

Los umbrales de intensidad como criterios de aplicación material de las normas del DIH y el DDHH para nuevos actores de los conflictos armados*

Intensity thresholds as criteria for the material application of ihrl and hrl regulations for new actors in armed conflicts

CARLOS MILTON FONSECA LIDUEÑA

Doctorando en Responsabilidad Jurídica Estudio Multidisciplinar de la Universidad de León, magíster en Ciencias Penales y Criminología de la Universidad Externado de Colombia, abogado especialista en Derecho Probatorio, Derecho Penal y Ciencias Forenses de la Universidad Católica de Colombia. Actual magistrado en la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial Santa Marta, docente catedrático del área de Derecho Internacional Humanitario, Derechos Humanos y Derecho Penal Especial de la Universidad del Magdalena; coordinador de la maestría en Promoción y Protección de los Derechos Humanos de la Universidad del Magdalena y de la Especialización en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la misma universidad. Director del Semillero de Investigación Henry Dunant, juez e instructor para concursos de Técnicas de Juicio Oral y del Interamerican Human Rights Moot Court Competition. Autor del libro *Elementos y delimitación de los crímenes internacionales*.
Carmifoli@gmail.com

* Este artículo de reflexión surgió a partir los temas centrales desarrollados por el semillero de investigación Henry Dunant de la Universidad del Magdalena del memorial de representantes de víctimas en la 22ª Edición del Concurso Interamericano de Derechos Humanos de la American University, en el que se obtuvo el reconocimiento al mejor memorial en español entre 98 universidades acreditadas a nivel mundial.

Resumen

El umbral de intensidad en situaciones de violaciones graves a los derechos humanos es un criterio fundamental para la aplicación material de las normas del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, toda vez que en los conflictos armados contemporáneos la dinámica de las hostilidades por el *modus operandi* de los nuevos actores implica una serie de cambios que impiden o dificultan su adecuación jurídica en el Derecho Internacional Público. Por lo tanto, corresponde a través de la jurisprudencia y la doctrina vislumbrar criterios objetivos que ayuden a determinar la calificación jurídica más adecuada para enfrentarlos conforme al uso de la fuerza en situaciones de DDHH o de DIH.

PALABRAS CLAVE

Conflictos armados, umbrales de intensidad, umbrales de organización, grupos armados organizados, conflictos sociales, actos esporádicos de violencia.

Abstract

The intensity threshold in serious situations of human rights violations is a fundamental criterion for the material application of International Human Rights Law and International Law of Human Rights since in contemporary armed conflicts the hostility dynamics due to the *modus operandi* of the new actors implies a series of changes that impede or difficult the legal adequacy in International Public Law. Therefore, it comes to jurisprudence and doctrine to elucidate objective criterion that aid in the determination of the most adequate legal adequacy to face them according to the use of force in Human Rights or International Human Rights situations.

KEYWORDS

Armed conflicts, intensity thresholds, organization thresholds, organized armed groups, social conflicts, sporadic acts of violence.

1. INTRODUCCIÓN

La realidad ambivalente en relación con los conflictos armados y los actos esporádicos de violencia por la tipología de los actores que intervienen, la gradualidad de intensidad de los actos de violencia como las tensiones internas y disturbios interiores de los combates entre las fuerzas armadas regulares y grupos armados organizados, o entre estos, hacen difícil la aplicación material de las normas del DIH y las del DIDH.

Unido a la anterior premisa se encuentran situaciones de graves violaciones al derecho internacional de los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario, tales como los conflictos armados contemporáneos, generadores de nuevos retos para la aplicabilidad de las normas que los regulan, debido a que en el contexto de esas situaciones la única variable constante, en medio de la dinámica de las hostilidades, es el cambio de *modus operandi* de los grupos armados organizados, cuyo actuar estratégico distorsiona, y en algunos casos desborda, la adecuación jurídica de las normas convencionales y consuetudinarias de los conflictos armados internacionales y no internacionales.

También, ese actuar estratégico o *modus operandis* cambiante determina la intensidad del conflicto y la organización de los grupos armados, además de generar dificultades jurídicas de adecuación para abordar la conducción de hostilidades y el uso legítimo de la fuerza; desde el enfoque de los conflictos armados internacionales (en adelante CAI) o no internacionales (en adelante CANI), toda vez que se pueden presentar otra clase de conflictos no convencionales, tales como conflictos armados internos internacionalizados, conflictos armados asimétricos y conflictos armados no internacionales que no superan el umbral de intensidad del protocolo II adicional de los convenios de Ginebra, ni del artículo 3 común a éstos convenios, pero tampoco se puede pregonar que sean tensiones internas, disturbios interiores o actos esporádicos de violencia. Lo anterior lleva a considerar el siguiente interrogante: ¿es el umbral de intensidad un criterio fundamental para la aplicación de las normas del derecho internacional humanitario en situaciones de conflicto armado y otras que no alcanzan dicha connotación?

En este artículo, a través de un conjunto de premisas jurídicas y fácticas que implican un estudio holístico, y no uno aislado de una situación de hecho, se sostendrá que los umbrales de intensidad de los conflictos armados contemporáneos son criterios objetivos fundamentales para la aplicación material de las normas del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos para los nuevos actores del conflicto, y para el uso letal de la fuerza.

Este artículo surgió desde una perspectiva analítica y crítica. Para su elaboración se recurrió a un enfoque cualitativo o interpretativo que permitió llegar a la consecución del desarrollo del análisis propuesto; para lo cual fue necesario acudir a diversas técnicas documentales, como la revisión analítica de información, estudio de jurisprudencia, doctrina y otras fuentes auxiliares.

Después de esta sección introductoria se abordará la realidad jurídica de los conflictos armados y de los actos esporádicos de violencia como las tensiones internas y los disturbios interiores a través de la definición contenida en las normas del derecho internacional humanitario y en las del derecho internacional de los derechos humanos y su interpretación en la doctrina y en la jurisprudencia. Hecho esto, para ubicar al lector se tratarán en la siguiente sección las dificultades en la aplicación material de cada una de las diferentes situaciones de violaciones graves de los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario por el contraste de la realidad jurídica con la realidad material, en cuanto al ámbito de aplicación material por la conducción de hostilidades, *modus operandis* o dinámica de la guerra por parte de los actores de los conflictos armados que dificultan la adecuación jurídica.

Posteriormente, se establecerán objetivamente criterios de aplicabilidad material a situaciones de violaciones graves e infracciones al derecho internacional humanitario como las de Libia, Irak, México, Venezuela y Colombia, en las que por la dinámica del conflicto podría haber incertidumbre por el umbral de intensidad y la organización de un grupo y, en rigor, en los mismos actos de violencia para ser enfrentados por las fuerzas armadas de un Estado con la fuerza letal bajo la égida del derecho internacional humanitario o del derecho internacional de los derechos humanos. En la última sección se presentarán las conclusiones de los sub argumentos facticos y jurídicos que sostiene la afirmación de que el umbral de intensidad es un criterio objetivo fundamental para la aplicación material de las normas del DIH y del DIDH que regulan las situaciones de violaciones graves de los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario como los actos esporádicos de violencia y los conflictos armados.

2. DE LA DEFINICIÓN DE LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNACIONALES

El artículo 2 común a los cuatro convenios de Ginebra de 1949, en concordancia con el artículo 1 del Protocolo I adicional a los cuatro convenios de Ginebra, definen lo que se entiende por conflicto armado internacional; aquella preceptiva establece:

(...) aparte de las disposiciones que deben entrar en vigor ya en tiempo de paz, el presente Convenio se aplicará en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias Altas Partes Contratantes, aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra. El Convenio se aplicará también en todos los casos de ocupación total o parcial del territorio de una Alta Parte Contratante, aunque tal ocupación no encuentre resistencia militar. (Comité Internacional de la Cruz Roja. [CICR], 12 de agosto de 1949)

A su turno, el artículo 1 del Protocolo I adicional a los cuatro convenios de Ginebra en su numeral 1 reza: “las Altas Partes contratantes se comprometen a respetar y hacer respetar el presente Protocolo en toda circunstancia” [CICR, 1977], y en el numeral 4, del mismo artículo, establece que:

Las situaciones a que se refiere el párrafo precedente comprenden los conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación, consagrado en la Carta de las Naciones Unidas y 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. [CICR, 1977].

