terminara la administración de Bill Clinton, el gobierno americano firmó, que no es lo mismo que ratificó, el Estatuto de Roma; llega Bush y lo primero que hace es retirar la firma. ¿Por qué? porque cuando uno firma solamente está mostrando su voluntad, su deseo de pertenecer a ese tratado, lo que realmente va a formalizar ese vínculo de un Estado con los otros Estados miembros es el momento de la ratificación.

El presidente Bush se retiró y dijo que volvía a la posición anterior y no quiso firmar. Ustedes conocen las



Yo considero que las Fuerzas Militares, que la Fuerza Pública en Colombia, están muy bien preparadas y no tienen porque temerle absolutamente a nada de la entrada en vigor de la Corte Penal Internacional; si ustedes miran los índices de violaciones de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario, no superan el 2 ó el 3 por ciento del total; eso para unas Fuerzas que están todos los días en una situación extrema de presión, indica que son muy disciplinadas, muy bien formadas en ese aspecto.

historias de los debates por estos días, donde empiezan a celebrarse acuerdos entre los Estados para que se exceptúe de la competencia de la Corte Penal Internacional, en el ámbito personal, los nacionales de los Estados Unidos. Esto no es una sorpresa, es una posición política coherente a mi manera de ver, pero que ha sido criticada por diferentes observadores; es precisamente lo que se está discutiendo con el empleo de bases colombianas por personal militar norteamericano.

Respecto al tema que nos interesa, nosotros en el lado colombiano, los que sufrimos esas dificultades en nuestro territorio, lo vimos de otra manera; dijimos, pues nos están dando la oportunidad para que nosotros podamos celebrar un acuerdo de paz y de esa suerte podamos amnistiar, reinsertar a posibles autores de crímenes de guerra en el orden interno, porque el Estatuto prevé que haya crímenes de guerra internacionales y crímenes de guerra para conflictos armados no internacionales.

Esa es la observación general que se puede hacer desde la visión de las grandes potencias, pero también de las potencias menores o en vía de desarrollo, como algunas veces se les llama, y quienes tienen que estar enfrentados a esa suerte de dificultades, de conflictos, de crisis, de ataques terroristas, como ustedes los quieran denominar.

En cuanto a la posición colombiana, hay dos cosas que podemos resumir de la siguiente manera: primero, dijimos, no comencemos a discutir cuestiones de

entrada en vigor del Estatuto de la Corte Penal Internacional cuando llevábamos adelante una negociación con las Farc, nuestro principal opositor armado, y solamente cuando secuestran a Jorge Eduardo Géchem, se rompen los diálogos y el Gobierno dice: hasta acá, no más, se desbordó la copa.

Otra historia fue cuando el presidente Andrés Pastrana, dos días antes de entregar su mandato, ratificó el Estatuto de la Corte Penal Internacional, haciendo uso de la cláusula opcional de salvaguarda. Entonces, la respuesta parece evidente, en cuanto que no se acepte si se está en un proceso de diálogo, de negociaciones; pero mi pregunta es ¿si se rompió de manera radical ese proceso de negociación y si se quisiera incluso instrumentalizar el Estatuto de la Corte Penal Internacional contra nuestros enemigos, por qué mantengo el Artículo 124?

Podría no haberlo aceptado o simplemente decir acepto todo el Estatuto de la Corte Penal Internacional. ¿Por qué el presidente Álvaro Uribe decide adoptar el Estatuto de la Corte Penal Internacional, haciendo uso de la cláusula de salvaguarda opcional, inscrita en el Artículo 124? También son razones de política. Yo puedo negociar con fuerzas ilegales de las autodenominadas autodefensas de Colombia y no voy a tener el problema de que eventualmente, como ha sucedido en diferentes instancias internacionales, no solamente por los críticos, atribuyan actos de fuerzas ajenas a la fuerza oficial y se las imputen al Estado.

Entonces, se pensaría que hay voluntad, de alguna manera, de entrar en un proceso y seamos también francos nadie va a aceptar negociar si le dicen le vamos a dar 40 años de cárcel. Creo que era una posibilidad en ese proceso, algunos dirán que el proceso comenzó más tarde, sin embargo, esa es la versión maliciosa, si se quiere del observador común, pero puede haber algo más.