Y el numeral 3 del mismo artículo 1 del Protocolo I adicional a los cuatro convenios de Ginebra establece: “El presente Protocolo, que completa los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra, se aplicará en las situaciones previstas en el artículo 2 común a dichos Convenios” [CICR, 1977].

Según la Comité internacional de la Cruz Roja, esta disposición establece que un CAI será aquel en que se enfrentan “Altas Partes Contratantes”, es decir, Estados. Por lo que el simple hecho que uno o más Estados recurran a la fuerza armada contra otro Estado implica la configuración de un conflicto armado de carácter internacional; aspecto que no se determina, curiosamente por la intensidad del enfrentamiento, como sí sucede con el nivel de organización de los actores que participan en un conflicto armado no internacional [CICR, 2018].

En cuanto a esta interpretación que hace el CICR, resulta concluyente que cuando se trata de confrontación armada entre Estados no es determinante la intensidad del enfrentamiento para deducir el grado de organización de una de las partes en conflictos, como sucede en los conflictos armados de carácter no internacional, que se requiere para establecerla en un grupo armado que confronta con otro, o contra las fuerzas armadas regulares del Estado, de las cuales se puede predicar es concluyente su organización. Por lo tanto, si confrontan dos o más Estados se puede dar por establecido la existencia de un conflicto armado de carácter internacional al tenor de las normas del derecho internacional humanitario, sin que sea determinante la intensidad de la confrontación, porque es suficiente el presupuesto de la organización, toda vez que están confrontando “las Altas Partes Contratantes” que “se comprometen a respetar y hacer respetar el presente Protocolo en toda circunstancia” [CICR, 1977], como lo preceptúa el artículo 1 del Protocolo I adicional de los cuatro convenios de Ginebra en su numeral 1, amén que como reza el artículo 2 común a los Convenios de Ginebra de 1949:

(...) aparte de las disposiciones que deben entrar en vigor ya en tiempo de paz, el presente Convenio se aplicará en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias Altas Partes Contratantes, aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra. El Convenio se aplicará también en todos los casos de ocupación total o parcial del territorio de una Alta Parte Contratante, aunque tal ocupación no encuentre resistencia militar. [CICR, 12 de agosto de 1949]

En suma, de la interpretación sistemática del artículo 2 común a los cuatro convenios de Ginebra, en concordancia con los numerales 1, 3 y 4 del Protocolo I adicional a los cuatro convenios de Ginebra, habrá de entenderse como conflicto armado de carácter internacional aquel que se presenta entre dos o más Estados sujetos de derecho internacional, y aquel en que los pueblos luchan contra la dominación colonial, contra la ocupación extranjera y contra regímenes racistas.

Es necesario advertir que con todo y que puedan existir diversos conceptos en la doctrina, la existencia de conflictos armados no depende de cómo los definan las partes, por lo que, en rigor, son los Convenios de Ginebra los que introdujeron el concepto de conflicto armado en el régimen jurídico aplicable. Y es solo a través de esa contribución semántica, de esos instrumentos jurídicos que se determina la aplicabilidad del derecho internacional humanitario López-Jacoiste, 2015.

De hecho, conforme a la búsqueda conceptual realizada, la doctrina no se alejado de los pronunciamientos del CICR, en tanto el artículo 5 de sus Estatutos establece que el Comité tendrá el deber de:

(...) asumir las tareas que se le reconocen en los Convenios de Ginebra, trabajar por la fiel aplicación del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados y recibir las quejas relativas a las violaciones alegadas contra dicho derecho “ (inciso 2, letra c); así como el de “ trabajar por la comprensión y la difusión del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados y preparar el eventual desarrollo del mismo. [CICR, 2018],

Lo anterior implica que este organismo es el autorizado por los Convenios de Ginebra y la comunidad internacional para difundir e interpretar las normas del DIH; razón suficiente para que se tenga su conceptualización como suficiente para la adecuación jurídica y práctica de los conflictos armados internacionales como no internacionales, así como el conocimiento internacionalizado de la entidad a cargo de análisis de los conflictos.

3. DEFINICIÓN DE LOS CONFLICTOS ARMADOS NO INTERNACIONALES Y OTROS ACTOS ESPORÁDICOS DE VIOLENCIA

En lo correspondiente a los conflictos armados de carácter no internacional, denominados doctrinariamente conflictos armados internos, su definición jurídica se encuentra contenida en el artículo 3º común a los cuatro convenios de Ginebra y en el artículo 1º del Protocolo II adicional a los cuatro convenios de Ginebra; este artículo complementa y desarrolla aquél, y ambos comprenden todas las clases de conflictos armados internos en cuanto a la organización de sus actores y el umbral de intensidad.

De tal forma es pertinente analizar el artículo 1 del Protocolo II adicional, que complementa y desarrolla el artículo 3º, por cuanto contiene elementos que este no tiene, como por ejemplo: quiénes pueden ser actores del conflicto; las características de actores que constituyen un grupo

organizado para establecer su capacidad para que sean destinatarios de las normas del DIH; qué actos de violencia no se consideran conflictos armados internos; y el hecho de que no se desconozca el estatuto jurídico de las partes en conflicto, con la finalidad de no reconocer al grupo armado organizado beligerancia para que no sea tratado por la comunidad internacional como un Estado en formación [CICR, 1977]. También implica, el artículo tercero, como se abordará *in extenso* más adelante, el que sean menos las exigencias en cuanto al umbral de intensidad y la organización de los grupos en confrontación para establecer la existencia del conflicto armado de carácter no internacional. Veamos: el artículo 3º común a los cuatro Convenios de Ginebra preceptúa:

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 despuesto 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.

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. [CICR, 12 de agosto de 1949]

En el marco del artículo 3º común a los cuatro Convenios de Ginebra, el concepto de conflicto armado interno no está establecido por criterios objetivos que permitan constatar su existencia, pues la norma se limitó en su primer aparte a constituir un límite positivo y otro negativo, para luego, allí mismo, establecer que tendrían “las partes en conflicto”: los actores en conflicto, la obligación de aplicar como mínimo disposiciones de tratar con humanidad a las personas protegidas, como la población civil y los no combatientes, prohibir que se atente contra de su vida, integridad personal, dignidad personal, la toma de rehenes, detenciones arbitrarias y ejecuciones extrajudiciales, aceptar la intervención de Comité Internacional de la Cruz Roja como un organismo humanitario e imparcial; realizar en los posible acuerdos especiales para poner en vigor las normas del derecho internacional humanitario; y que se respete el ordenamiento jurídico de cada una de las partes.

En efecto, en cuanto al límite negativo, el artículo 3º común se limita a disponer que conflicto armado interno es aquel que no es de índole internacional, lo que nos lleva a considerar, conforme al artículo 1º del protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, que el conflicto armado que no es de índole internacional no comprende los conflictos armados en los que confrontan Estados, ni tampoco aquéllos en los que los pueblos luchan contra la dominación colonial, la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas. (Ramelli, 2012)

La anterior exclusión de los conflictos armados no internacionales para situaciones de dominación colonial, ocupación extranjera y lucha contra los regímenes racistas cobra sentido en el entendido de que el pueblo que lucha contra estas situaciones ejerciendo su derecho a la libre determinación adquiere un estatus legal internacional, diferente del Estado que le niega el ejercicio de este derecho y ocupa su territorio, por lo que se considera que estas situaciones automáticamente encuadran en los conflictos armados internacionales a los efectos del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra (Potz, 1999).

En cuanto al criterio positivo, el artículo dispone que el conflicto debe ser armado y se presenta o desarrolla entre las partes, o sus actores dentro del territorio del Estado Parte del Convenio. Lo primero, como se desarrollará más claro en el Protocolo II adicional a los cuatro convenios, en cuanto a que el conflicto debe ser armado, aunque suene tautológico, es para distinguirlo de conflictos de más bajas intensidades como las tensiones internas y los disturbios interiores. Con respecto a las partes en conflicto guarda silencio en cuanto a cuáles son las agrupaciones armadas que se enfrentan y sus características, sin embargo, puede vislumbrarse que si se exige por la norma que cada una de las partes en conflicto tiene la obligación de aplicar como mínimo las disposiciones relacionadas con la protección y asistencia de la población civil, de los no combatientes e incluso los de las fuerzas armadas regulares, es porque debe tener un mínimo de organización que permita cumplir y hacer cumplir a los miembros del grupo armado con esas disposiciones de carácter humanitario en el conflicto armado . (Ramelli, 2012)

Ahora, el artículo 3 común se completa con el Protocolo II adicional en el sentido de que tiene mayor exigibilidad para constatar la existencia de un conflicto, en tanto establece además cuáles son las partes en confrontación en el territorio del Estado parte, esto es: las fuerzas armadas regulares, fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerza sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas; y aplicar el Protocolo II adicional, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional. El artículo 1 del protocolo II adicional a los cuatro convenios de Ginebra preceptúa:

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.
2. El presente Protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados. [CICR, 1977]

Este artículo debe entenderse, como el mismo lo señala, que completa y desarrolla el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, en el sentido de que se trata de conflictos armados que no son de índole internacional que se desarrollen en el territorio de un Estado no obstante, su definición para los fines de aplicación específicos del Protocolo II adicional es más restringida que la noción del artículo 3 común a los cuatro convenios, toda vez que aplica a los conflictos armados, según la CICR, “que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte Contratante entre sus fuerzas armadas del Estado 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” [CICR, 2018].

Otra particularidad del artículo 1 del Protocolo II adicional a los cuatro convenios de Ginebra, en su numeral 2, que complementa y desarrolla el artículo 3 común a los cuatro convenios de Ginebra, es que excluye del ámbito de aplicación material de las normas DIH las situaciones graves de violencia como las tensiones internas y los disturbios interiores, cuando establece: “el presente protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales

como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados” [CICR, 1977].

En ese sentido, es claro que tanto el artículo 3 común a los cuatro convenios de Ginebra como el artículo 1 del Protocolo II adicional aplican a confrontaciones armadas mínimamente organizadas y que superen el umbral de intensidad propios de actos de motines, bandolerismos o rebelión no organizada de corta duración. Es necesario aclarar entonces que cuando existe confrontación entre grupos armados, o de estos con las fuerzas militares del Estado, pero que no tienen control territorial, su organización o mínimo de organización se deduce por la intensidad en las hostilidades. Por lo tanto, esta clase de confrontaciones, que tienen estas características, se adecuarían perfectamente en el artículo 3 común a los cuatro convenios de Ginebra y no tanto al artículo 1 del Protocolo II adicional, que requiere que los “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” [CICR, 1977]; en tanto que el artículo 3 no requiere este grado de organización que permite tener control territorial, sino un mínimo de organización para combatir. Resumiendo, como lo establece el Dr. Hernández Campo (2000), conflicto armado de carácter no internacional o conflicto armado interno

(...) es aquel conjunto de normas de Derecho Internacional que regulan un conflicto armado que tenga lugar en el territorio de un Estado entre las fuerzas armadas del Gobierno y fuerzas rebeldes (o entre dos grupos rebeldes). Estas últimas, bajo mando responsable, deberán ejercer control sobre parte de su territorio para posibilitar que realicen operaciones continuas y organizadas y observar un mínimo de reglas de Derecho Internacional. (p. 48)

Sin embargo, con respecto a las tensiones internas y disturbios interiores, el artículo 1 del Protocolo adicional II a los cuatro convenios de Ginebra, en su numeral 2, simplemente se limita a enunciarlos como motines, actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, sin definirlos, por lo que ha sido la doctrina especializada del Comité Internacional de la Cruz Roja la que ha tratado de definirlos mencionando que los disturbios interiores son:

(...) situaciones en las cuales no existe un conflicto armado sin carácter internacional como tal, pero se produce una confrontación dentro de un país, que se caracteriza por cierta gravedad o duración y que trae aparejados actos de violencia... En esas situaciones que no conducen necesariamente a la lucha abierta, las autoridades en el poder emplean fuerzas policiales numerosas, o incluso fuerzas armadas, para restablecer el orden interno (...) mientras que las tensiones internas (...) revelan la existencia de una crisis de gobernabilidad creada por enfrentamientos no necesariamente violentos, entre diferentes facciones o grupos políticos, étnicos, religiosos o sociales entre sí, o con las fuerzas armadas o de policía del Estado, esos hechos pueden tener lugar en el prelude de un conflicto armado interno, o al término del mismo debido a la insatisfacción. [CICR, 1973]

Además de estos criterios objetivos señalados por el CICR para establecer el alcance y contenido de las tensiones internas y los disturbios interiores, atendiendo a lo que Grasser citado por Ramelli menciona al diferenciar estas dos situaciones de grave violencia, durante la situación de tensión interna:

se vive bajo un clima de anormalidad, de inseguridad, en donde las instituciones estatales se encuentran seriamente comprometidas y la violencia supera los límites desbordando los índices considerados como normales en la sociedad civil, entendiendo que la normalidad debe ser medida teniendo en cuenta los índices de criminalidad y las medidas de represión usuales por parte del aparato represivo del Estado. La violencia que se presenta tiene manifestación material en desapariciones forzadas, torturas y detenciones ilegales.

Empero lo anterior, se debe acotar en lo concerniente a disturbios interiores, lo que agrega Ramelli Arteaga (2012), que en estos se revelan:

(...) una ruptura profunda del tejido social, una severa crisis de gobernabilidad, que se prolonga en semanas e incluso meses a causa verbigracia de los fanatismos religiosos, los nacionalismos exacerbados, las tentativas de golpes de estado, el descontento generalizado de la población civil por la corrupción estatal o por políticas de segregación. La intensidad de la confrontación se manifiesta materialmente entre clanes o grupos civiles o contra miembros de la policía del estado. (p.64)

Sin duda, esta serie de actos en muchas ocasiones son dirigidos por aquellos líderes carismáticos con un mínimo de organización que realizan por lo general brotes de vandalismo callejero, ataques a edificios, quema de vehículos y actos de terrorismo. La experiencia internacional ha enseñado que los Estados para restablecer la Ley y el orden frente a estas situaciones “deben emplear fuerzas policiales e incluso, según el umbral de intensidad, hasta las fuerzas militares, lo que conlleva a tomar medidas de emergencia a través de normatividades de excepción en procura de la seguridad nacional, seguridad pública y el restablecimiento del orden público” (Tribunal Penal Internacional para la Antigua Ex Yugoslavia, 1998), limitando derechos de expresión, reunión pacífica y asociación.

Así las cosas, tanto en las tensiones internas como en los disturbios interiores no se alcanza el umbral de intensidad, ni de organización para aplicar las normas del DIH; aplican las normas del derecho interno de los Estados Partes y del derecho internacional de los derechos humanos.

4. DIFICULTADES DE LA APLICACIÓN MATERIAL DE LAS NORMAS QUE REGULAN LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNACIONALES

Sin duda, la conceptualización jurídica para conflictos armados internacionales tradicionales contenida en el artículo 2 común a los cuatro convenios de Ginebra y en el artículo 1 del Protocolo I adicional a estos convenios no son de difícil adecuación en situaciones en las que confrontan Estados. Las dificultades en su adecuación o aplicación material se entendería que surgiría, cuando, verbigracia, se presentan en la dinámica de ellos intervenciones de fuerzas beligerantes que no representan un Estado específico, o intervenciones de organismos internacionales o coaliciones estatales que actúan bajo el espectro de acción del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas o la OTAN.

En esta clase de conflictos armados contemporáneos, el Comité Internacional de la Cruz Roja en su análisis casuístico señaló que tras la intervención militar de los miembros de la OTAN en el Estado de Libia se dejó, luego de la conducción de hostilidades y la intervención extranjera, un margen a las milicias locales que les permitió ejecutar actos de saqueo, tráfico, extorsión, desplazamiento forzado y secuestros, decayendo luego en conflictos posiblemente desestructurados de baja intensidad con formas de victimización prioritariamente contra la población civil a fin de generar miedo y obtener el control de un territorio; sin que ello implique enfrentamientos directos entre grupos armados o contra fuerzas regulares del Estado [CICR, 2011].