Yo acepto y entiendo, en palabras textuales del gobierno: dejar abierta una ventana para la paz, dar la posibilidad de que haya educación, instrucción. Yo considero que las Fuerzas Militares, que la Fuerza Pública en Colombia, están muy bien preparadas y no tienen porque temerle absolutamente a nada de la entrada en vigor de la Corte Penal Internacional; si ustedes miran los índices de violaciones de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario, no superan el 2 ó el 3 por ciento del total; eso para unas Fuerzas que están todos los días en una situación extrema de presión, indica que son muy disciplinadas, muy bien formadas en ese aspecto.

En mi opinión, esto no era para beneficiar a las Fuerzas Armadas, sino para beneficiar a la sociedad en su conjunto, permitir los diálogos o un proceso de negociación con fuerzas disidentes, es decir no estatales; sean estas de derecha o de izquierda, porque la ambición del Gobierno, yo no hablo a nombre del Gobierno, pero es lo que he podido constatar por lo menos públicamente, es que se adelante un proceso, tanto con paramilitares como con guerrilla, indistintamente. Lo único que no acepta es con bandas criminales, con esas no hay que hablar, pero con estas dos tendencias, si se quiere llamar así, tiene que haber una oportunidad, y de hecho, bajo la Ley de Justicia y Paz hay varios miembros de grupos de guerrilla que se han reincorporado a la vida civil.

De esta manera, prefiero la segunda opción y decir que se busca un tiempo prudente para ellos; ahora, la cuestión es qué va a pasar de aquí a allá, en los casos de Justicia Transicio-

nal, ¿será tan evidente poder conseguir la paz ahora que entra plenamente?, porque uno en un tratado tiene que ser muy serio, uno no puede entrar y decir ahora sí y más tarde no, porque eso daría inseguridad jurídica en las relaciones internacionales. Entonces, ya no nos podemos echar para atrás, tampoco podemos pedir otros siete años, la pregunta mía es ¿será que la oposición armada está consciente de eso? ¿les da algún temor? ¿se están preparando? ¿tendrán cursos? ¿vivirán pilas, porque ahora sí los pueden juzgar?

Yo tengo la percepción de un sentimiento generalizado: no les interesa para nada; ahora, en cuanto a las posibilidades de una negociación, ¿será que eso va a facilitar un proceso de paz?, tampoco. ¿Entonces para qué se adoptó el Artículo 124? La Corte Penal Internacional no es para el Estado colombiano, la CPI es para los individuos, allá va usted a responder solito; bueno, se crea un sistema de defensa jurídica de los miembros de la Fuerza Pública y me imagino que en un plan internacional también la habrá, pero es mejor no tener que estar ahí. Yo creo que el Artículo 124, a mi manera de ver, es absolutamente inocuo, ni quita ni pone.

El Derecho Internacional Humanitario busca cosas esenciales, mínimas, como es el principio de distinción, incluso, las reglas caballerescas en el campo de batalla, ¿a quien se entregue y se rinda, por qué hay que matarlo? Adicionalmente, qué ventaja militar le ocasiona causar daños innecesarios, si ya se inmovilizó y se detuvo a la persona; yo creo que muchos vitoreamos cuando fue dado de baja Raúl Reyes, pero en lo personal a mi me hubiera encantado verlo rendir indagatoria ante una Corte Penal Internacional,

El Derecho Internacional Humanitario busca cosas esenciales, mínimas, como es el principio de distinción, incluso, las reglas caballerescas en el campo de batalla, ¿a quien se entregue y se rinda, por qué hay que matarlo? Adicionalmente, qué ventaja militar le ocasiona causar daños innecesarios, si ya se inmovilizó y se detuvo a la persona.

ante tribunales nacionales o extraditado para los Estados Unidos.

El derecho también puede ser un factor de potencia, de legitimidad; ahora, son solamente interrogantes que dejo planteados, porque externamente creo que le da mayor legitimidad a un Estado respetuoso del Derecho, y el Derecho de los Conflictos Armados permite dar de baja al enemigo. Así que decir no me apliquen el Derecho Internacional Humanitario, porque yo voy con todo, es mi opinión muy personal, cuando uno dice no hay reglas, aquí se puede hacer lo que quiera, militarmente puede llegar a ser más eficaz, pero a futuro de pronto no.