Nótese cómo un conflicto armado de carácter internacional que comprende la intervención extranjera podría generar un conflicto armado de carácter no internacional, que en el caso sub examine por parte del Comité Internacional de la Cruz Roja no se generó porque no se reunían los presupuestos del artículo 3 común a los cuatro convenios de Ginebra, toda vez que el umbral de intensidad de los actos de violencia no implicaban “enfrentamientos directos entre grupos armados o contra fuerzas regulares del Estado” [CICR, 12 de agosto de 1949]. En consecuencia, este tipo de situaciones generalizadas de macrovulneración de derechos humanos podría desbordar no solo los estándares mínimos de los convenios y Protocolo I adicional de Ginebra en cuanto a conflictos armados internacionales, sino que podría hacer lo mismo en relación con la necesidad de un umbral de organización e intensidad en las hostilidades de la agrupación en lo relativo a los presupuestos de conflictos armados no internacionales contenidos en el Protocolo II adicional y el artículo 3 común a los convenios de Ginebra, en tanto que luego de la intervención extranjera se incentivan, como en el caso de Libia, la conformación de grupos armados organizados que podrían constituirse como actores del conflicto y eventualmente alcanzar el umbral de un conflicto armado no internacional.

Ahora bien, debido a la dificultad de adecuación jurídica de estas situaciones frente a las normas estáticas de los convenios de Ginebra y sus protocolos, ha sido la jurisprudencia de tribunales ad hoc, como el de la antigua ex Yugoslavia, los que han dilucidado parámetros objetivos para

determinar el marco jurídico aplicable en casos concretos que serán desarrollados con posterioridad en el acápite de las bandas criminales en diversos escenarios [CICR, 2011].

Si se sigue revisando los conflictos armados internacionales, se avizoran otras dificultades y, por tanto, desafíos de aplicabilidad jurídica de los convenios de Ginebra. Encontramos entonces también los casos de intervención de agentes no estatales, esto es, que no actúan en nombre de un Estado, sino mediante organizaciones terroristas que aprovechan las limitaciones geográficas situando sus bases más allá de las fronteras, fuera del alcance de las fuerzas regulares estatales, dispersando sus miembros por diferentes países, imposibilitando con ello el uso de la fuerza legítima sobre la organización, ya sea desde el punto de vista del DIH o desde el enfoque de los DDHH Unión Europea, 2012).

Esto implica, dependiendo de cada caso concreto, la aplicación del derecho del Estado de usar la fuerza para defender la ley y el orden, incluyendo la fuerza letal, que en caso de conflictos armados sería en virtud del principio de necesidad militar, pero en caso que se considere imposible aplicar las normas relativas a conflictos armados internacionales por las mencionadas circunstancias derivadas de factores políticos, religiosos de estos actores no estatales, entonces se tendrá que restringir la fuerza para los casos cuando es absolutamente necesario y estrictamente proporcional a ciertos objetivos legítimos, como el mantenimiento del orden público bajo los presupuestos de normas *soft law* como el código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley de 1979, que se relaciona estrictamente con el principio de necesidad absoluta para aplicar la fuerza durante situaciones que no actualizan un conflicto armado internacional (CANI) o conflicto armado no internacional (CAI) (Corte Interamericana de Derechos Humanos [CIDH], 2015).

Todos estos aspectos llevan a considerar que se presentan diferentes niveles de intensidad de hostilidades en los CAI, que los sitúa dependiendo del caso en los recientes conflictos asimétricos en la que la parte más débil busca una ventaja comparativa frente a su contraparte militarmente superior mediante prácticas taxativamente prohibidas por el derecho internacional humanitario, como los ataques contra la población civil, uso de escudos humanos, armas de efectos indiscriminados, entre otras prácticas catalogadas por la comunidad internacional como “terroristas” (Geiss, 2006).

A causa de la disparidad de la capacidad militar de los beligerantes en algunos conflictos contemporáneos, como la guerra de Irak frente a la intervención estadounidense, los incentivos de los actores del conflicto para violar el DIH parecieran ser mayores, a tal punto que los grupos armados beligerantes desnaturalizan el principio de distinción señalado en el artículo 4 del III Convenio de Ginebra al usar a la población civil como escudos humanos o al camuflarse (Docherty y Garlasco, 2003, p. 78) con esta para perpetrar ataques sin ser detectados como objetivos legítimos de ataque; mientras que las fuerzas regulares desatienden las precauciones necesarias

del principio de proporcionalidad de sus ataques; aspecto que genera un incumplimiento en cadena de las disposiciones del DIH ya no como caso fortuito o restringido, sino de manera generalizada y como principal característica.

En esta clase de conflictos armados asimétricos la comunidad internacional no tiene claro la calificación jurídica de la situación; en otros términos, la adecuación formal de un conflicto armado internacional, no internacional o conflicto armado interno internacionalizado aplicable a los sujetos infractores por los umbrales de intensidad que generan graves infracciones al DIH y los DD.HH.

Como he venido mencionando, la ambigüedad organizativa y la variación del nivel de intensidad en la conducción de hostilidades de estos grupos armados dificulta la adecuación de estos conflictos irregulares y poco convencionales con la normatividad internacional; por lo anterior, se debe recurrir al derecho consuetudinario, las subreglas jurisprudenciales y los principios aplicables a fin de dilucidar la situación jurídica adecuada. Estas dificultades en la adecuación jurídica terminan reflejándose de igual forma en las situaciones de conflictos armados no internacionales mencionadas, en las que resurgen otras clases de grupos armados tales como las Bandas Criminales en adelante BACRIM, aspecto que se estudiará en nuestro siguiente apartado.

5. DIFICULTADES DE APLICACIÓN MATERIAL DE LAS NORMAS QUE REGULAN LOS CONFLICTOS ARMADOS NO INTERNACIONALES

Tratándose de conflictos armados no internacionales, como se ha venido mencionando, los grupos de delincuencia organizada en algunos casos son miembros de grupos armados desarticulados o sometidos a procesos transicionales que en el devenir de estas etapas de transición se reorganizan delinencialmente sin necesariamente tener un control territorial, una finalidad política, ni sostener enfrentamientos directos con las fuerzas regulares del Estado; sin embargo, cuentan con material bélico suficiente para hacerles frente, lo que conlleva en algunos casos a que su accionar se prolongue en el tiempo, y puedan llegar a contemplarse como actores del conflicto armado según los factores indicativos de umbrales de intensidad y organización señalados por el Tribunal Penal Internacional para la antigua ex Yugoslavia en el caso *Fiscal vs. Haradinaj y Fiscal vs. Tadic*, a saber:

(...) el número, duración y gravedad de las confrontaciones o enfrentamientos armados; unidades de combatientes desplegados en ambos lados y el tipo de fuerzas gubernamentales involucrada, tipos de armas utilizadas; número de víctimas militares y civiles; magnitud de daños materiales causados; efectos de la violencia en la población civil, capacidad para planificar y lanzar operaciones militares coordinadas; capacidad para reclutar, entrenar y equipar a nuevos combatientes, entre otros. (Tribunal Penal Internacional para la Antigua Ex Yugoslavia, 1998, párr. 60)

Estos aspectos sin duda polarizan la definición jurídica de la tipología de conflictos bajo los criterios axiales del umbral de intensidad y su nivel de organización, que los ubicaría, según el caso, en el campo de las tensiones internas y disturbios interiores, es decir, en las normas del derecho internacional de los derechos humanos o, tratándose de conflictos de mayor intensidad, en las normas del derecho internacional humanitario, esto es, en el Protocolo I y los IV Convenios de Ginebra si se trata de conflictos armados internacionales, y en el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra y en el artículo 3 común a estos Convenios para conflictos armados de carácter no internacional.

Teniendo claro los ámbitos de aplicación de las normas relativas a los conflictos armados no internacionales, vale la pena analizar casuísticamente tres casos: en primera medida, la lucha contra las bandas organizadas de narcotráfico en México, luego una analogía con las bandas criminales de Colombia y por último un análisis de la ascensión en los umbrales de intensidad en el conflicto social y político de Venezuela, que lo trataremos en la sección “De las dificultades de aplicaciones material en actos esporádicos de violencia”.

En el contexto de México, como indica Esteban Arratia al citar Hoffman, en el caso de las tácticas que usa el “Cártel Jalisco Nueva Generación” o “Los Caballeros Templarios”, se avizora que emplean armamento propio de las Fuerzas Armadas y tácticas de guerrilla; mientras que otros grupos que operan en ese mismo territorio, como sería el caso de “Los Zetas”, exhiben ciertos rasgos de protoinsurgencia y una marcada tendencia a militarizar sus acciones, “pero todos ellos se comportan como oponentes híbridos, es decir, aquellos que simultánea y adaptativamente utilizan una mezcla que fusiona armas convencionales, tácticas irregulares, terrorismo y comportamiento criminal en el espacio de batalla” (Arratia, 2012, pág. 28)

Por lo tanto, existen algunos actores armados no estatales que plantean dificultades de aplicación o adecuación jurídica de los estatutos del DIH, pues, aunque su actuar se podría asemejar a los presupuestos organizativos y de intensidad del Protocolo II adicional, en la mayoría de casos y a mi juicio, los Estados terminan atribuyéndoles como sucede en México la aplicación de menos exigencias, es decir, las del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra.

Estas circunstancias han llevado a considerar a la mayoría de doctrinantes que “desde la perspectiva organizacional, los cárteles suelen contar con “una base común a todos los grupos criminales: un grado mínimo de sofisticación consistente en aparatos directivo, logístico, coactivo, de información, financiero y de protección política” (Arratia, 2012, p.29).

Ahora, aunque tengan un mínimo de organización, es claro que no configuran un ejército, ni ejercen operaciones militares concertadas y sostenidas, pues no tienen un control territorial en ese sentido, no podrían ubicarse dentro de los parámetros del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra; de hecho, por la misma dinámica del conflicto y las estrategias que conlleva este, los

grupos armados organizados no permanecen por su actuar ilícito en un mismo territorio; aspecto que podría no anular su control territorial, por lo que recaería en el ámbito de aplicación del artículo 3 común, el cual solo exige para su aplicación un mínimo de organización, deduciendo el nivel de intensidad de los combates, pues el Estado de México ha manifestado mediante diversos comunicados que debido a la intensidad de los combates, se ha tenido que recurrir a las fuerzas militares, y no solo a las de naturaleza civil como las de policía, para combatir el crimen organizado. “Fueron los propios gobernadores de las entidades los que solicitaban la ayuda de las Fuerzas Federales para combatir a las organizaciones criminales en sus entidades una vez que los niveles de violencia incrementaron” (Arratia, 2012, p. 27).

Colombia, a diferencia del Estado de México, ha dejado de lado la discusión política de la existencia o no del conflicto o del tratamiento de bandas como actores del mismo, pues frente al combate y tratamiento de los grupos armados organizados ha hecho un avance significativo en cuanto a estos aspectos, en tanto como se ilustrará, ha dejado de lado la evasión política de aplicación de los estatutos del DIH para estos grupos armados, y solo hasta 2015, con el advenimiento de la directiva 003 y la directiva 015 de 2016 de la Fiscalía General de la Nación de Colombia, ha reconocido formalmente a las Bacrim como actores del conflicto armado interno y autores de crímenes de guerra; decisión de gran relevancia en tanto el Estado venía combatiendo a estos grupos con las normas relativas a los derechos humanos por no considerar a las “Bacrim” actores del conflicto, sino simples bandas delincuenciales emergentes que no tenían, a su juicio, nexos con actores reconocidos como paramilitares de las AUC o guerrilleros del ELN o de las FARC, entre otros.

Lo anterior resulta relevante, debido a la incidencia de estos grupos en el territorio del Estado colombiano, pues como señaló la fundación Indepaz, en los procesos transicionales de Colombia con el grupo armado paramilitar de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) se presentaron diversas fallas de control, seguimiento y vigilancia institucionales que provocaron que luego del sometimiento, desmovilización y reinserción de las AUC al ordenamiento jurídico colombiano entre 2002 y 2008, dentro de los postulados de la Ley 975 de 2005, surgieran una serie de grupos armados disidentes arguyendo la falta de cumplimiento en lo pactado en su acuerdo de paz, al punto de que según el Instituto de Estudios para el Desarrollo y la Paz durante 2012 estos grupos armados criminales hicieron presencia en 409 municipios de 30 departamentos de Colombia (Herrera, 2013).

Ahora, estos grupos armados organizados que resurgen de los paramilitares han sido catalogados por el Estado colombiano inicialmente como bandas criminales (Bacrim), lo que a su turno responde a los postulados sociales de Pierre Bordieu en los que establece que el lenguaje transmite un simbolismo creativo, es decir, bajo discursos performativos el Estado denominó a estos grupos y les dio, por este hecho, el tratamiento de simples bandas criminales, por lo que fueron combatidos como tal durante varios años por el Estado bajo el uso legítimo de la fuerza para el

mantenimiento del orden público, en este sentido, las normas relativas al derecho internacional de los derechos humanos. Esta decisión política, considero fue errada conforme al umbral de intensidad del conflicto armado que generan la mayoría de estas estructuras delincuenciales (Moraña, 2014).

Sin embargo, gracias al reconocimiento de las Bacrim como actores del conflicto armado, en 2015 con la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-250A de 2012, se estableció que el carácter indicativo, y enunciativo del “rótulo” del actor no debe ser tenido como un criterio axial a tener en cuenta en el momento de definir si su actuar se enmarca en un conflicto armado, decisión que más adelante fue desarrollada por la misma Corte Constitucional en la Sala Especial de Seguimiento a la Sentencia T- 025 de 2004 mediante el Auto 119 de 2013, en el que se señaló, en relación con la falta de inclusión de víctimas de las Bacrim al registro único de víctimas, lo siguiente:

(...) la práctica de la Dirección de Registro que consiste en negar la inscripción en el Registro Único de Víctimas a las personas desplazadas por situaciones de violencia generalizada (como se ha presentado en aquellos casos en los que los actores son las BACRIM y sus acciones no se presentan con ocasión del conflicto armado) y, en términos más amplios, en aquellas circunstancias en las que el desplazamiento no guarda una relación cercana ni suficiente con el mismo, no es acorde con la lectura que esta Corporación ha realizado de la definición operativa de víctima incorporada en la Ley 1448 de 2011, ni con la abundante y consistente jurisprudencia de la Corte Constitucional en relación. (Corte Constitucional de Colombia, 2015)

Aunque en la decisión no se reconoció directamente que las Bacrim fueran parte del conflicto armado, sí fue un hito importante para cambiar el marco jurídico del que hoy hacen parte algunas estructuras del crimen organizado.

Sin duda, la estrategia con la que el Estado estaba usando la fuerza legítima exclusivamente en el marco de los derechos humanos para enfrentar a los grupos armados era errada e insuficiente conforme a la conducción de hostilidades, por lo que mi tesis, consistente en que la mayoría de Estados que enfrentan el flagelo de la delincuencia organizada pasan por fases en la que en un principio desconocen los principales criterios de intensidad y organización para determinar que un grupo armado es actor del conflicto, cobra vigencia. Los Estados deben tener en cuenta para combatir estos grupos aquellos criterios indicativos, especialmente el de intensidad, aspecto del que además se deduce el umbral de organización del grupo armado cuando no se cuente con la información necesaria para ello.

Estos criterios de intensidad y organización han sido resaltados en el caso *Prosecutor vs. Tadic* del Tribunal Penal para la antigua ex Yugoslavia, en el que se indicó que permiten distinguir un conflicto armado “del bandolerismo, insurrecciones desorganizadas y de breve duración, o las

actividades terroristas, que no son materia del DIH"; ahora, es importante señalar que si bien el Estado desconoció el umbral de intensidad de algunos grupos organizados, los factores indicativos dictaminados por la jurisprudencia y las normas del DIH deben ser analizadas en conjunto a fin de sopesar cada criterio y no de manera aislada como se venía haciendo por el Estado colombiano anteriormente (Tribunal Penal Internacional para la Antigua Ex Yugoslavia, 1998).