Son solamente reflexiones que se deben tener en cuenta, porque en algún momento pueden estar llamados a tomar una decisión estratégica de manera global, que tenga en cuenta aspectos jurídicos; pero en concreto cuál es la relación entre el derecho y la política, el derecho y la efectividad operacional, ¿es decir, yo me siento maniatado si me ponen todas estas reglas? Yo creo que puede llegar a ser para un soldado o un policía su tabla de salvación en un momento dado, el hombre que es capaz de respetar a otro hombre o a otra mujer tiene más posibilidades de que también le respeten un mínimo de dignidad. Cuando decimos ojo por ojo y diente por diente, podemos llegar a una espiral en la que no sabemos cuál es el resultado final.

Entonces, el Estado decide hacerse parte y podrá declarar, mucha atención con la palabra declarar,

porque la declaración no es una reserva y esto simplemente para dar claridad o precisión conceptual. Cuando hago una reserva en un tratado, es porque estoy diciendo no me apliquen este artículo, aquí es todo lo contrario, yo estoy declarando que me apliquen ese artículo que exceptúa; el resultado viene a ser el mismo pero en términos de Derecho Internacional. Una reserva es no me apliquen parte del estatuto, y una cláusula de salvaguarda es acepto esta cláusula opcional para cumplir el mismo tratado, políticamente en el plano internacional. ¿Por qué se hace esto? Para tener el mayor número de ratificaciones posibles, porque un tratado en el cual todos los Estados empiezan a declarar reservas, es un tratado que va a perder su fuerza y porque si los Estados dicen que durante siete años no lo aceptan vamos a tener un tratado completamente desintegrado.

La mayoría de Estados empiezan a ratificar los tratados a principios de este milenio y es muy probable que esta cláusula pierda vigor para los Estados que lo hayan adoptado. Acuérdense que el Gobierno hace un año dijo: vamos a considerar si, de pronto, antes de que termine podemos declarar el retiro de esta salvaguarda; no lo hizo, esperamos siete años. Entonces, ustedes deben estar preparados para preguntas del siguiente tenor: ¿Qué pasó durante esos siete años que no estaban bajo la competencia de la Corte Penal Internacional? ¿Irrespetaron el Derecho Internacional Humanitario? ¿Cometieron crímenes de guerra? Estas pueden ser algunas respuestas: Durante esos siete años nosotros operamos bajo el DIH, el DIH que está incorporado en el derecho



La Corte Penal Internacional siempre ha estado vigente para Colombia en los crímenes de lesa humanidad y de genocidio. Los crímenes de lesa humanidad no están tipificados como categoría, están dispersos en el Código Penal, entonces vamos a tener secuestros, desaparición forzada en tiempos de conflicto armado o en tiempos de paz.

nacional es un derecho internacional y lo respetamos; de todas maneras, existían las infracciones en personas protegidas, eso siempre lo hemos tenido, a nosotros ya no nos da miedo porque eso está en el Código Penal, etc.

Yo soy jurista, entonces, digo si lo podíamos juzgar acá ¿cuál era el problema de haber aceptado esa competencia subsidiaria? ¿cuándo entra a funcionar la competencia de la Corte Penal Internacional? Cuando aquí no tengamos ni la capacidad ni la voluntad. ¿Qué es no tener capacidad? Por ejemplo, que no tengamos tribunales, leyes, suficientes jueces, fiscalía. Aquí hay capacidad, la otra cuestión es si hay voluntad.

Respecto a las ONG, estas puedan manipular la verdad; se tiene que estar preparado para darles una respuesta, qué puede ser: aquí impera el derecho en los términos de la Constitución y las leyes, la parte especial de las infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario están tipificadas, nosotros investigamos y llevamos a cabo procesos al interior de nuestras Fuerzas, pero sobre todo, no llegan allá porque están perfectamente entrenadas para respetar el DIH y son tan efectivas que respetando el DIH están donde están, pero ésta es sólo una de las respuestas.

Nuestro Código Penal colombiano, Título Segundo, sobre los bienes y las personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario, corresponde a los crímenes de guerra del estatuto de la CPI. Están más o menos tipificadas todas las conductas de posibles violaciones al Derecho Internacional Humanitario, sin matices, es una transcripción de lo que hay en el Estatuto de Roma. Incluso, nosotros vamos más lejos en lo que tiene que ver con el genocidio, porque sabemos que los crímenes de la competencia de la Corte Penal Internacional son: el crimen de agresión, que no está definido; el genocidio, que es el crimen de crímenes; los crímenes de lesa humanidad, de los cuales podríamos decir que ese es el género y el genocidio la especie, y los crímenes de guerra.