De acuerdo con la directiva 003 de 2015 de la Fiscalía General de la Nación para la persecución de los crímenes de guerra y la 015 de 2016 del Ministerio de Defensa de Colombia para combatir a las Bacrim, para identificar si se está frente a un grupo armado organizado (GAO) que han alcanzado un umbral alto de hostilidades se tendrá en consideración los siguientes elementos concurrentes a fin de utilizar el uso de la fuerza letal legítima bajo los presupuestos del DIH:

- a. Que use la violencia armada contra la Fuerza Pública u otras instituciones del Estado, la población civil, bienes civiles o contra otros grupos armados.
- b. Que tenga la capacidad de generar un nivel de violencia armada que supere la de disturbios internos y tensiones internas.
- c. Que tenga una organización y un mando que ejerce liderazgo o dirección sobre sus miembros, que le permitan usar la violencia contra la población civil, bienes civiles o la Fuerza Pública, en áreas del territorio nacional. (Fiscalía General de la Nación, Directiva 015 de 2015)

Sumado a lo anterior, se tendrán en cuenta factores como la seriedad de los ataques, el incremento en las confrontaciones, la extensión de las hostilidades a lo largo de un territorio y periodo de tiempo, el Gobierno se verá facultado para aplicar el marco regulatorio del DIH y recurrir a la fuerza militar contra los grupos armados en lugar de valerse de las fuerzas de policía en el marco del DIDH; esta estrategia, aunque estimo tardía, es un acierto válido que era necesario para contrarrestar los *modus operandi* de estos grupos que han alcanzado un nivel de intensidad mayor que el de las tensiones y disturbios interiores (Fiscalía General de la Nación, Directiva 015 de 2015).

Este cambio de viraje sobre el uso de la fuerza aclara la posición que tenía el Estado anteriormente no solo respecto a la condición de las Bacrim, sino en cuanto a la legitimidad del uso de la fuerza por parte de la Policía Nacional colombiana en conjunto con las Fuerzas Militares para el combate con los grupos armados organizados, pues en Colombia, pese a que la Constitución Política es clara en el sentido de que conforme al artículo 218 la Policía Nacional es un cuerpo de naturaleza civil a cargo de la nación, cuyo finalidad es el mantenimiento del orden público, garantizando el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y que las Fuerzas Militares tienen la misión de la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y el orden constitucional, según el artículo 217 de la misma Constitución, aquella institución policial cumple funciones de naturaleza militar, ahora avaladas por esta nueva directriz para combatir a grupos armados organizados, los militares, a su vez a veces cumplen funciones de policía persiguiendo el delito de narcotráfico,

dado que se asegura que estos grupos armados organizados se financian con el narcotráfico. En cuanto a las funciones militares de la Policía Nacional, si bien la Corte Constitucional colombiana aclaró dicha posibilidad, esta se cristalizó en el ordenamiento jurídico mediante las directivas 005 y 003 de 2015 y 2016, respectivamente.

Otra implicación del uso del DIH para combatir a los grupos armados organizados (en adelante GAO) es que se podrá usar el uso letal de la fuerza en las operaciones de carácter militar, es decir que dentro de una operación militar se podrán planear operaciones que involucren el uso de fuerza letal al punto de acciones que impliquen la privación de la vida bajo criterios proporcionales, de estricta necesidad y que el objeto de ataque represente una ventaja militar concreta y definida, aspectos que a priori no estaban incluidos en las operaciones de control ejecutadas bajo la interpretación exclusiva de los DDHH (Fiscalía General de la Nación, Directiva 003 de 2015).

Como se ha enunciado, el cambio de regulación y tratamiento de los GAO se ajusta a los parámetros actuales del DIH, porque muchas de estas estructuras cumplen con los principales requisitos. El primero de ellos es la intensidad de las hostilidades; en cuanto a esta, el Tribunal Penal para la antigua ex Yugoslavia decantó diversos factores indicativos para ser examinados:

(...) el número, duración e intensidad de las confrontaciones; el tipo de armamento y otros equipos militares usados, el número y el calibre de las municiones disparadas; el número de personas y el tipo de fuerzas que forman parte de la disputa; el número de bajas; el grado de destrucción material y el número de los civiles que huyen de las zonas de combate. La participación del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas también puede reflejar la intensidad de un conflicto. (Tribunal Penal Internacional para la Antigua ex Yugoslavia, 2008)

Sobre estos factores indicativos debo señalar que no es requisito necesario la concurrencia de todos para probar la intensidad del conflicto, pues este criterio busca diferenciar las tensiones y disturbios interiores de los conflictos con un mayor umbral de intensidad. Ahora, la violencia que surge de las Bacrim no es ideológica; circunstancia que no es impedimento para que usen material bélico para confrontar a las Fuerzas Militares, además que los hechos victimizantes ejecutados dan cuenta de la intensidad del conflicto, tal como ilustra Natalia López (2015) al citar a Human Rights Watch en un informe de 2010 en el que se estableció que uno de los principales objetivos de estas bandas criminales es

(...) el tráfico de sustancias ilícitas y la minería ilegal (...) se han convertido en un actor crucial dentro de las cifras de violaciones a los derechos humanos. (...) han cometido delitos como masacres, homicidios, torturas, violaciones y desapariciones forzadas, entre otros, alrededor de todo el país. Como consecuencia de estas violaciones, el desplazamiento interno en Colombia ha aumentado sustancialmente. (p.16)

Por último, en cuanto al nivel de organización de los integrantes de los grupos criminales, que deben estar coordinados en cierto grado por sus superiores, o al menos simplemente deben estar mínimamente organizados, este criterio ya no requiere de la rigurosidad de una organización militar jerárquica, según lo señalado en el caso *Prosecutor vs. Limaj* por el Tribunal Penal Internacional para Antigua Ex-Yugoslavia, que hace relación solo al criterio de intensidad tal y como lo transliteramos supra.

Algunos medios de comunicación han declarado que estos grupos armados “han dejado de ser estructuras criminales para convertirse en redes de organizaciones criminales. La estructura operativa dejó de verse desde una perspectiva lineal y jerárquica y pasó a ser funcional en forma de red, en la cual aseguran diferentes nodos de operatividad en el territorio nacional (Ávila, 2016, p.9), según lo anterior es evidente que estos grupos están mínimamente organizados, pero no en general de manera jerárquica.

6. DIFICULTADES DE APLICACIÓN MATERIAL EN ACTOS ESPORÁDICOS DE VIOLENCIA

Como mencioné en acapites anteriores, cuando se trata de situaciones que comportan manifestaciones sociales que pueden o no tener aparejados actos de violencia y crisis de gobernabilidad, estas se ubican, según el caso, en tensiones o disturbios interiores; ambas situaciones quedan excluidas de la aplicación de marco jurídico del derecho internacional humanitario, permitiendo solo la aplicación de las normas del derecho internacional de los derechos humanos.

A manera de ejemplo, en el Estado venezolano se han producido una serie de confrontaciones y manifestaciones que por diferentes motivos y orígenes se han caracterizado hasta el momento por tener un cierto grado de violencia y duración, pues en medio de las manifestaciones sociales ha habido enfrentamientos de la Guardia Nacional Bolivariana contra la población civil, de la que, desde inicios del 2017, según medios de comunicación, se han asesinado por el uso desmedido de la fuerza del Estado más de 150 manifestantes y encarcelado injustamente a cientos de opositores al régimen del presidente Nicolás Maduro Moros (*El País, 2017*).

Como mencionó el periódico *El Tiempo*, las protestas empezaron de manera pacífica durante varios meses, no obstante, con el transcurrir del tiempo se tornaron cada vez más violentas; esto se ilustra en la forma en que se enfrentaba la población civil y la Guardia Nacional: “mientras los efectivos de la Guardia Nacional Bolivariana (GNB) lanzaban los gases lacrimógenos y chorros de agua para dispersar la protesta, un grupo de manifestantes respondía con piedras, botes de pintura y tarros de excremento” (*El Tiempo, 2017*).

El Comité Internacional de la Cruz Roja en mayo de 2017 emitió un comunicado en el que calificó estas situaciones como excluidas del DIH, pues podrían adecuarse dentro de las tensiones internas o quizá disturbios interiores, en tanto:

(...) para que una situación sea considerada como conflicto armado, debe haber enfrentamientos entre grupos armados con una organización, armamento y capacidad de combate de tipo militar, lo que no se da cuando se presentan incidentes de violencia alrededor de las manifestaciones con la intervención de la fuerza pública. En términos jurídicos se dice que estas situaciones no alcanzan el umbral de conflicto armado. (CICR, 2017)

No obstante, considero que debido a la crisis de gobernabilidad que se presenta en Venezuela entre diferentes facciones y grupos políticos y dado el transcurso del tiempo, han aparecido grupos de población civil que han tomado las armas para enfrentar de una forma u otra el gobierno del presidente Nicolás Maduro Moros; entre estas manifestaciones armadas se puede mencionar el grupo que era dirigido por algunos exmiembros de las fuerzas armadas bolivarianas, como sería el caso del exmilitar “Oscar Pérez”, quien según diversos medios de comunicación del Estado venezolano, dirigía un grupo armado que fue catalogado como terrorista y que en medio de un operativo militar fuertemente criticado por la comunidad internacional perdieron la vida sus integrantes a pesar de haber depuestos las armas; situación que anunció el Estado venezolano de la siguiente forma: “Los integrantes de esta célula terrorista que hicieron resistencia armada fueron abatidos y cinco criminales fueron capturados y detenidos” (*El País*, 2017).

Sin ánimos de adentrarme en una discusión política o de emitir juicios de valor sobre la legitimidad o no de las acciones de este grupo o de los orígenes de la crisis de gobernabilidad política, económica y social venezolana, considero desde el punto de vista académico que la calificación emitida por la CICR en su momento fue válida, pero dadas las circunstancias en las que el umbral de violencia se avizora mayor por el uso de las armas, ya no solo de una de las partes, sino de miembros de la población civil, estimo que podría pregonarse que se está superando el umbral de los actos esporádicos de violencia a los de un conflicto armado no internacional, ya sea desde el punto de vista del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra o del Protocolo II adicional.

Lo anterior podría justificarse en el hecho de que existen grupos armados que se encuentran mínimamente organizados, y que como fue el caso del grupo dirigido por el exmilitar “Oscar Pérez”, en su momento realizaron operaciones militares en contra de las fuerzas regulares del Estado, como fue el caso de la toma de un helicóptero y las granadas lanzadas al Tribunal Supremo Venezolano (Wradio, 2017).

Así las cosas, sin duda lleva a considerar cuándo las operaciones militares logran superar el umbral de violencia o cuándo el nivel de organización es tal que logra adecuarse a los presupuestos del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra; esto implica que aún no es claro para la comunidad internacional si se ha superado el umbral de violencia a fin de aplicar normas relativas del DIH.

7. CONCLUSIONES

Analizado el paradigma que implican los conflictos armados contemporáneos para la adecuación jurídica de los diversos estatutos internacionales que lo regulan, he considerado que aunque la jurisprudencia y los Convenios de Ginebra con sus respectivos protocolos, establecen una serie de exigencias materiales para la aplicación de una normatividad para cada situación de conflicto o, en su defecto, situaciones propias de las tensiones y disturbios interiores, lo cierto es que el umbral de intensidad de un conflicto es el criterio principal para determinar la ocurrencia o existencia de determinado conflicto; por supuesto, esto no quiere decir que debemos desafectar otro factor indicativo propio de las situaciones de conflicto armado, que dicho sea de paso, se encuentra reglado en los Convenios de Ginebra, como lo es el nivel de organización de las partes, aspecto que termina determinando la capacidad y exigencia de estas para aplicar las normas del derecho internacional humanitario.

Así, el criterio de organización no debe siquiera probarse en conflictos armados de carácter internacional, debido a que para que se dé por establecido la existencia de un conflicto armado de carácter internacional al tenor de las normas del derecho internacional humanitario, basta la confrontación de dos o más Estados, sin que sea determinante, o fundamental, la intensidad de la confrontación, porque es suficiente el presupuesto de la organización, toda vez que están en confrontación “las Altas Partes contratantes”, situación diferente con otra clase de conflictos como los no internacionales, o sus derivados, analizados a lo largo de este estudio, como sería del caso de los conflictos armados asimétricos e internos internacionalizados, entre otros.

De hecho, es lógico que el criterio de intensidad sea usado con mayor regularidad en conflictos armados no internacionales y en algunos conflictos que impliquen intervención de organismos, habida cuenta de las dificultades en su adecuación o aplicación material que pueden surgir cuando, verbigracia, se presentan en la dinámica de ellos intervenciones de fuerzas beligerantes que no representan un Estado específico, o intervenciones de organismos internacionales o coaliciones estatales que actúan bajo el espectro de acción del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas o la OTAN. En esta clase de conflictos armados contemporáneos puede provocar conflictos armados no internacionales, como fue el caso analizado de Libia e Irak; para estos conflictos desestructurados y asimétricos, el criterio fundamental para determinar la adecuación jurídica de la situación conflictiva será el umbral de intensidad.

Los conflictos armados no internacionales se encuentran definidos jurídicamente en el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra y en el artículo 1 del Protocolo II adicional a los cuatro convenios, y este complementa y desarrolla aquel, en cuanto a que además de establecer que es un conflicto armado que se desarrolla en el territorio de un Estado, señala o identifica las partes que están en confrontación, que deben tener un control tal de un territorio que les permita reali-

zar operaciones militares en forma concertada y sostenida; amén que determina que las tensiones internas, los disturbios interiores y otros actos esporádicos de violencia no son conflictos armados de carácter no internacional.

Ahora, en cuanto al artículo 3º común a los cuatro convenios de Ginebra, es relevante concluir que el que no establezca cuáles son las partes que están en confrontación y ni exigir el control territorial de un grupo que confronta, implica que se trata de la confrontación de grupos armados que detentan un mínimo de organización, por tanto, pueden tener la capacidad de ser destinatarios de las normas del derecho internacional humanitario.

Los conflictos armados internos también presentan diversas dificultades; en el caso de grupos armados que no despliegan directamente un control territorial pero que ejercen operaciones militares contra de las fuerzas regulares del Estado, se puede pregonar que tienen la capacidad de aplicar las normas del DIH, no obstante, hay situaciones en las que los grupos armados no alcanzan el umbral de intensidad requerido, por lo que los Estados se enfrentan a la dificultad de estudiar caso por caso cada grupo armado para verificar la aplicación del uso de la fuerza bajo el espectro de acción del DIH o de los DDHH; de este deber de adecuación jurídica se resaltan los avances de Colombia al reconocer a las Bacrim como grupos armados parte del conflicto y los retos que ha asumido el Estado de México con los diversos grupos armados de narcotráfico a los que aún no cataloga como actores del conflicto a pesar de haber superado el umbral de intensidad en algunas ocasiones de las tensiones y disturbios interiores.

Ha sido el CICR el que ha definido la noción de tensiones internas y disturbios interiores que solo se encuentra enunciadas en el segundo apartado del artículo 1 del Protocolo Adicional II como situaciones de violencias internas que no son conflictos armado. Como Disturbios interiores define:

(...) situaciones en las cuales no existe un conflicto armado sin carácter internacional como tal, pero se produce una confrontación dentro de un país, que se caracteriza por cierta gravedad o duración y que trae aparejados actos de violencia (...) En esas situaciones que no conducen necesariamente a la lucha abierta, las autoridades en el poder emplazan fuerzas policiales numerosas, o incluso fuerzas armadas, para restablecer el orden interno (...) mientras que las tensiones internas (...) revelan la existencia de una crisis de gobernabilidad creada por enfrentamientos no necesariamente violentos, entre diferentes facciones o grupos políticos, étnicos, religiosos o sociales entre sí, o con las fuerzas armadas o de policía del Estados , esos hechos pueden tener lugar en el preludeo de un conflicto armado interno, o al término del mismo debido a la insatisfacción. (CICR, 1985, p. 13)

Frente a las tensiones y disturbios interiores también se presentan dificultades de adecuación de las situaciones de hecho con las enunciadas en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, en tanto los Estados, como en el caso venezolano, son renuentes a reconocer la superación del

umbral de violencia, aunque como se ha mencionado en este artículo, un conflicto armado no depende del reconocimiento de las partes sino de la adecuación jurídica de la situación, y es ese en ocasiones el principal obstáculo en la medida que los actos que comportan la violencia deben ser analizados por organismos neutrales como el CICR.