Nuestro Código Penal Colombiano, Título Segundo, sobre los bienes y las personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario, corresponde a los crímenes de guerra del estatuto de la CPI. Están más o menos tipificadas todas las conductas de posibles violaciones al Derecho Internacional Humanitario, sin matices, es una transcripción de lo que hay en el Estatuto de Roma.

La Corte Penal Internacional siempre ha estado vigente para Colombia en los crímenes de lesa humanidad y de genocidio. Los crímenes de lesa humanidad no están tipificados como categoría, están dispersos en el Código Penal, entonces vamos a tener secuestros, desaparición forzada en tiempos de conflicto armado o en tiempos de paz; pero no tenemos la categoría de crímenes de lesa humanidad, lo que más se acerca a la tipificación que encontramos en el Estatuto de Roma es la de los crímenes de guerra, pero nosotros no lo llamamos así, lo llamamos delitos contra los bienes y las personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario, esa es la definición que le damos.

En el campo internacional, también cuando ustedes entreguen declaraciones a la prensa extranjera, el hecho de que se les denomine delitos no es que sean menos graves, sino que esa es la denominación genérica que nosotros tenemos para todos los tipos penales; los otros son contravenciones de menor categoría y por eso en el ámbito internacional tratan de hacer una diferencia entre delitos y crímenes. Internacionalmente podemos hablar de crímenes tipificados en el orden interno, así se llamen delitos, eso es simplemente una cuestión de lenguaje.

Nosotros sabemos que los crímenes de guerra pueden ser cometidos en un conflicto armado de carácter internacional o en uno de carácter no internacional. ¿Esa distinción la hacemos en nuestra legislación penal? La mayoría dice: el que con ocasión y en desarrollo de conflicto armado. Esto quiere decir que, a

diferencia del Estatuto de Roma, no hay una división entre los crímenes que se comenten en un orden interno y en uno internacional; entonces, la legislación existe y para mí es una ventaja, porque no empezamos a discriminar la categoría de los crímenes según sea el conflicto.

¿Cómo empieza el Artículo 8 de los crímenes de guerra? Dice que la Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra, en particular cuando se comentan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes. Debe estar inscrito en un plan o una política, un factor de conexidad, por eso volvemos a la acción y a la política, porque será mucho más difícil demostrar que existió un crimen de guerra.

Si no se demuestra la conexión con esa política, o que se haya cometido a gran escala, quiere decir que así haya un solo crimen de guerra pero si se demuestra ese vínculo con una política el Estado o el individuo que representa al Estado, o el particular que tomó las armas o parte en el conflicto armado, deberá responder ante la Corte Penal Internacional, si el Estado no tuvo la capacidad o no deseó hacerlo de esa manera.

En la legislación colombiana dice que con ocasión y en desarrollo del conflicto, ¿qué significa con ocasión y en desarrollo? ¿es que el ilícito debe ser cometido en el momento de intercambiar acciones de guerra, disparos, acciones ofensivas y defensivas? Entonces el juez, el intérprete, va a examinar circunstancias objetivas del conflicto armado y lo hará caso por caso; en el contexto colombiano había dos interpretaciones: unos decían tiene que haber intercambio de hostilidades para asegurar que en ese momento se cometió una violación al Derecho Internacional Humanitario, y otros, entre ellos yo, defendíamos la posición según la cual cuando hay personas detenidas, por causa del conflicto, incluso muy lejos de la zona en la cual se están intercambiando hostilidades, hay fuego cruzado, etc., se puede cometer una violación a los conflictos armados.

¿Qué sucede con el Convenio Tres de Ginebra sobre los prisioneros de guerra? No hay disparos, no hay frentes, pero sí hay violaciones o crímenes de guerra. ¿Qué sucede cuando la guerrilla secuestra a un civil y dice que es para sostener su esfuerzo de guerra? Ahí hay una violación, una infracción a los bienes y las personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario, que dice, mire, usted adelante su guerra pero no se meta con los civiles, y en la mayoría de los casos no hay ni un solo disparo, a veces ni muestran las armas, se los llevan, pero luego los matan a todos.

Muchos de los crímenes o de las violaciones, no son ni siquiera de derecho humanitario sino crímenes de lesa humanidad, porque no tienen que ver con el conflicto; por ejemplo, extorsionan a una persona y la secuestran, les pagan y después la ejecutan, qué relación tiene con el conflicto, solamente alimentar las arcas. Lo único que quiero decirles es que el examen se debe hacer, caso por caso, ustedes tienen una situación muy particular y es que hay una cierta tendencia a que todo tipo de infracción se traslade a la jurisdicción ordinaria, que juzga crímenes de lesa humanidad, no juzga crímenes de guerra, en jurisdicción militar.

Ahí hay otro problema que apenas voy a mencionar y es la credibilidad de nuestra Justicia Penal Militar; ustedes saben que en ese sentido hay un proyecto,



Muchos de los crímenes o de las violaciones, no son ni siquiera de derecho humanitario sino crímenes de lesa humanidad, porque no tienen que ver con el conflicto; por ejemplo, extorsionan a una persona y la secuestran, les pagan y después la ejecutan, qué relación tiene con el conflicto, solamente alimentar las arcas.

unas reformas, es sujeto de muchas críticas, algunas venidas de organizaciones no gubernamentales, otras de organizaciones internacionales, que dicen eso muestra que no hay voluntad para juzgar de manera objetiva a los militares, si eso depende es del Ejecutivo; de alguna forma, cómo alguien que además tiene una obligación de subordinación, porque es Juez o Auditor de Guerra, va a poder condenar a su general o a su coronel, pues imposible.

Al respecto hay unan discusión, pero les puedo decir que en sistemas tan avanzados como el de Suiza quienes juzgan, incluso los crímenes de lesa humanidad y genocidio, son los militares, es la jurisdicción penal militar, pero porque allá hay credibilidad en la experticia técnica.

Éste no es el tema de mi presentación, mi tema es básicamente saber cuándo se puede determinar si hay capacidad o no y cuándo hay voluntad o no. Es un tema que se va a discutir, si el Estado, frente a la capacidad de sancionar a los miembros de las auto-defensas, les da una pena irrisoria, ¿será que demuestra voluntad para condenar ejemplarmente a esas personas? pero resulta que todos sus delitos o la gran mayoría son cometidos durante la entrada en vigencia de la Corte Penal Internacional, entonces, es lo que haya sucedido de ahí en adelante, lo anterior no entra.

Por eso, yo creo que hay, digamos, una cierta seguridad que eso debe permanecer en el orden interno, por lo menos lo que haya ocurrido hasta el 2002; ese

es mi análisis y me devuelve a saber que esa excepción, esa cláusula de salvaguarda, era algo tan necesario, si aquellos crímenes que realmente se iban a investigar, iban a pasar por crimen de lesa humanidad o eventualmente por genocidio, provengan de donde provengan y de forma individual.

Continuando con el Artículo 8, dice que para los efectos del presente estatuto se entiende por crímenes de guerra las infracciones graves de los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, a saber cualquiera de los siguientes actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente. Mucha atención con el término infracciones graves, porque eso es todo lo que ha alimentado los Convenios de Ginebra; en estos convenios no se habla de crímenes de guerra, de esto se vino a hablar en los tribunales de Núremberg y Tokio, criminalizando aquella regulación de 1907.

Los plenipotenciarios dicen que crímenes de guerra son las infracciones graves, eso quiere decir que no son todas las infracciones del derecho humanitario. Nosotros vamos todavía más lejos, porque acá solamente podrán ir las infracciones más graves y para eso están taxativamente enumeradas y son las que tienen que ver con la violación grave del derecho relativo a la protección de personas en poder del adversario, lo que muchos denominan Derecho de Ginebra; las Convenciones de Ginebra son para proteger, bien a las personas caídas en combate, los prisioneros de guerra o a los civiles, esas son las personas protegidas por el Derecho de Ginebra.

Adicionalmente, tenemos un derecho que ustedes conocen mejor que yo, que es el derecho relativo a la conducción de hostilidades, el derecho clásico de la guerra, el derecho de 1907; el derecho que viene desde antes de 1899, que viene del Código Lieber de la guerra de secesión americana, es decir, un derecho consuetudinario y convencional, que se conoce como el derecho relativo a la conducción de hostilidades, siempre preferente al término derecho de la guerra.

Si la guerra es ilícita, nos dice la Carta de las Naciones Unidas, cómo va a haber un derecho de algo que es ilícito, no se puede conducir la guerra. De hecho, ustedes ven que los Estados hablan es de legítima defensa, pero nunca de la guerra, la guerra ya no se declara, está prohibido por Naciones Unidas; uno solamente se defiende y puede llevar a cabo acciones de carácter ofensivo en defensa del Estado. Ciertamente, esto es objeto de discusión, nosotros tenemos una lista taxativa de las acciones graves que están en los Convenios 1, 2, 3 y 4, que paso rápidamente. Hay una lista bastante larga, creo que de 26 disposiciones, y luego dice que en caso de conflicto armado que no sea de índole internacional.