A manera de conclusión general, la proliferación de grupos armados organizados en el Estado de Colombia, México y otros se debe a diversos factores políticos, económicos, sociales y jurídicos; pero uno de esos factores determinantes han sido las decisiones políticas erradas para combatirlos mediante el uso legítimo de la fuerza en el marco de los DDHH. y no del DIH, por lo que es acertado el cambio de paradigma en cuanto al reconocimiento de algunos grupos armados organizados como miembros o actores del conflicto armado no internacional que se allanan a los requisitos jurídicos del artículo 3 común o del Protocolo II adicional a los cuatro convenios de Ginebra.

Las dificultades jurídicas de adecuación de los grupos armados y conflictos contemporáneos no deben estar sujetas a criterios de verificación arbitrarios o aislados, sino que deben responder a criterios objetivos como los del umbral de intensidad y organización, que han sido desconocidos históricamente por los Estados; ahora, aunque deben tenerse en cuenta ambos criterios objetivos según la jurisprudencia; para determinar la aplicación jurídica en una situación concreta de conflicto, estimo a consideración de lo demostrado en este artículo, que el principal criterio para este cometido es el umbral de intensidad. Primero, porque de él se puede deducir el nivel de organización del grupo, y segundo, porque en conflictos de difícil interpretación ha sido el análisis objetivo de este criterio el que ha permitido dilucidar la aplicación del uso de la fuerza en el marco de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario.

Estos cambios de paradigmas, en cuanto al uso del umbral de intensidad como criterio fundante de la adecuación jurídica de los convenios de Ginebra y de sus protocolos, sin duda implican un avance significativo para el uso legítimo de la fuerza en el marco del derecho internacional humanitario; situación que podría ser replicada en Estados como México o Venezuela, que enfrentan dificultades prácticas y análogas al Estado de Colombia para determinar el uso proporcional de la fuerza en cada una de las situaciones descritas.

BIBLIOGRAFÍA

- Arratia, E. (2012). ¿Existe un conflicto armado interno en México según el Derecho Internacional? Los Convenios de Ginebra y su aplicación a la guerra contra el narcotráfico. Academia Nacional de Estudios Políticos y Estratégicos.
- Ramelli Arteaga, A. (2012). *La constitución colombiana y el Derecho internacional Humanitario* (p. 64). Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia.

- Ávila, A. (2016). Bacrim, neoparamilitares y grupos post-desmovilización paramilitar. *Revista Semana*. Recuperado de: <http://www.semana.com/opinion/articulo/ariel-avila-bacrim-neoparamilitares-y-grupos-post-desmovilizacion-paramilitar/467330>
- Comité Internacional de la Cruz Roja [CICR] (2008). ¿Cuál es la definición de “conflicto armado” según el derecho internacional humanitario? (en línea). Recuperado de: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/article/other/armed-conflict-article-170308.htm>
- Comité Internacional de la Cruz Roja [CICR] (1973). *Comentario Proyecto de Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra*.
- Comité Internacional de la Cruz Roja [CICR] (12 de agosto de 1949). Cuatros Convenios de Ginebra.
- Comité Internacional de la Cruz Roja [CICR] (2011). *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos*. Recuperado de: <https://www.icrc.org/spa/assets/files/red-cross-crescent-movement/31st-international-conference/31-int-conference-ihl-challenges-report-11-5-1-2-es.pdf>
- Comité Internacional de la Cruz Roja [CICR] (1985). *Protection and Assistance Activities in Situations not Covered by International Humanitarian Law (Protección y asistencia en situaciones que no están cubiertas por el derecho humanitario)*, *International Review of the Red Cross*, 262, 13.
- Comité Internacional de la Cruz Roja [CICR] (1977). Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949: relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales.
- Comité Internacional de la Cruz Roja [CICR] (2017). Venezuela: manifestaciones, conflicto armado y DIH. Disponible en: <https://www.icrc.org/es/document/venezuela-manifestaciones-conflicto-armado-dih-preguntas-frecuentes>
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Especial de Seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004 y sus autos de cumplimiento. Auto 119 de 2015. Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia Caso Cruz Sánchez y otros vs. Perú. 2015.
- El País. *Desmantelan grupo liderado por el expolicía venezolano Óscar Pérez* (1° de diciembre de 2017). Recuperado de: <http://www.elpais.com.co/mundo/desmantelan-grupo-liderado-por-el-expolicia-venezolano-oscar-perez.html>
- El Tiempo (10 de mayo de 2017). Crece cifra de muertos por represión en protestas en Venezuela. Recuperado de: <http://www.eltiempo.com/mundo/latinoamerica/numero-de-muertos-en-protestas-en-venezuela-86732>
- Unión Europea (2012). Geopolítica y Geoestratégica. *Ceuta*, 12.
- Fiscalía General de la Nación de Colombia. Directiva 003 de 2015.
- Fiscalía General de la Nación de Colombia. Directiva 015 de 2015.
- Geiss, R. (2006). *Las estructuras de los conflictos asimétricos*. *Red Cross*, 1 - 24.

- Hernández Campos, A. (2000). El derecho de los conflictos armados no internacionales: una visión introductoria. *Revista Agenda Internacional*, 7 (14), 48.
- López, N. L. (2015). Las Bacrim: ¿actores del conflicto armado colombiano? *Revista de Derecho Público*, volumen 34 1 - 29.
- López-Jacoiste, E. (2015) *Las Guerras Híbridas a la luz del Derecho Internacional Humanitario*. Barcelona. Recuperado de: http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_trabajo/2015/DIEEET03-2015_Guerras-Híbridas_DchoInternac_LopezJacoiste.pdf
- Moraña, M. (2014). *Capital Simbólico y Campo Cultural en América Latina*. Chile. Recuperado de: https://books.google.com.co/books?id=kgHhCQAAQBAJ&pg=PT131&lpg=PT131&dq=discurso+performativo+bourdieu&source=bl&ots=6AHoLRFOnb&sig=xPQOqc_UJvLVEL_U7lR68nTQ1K0&hl=es-419&sa=X&ved=0ahUKEwiP-Z2TxI_VAhUM5iYKHtc_DicQ6AEIRzAG#v=onepage&q=discurso%20performativ
- Docherty, B. & Garlasco, M. (2003). The Conduct of the War and Civilian Casualties in Iraq. *Human Rights Watch*, volumen 17, Pág. 44- 78.
- Potz, R. K. (1999). *Derecho y Antropología*. Boston: Kluwer.
- Tribunal Penal Internacional de la Antigua Ex-Yugoslavia. *Prosecutor vs. Tadic*. 1998.
- Tribunal Penal Internacional para la antigua ex Yugoslavia. *Fiscal vs. Haradinaj*, 04 – 84. Sentencia del 3 de abril de 2008, p. 49.
- Wradio (2017). *Quién es Óscar Pérez, el piloto del helicóptero del CICPC*. Recuperado de: <http://www.wradio.com.co/noticias/internacional/quien-es-oscar-perez-el-piloto-del-helicoptero-del-cicpc/20170628/nota/3505069.aspx>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [CIDH] (17 de abril de 2015). *Caso Cruz Sánchez y otros vs. Perú*.
- Corte Constitucional. Auto 119, 2013.
- Ministerio de Defensa. Directiva 015, 2015.
- Ramelli, A. A. (2012). *La constitución colombiana y el Derecho internacional Humanitario*. Bogotá: Externado.
- Herrera, S. J. (27 de agosto de 2013). *El Espectador*. Recuperado de: <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/bacrim-409-municipios-articulo-442897>
- Parks, H. (2003). ff Target: The Conduct of the War and Civilian Casualties in Iraq. *Human Rights Watch*, 78.