Las violaciones graves del Artículo 3 común, a saber, cualquiera de los siguientes actos de personas que no participan directamente en las hostilidades, incluido los miembros de las Fuerzas Armadas que hayan depuesto las armas y los que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, lesiones, detención o cualquier otra causa, y viene también una lista taxativa.

Sin embargo, hay una división en lo que es el Derecho de Ginebra en protección de las víctimas, de las

¿Lo único que existe en esta vida es la Corte Penal Internacional? La respuesta es no, existe jurisdicción nacional, lo otro es subsidiario o complementario, y si hacemos bien las cosas no va a llegar ningún caso allá o va a llegar, pero podemos decir que el Estado tiene la capacidad de investigar, controlar y si es el caso sancionar al responsable, evitemos la responsabilidad colectiva, definamos muy claramente una línea de mando y una orden operacional y determinemos responsabilidades.

personas en poder del adversario, y otra relativa a los métodos y medios de combate, para reiterar que el derecho humanitario no prohíbe la guerra, éste regula esos métodos y medios de combate; si usted quiere avanzar en su esfuerzo militar, y la idea es detener el esfuerzo del enemigo, después de haberlo detenido, no tiene que causarle un mal innecesario o utilizar balas que se explotan o se expanden dentro del cuerpo una vez penetradas las membranas humanas.

Por ejemplo, usted no tiene necesidad de envenenar las aguas o de colocar minas antipersonal, estas no respetan el principio de distinción, porque una mina no reconoce quien va a colocar el pie ahí. La mayoría de personas que caen en las minas son los niños, las mujeres, los civiles; tienen un carácter indiscriminado, es más, yo pensaría que también violan el derecho por la posibilidad de atacar a la población civil, porque a veces se colocan en campos civiles; entonces, me parece importante dejar claro que el Derecho Internacional Humanitario busca proteger a las personas y a los bienes que no participan en el esfuerzo militar.

También busca regular la misma conducción de hostilidades, y resulta que eso siempre ha sido como un tabú; aquí se habla de derecho humanitario, por supuesto es necesario e importante, y la otra parte del Derecho Internacional de los Conflictos Armados, DICA, el de la conducción de hostilidades, creo que es lo más importante, porque es precisamente en la conducción de hostilidades donde se corre el mayor riesgo de cometer un crimen de guerra, y es para eso donde hay que estar preparados.

Como manera anecdótica y quizás con algo de propaganda, nosotros en la Universidad Javeriana auspiciamos unas jornadas de derecho internacional, donde participaron algunos de ustedes, para conmemorar las Convenciones de La Haya de 1907;

se cumplía el centenario y creo que es la única obra que existe, porque se editaron las memorias que se hicieron a tiempo con el congreso sobre Derecho Internacional Humanitario y Conducción de Hostilidades.

Este fue un libro que se convirtió prácticamente en cartilla, porque es la única obra que les decía: mire, usted puede legítimamente conducir el esfuerzo militar. La invitación que hago es a trabajar sobre este tema, porque lo otro parece casi que obvio, porque si no resulta indiscutiblemente siendo un crimen de lesa humanidad, porque si hay alguien que está desarmado, que se entrega, sin haber participado, sino que dice yo no estoy participando, yo no tengo ningún problema, y se ejecuta, pues definitivamente hay un crimen de lesa humanidad, además de un crimen de guerra y será la Corte la que determinará la competencia que tiene al respecto.

Hay que reflexionar sobre la pregunta ¿lo único que existe en esta vida es la Corte Penal Internacional? La respuesta es no, existe jurisdicción nacional, lo otro es subsidiario o complementario, y si hacemos bien las cosas no va a llegar ningún caso allá o va a llegar, pero podemos decir que el Estado tiene la capacidad de investigar, controlar y si es el caso sancionar al responsable; evitemos la responsabilidad colectiva, definamos muy claramente una línea de mando y una orden operacional y determinemos responsabilidades, porque primero estamos muy bien formados y, segundo, si alguien llega a cometer un acto de esa naturaleza tiene que ser individualmente responsabilizado, porque o sino va a afectar a todo el Estado. El hecho que haya crímenes de guerra no implica que no haya responsabilidad internacional del Estado, pero esa es otra historia en la cual ustedes deben pensar con mucho cuidado. ✈

