

Alcance de la declaración colombiana según el artículo 124 del Estatuto de Roma*

The scope of the Colombian declaration under article 124 of the Rome Statute

Jan Schneider**

Universidad de Maguncia (Alemania)

Francisco Taborda Ocampo***

Escuela Superior de Administración Pública (Colombia)

*Artículo de reflexión, producto de la investigación de los autores.

**Candidato a Doctor en Derecho Internacional Público de la Universidad de Maguncia (Alemania). schneider.jan@students.uni-mainz.de

***Abogado. Diploma de Estudios Avanzados (Magister) en Derecho Público de la Universidad Pablo de Olavide (Sevilla-España). Docente de la Escuela Superior de Administración Pública. Bogotá (Colombia). ftabordaesap@gmail.com

Resumen

Con motivo de la terminación, el 1 de noviembre de 2009, de la exclusión de la competencia de la Corte Penal Internacional para crímenes de guerra, salvedad de la que Colombia había hecho uso según el artículo 124 del Estatuto de Roma, y habida cuenta de la decisión de los Estados Partes en la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma en Kampala en junio de 2010, se propone en este artículo investigar las consecuencias de esta exclusión en el contexto del conflicto interno que ha afectado a Colombia por décadas.

Se expondrá brevemente el proceso de ratificación y las circunstancias de la adopción en Colombia de la salvedad contemplada en dicho artículo. Además se demostrará que los efectos de la declaración en el marco del conflicto colombiano son más limitados de lo que parecen prima facie, porque en muchas situaciones, actos que pueden ser castigados como crímenes de guerra también se pueden sancionar como crímenes de lesa humanidad.

Palabras clave: Estatuto de Roma, artículo 124, Corte Penal Internacional, conflicto interno colombiano, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad.

Abstract

On 1 November 2009 the exclusion of the International Criminal Court's competence with regard to war crimes, declared by Colombia under Article 124 of the Rome Statute, has ended. Only a few months later, during the Review Conference of the Statute in Kampala in June 2010, the States Party decided to maintain the norm in its current form. For this reason, this article will investigate the effects of this exclusion on the Colombian internal armed conflict. It will trace the ratification process of the Rome Statute and the circumstances of the adoption of the declaration in Colombia. Furthermore, it will show that the effects of the declaration in the context of the Colombian conflict are more limited than they appear in the first view, because many acts that are punishable as war crimes can also be sanctioned as crimes against humanity.

Keywords: Rome Statute, article 124, International Criminal Court, internal Colombian conflict, war crimes, crimes against humanity.

Fecha de recepción: 18 de junio de 2010

Fecha de aceptación: 8 de junio de 2011

1. INTRODUCCIÓN

El 17 de julio de 1998 se firmó en Roma el *Estatuto de la Corte Penal Internacional* (en adelante ER). Entró en vigor 4 años después, el 1 de julio de 2002, después de haber sido ratificado por 60 Estados. Con 139 firmas y 114 Estados Partes (a marzo de 2011), el ER alcanza una cifra de ratificaciones inusitada para un tratado que interviene tan profundamente en la soberanía de los Estados, abriendo la posibilidad de someter a su jurisdicción a personalidades que hasta ahora podían ampararse en la inmunidad internacional.

En Colombia entró en vigor el 1 de noviembre de 2002. El 5 de agosto de 2002, Colombia hizo uso de la posibilidad prevista en el artículo 124¹, excluyendo la competencia de la Corte Penal Internacional (en adelante CPI) para crímenes de guerra durante siete años a partir de la entrada del Estatuto para el país, período que terminó el 1 de noviembre de 2009. Durante la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma en Kampala, del 31 de mayo al 11 de junio de 2010, los Estados Partes revisaron el artículo 124 según lo previsto en su última frase y decidieron mantenerlo tal cual.

Por esta razón se examinarán las consecuencias que este acontecimiento tendría en caso de que la CPI asuma la competencia sobre el conflicto armado colombiano declarándolo como una situación a examinar a la luz del ER. Si bien es cierto que la Fiscalía de la CPI está vigilando la situación en Colombia, país al cual el fiscal de la Corte, Luis Moreno Ocampo, ha visitado ya en varias oportunidades, aún no puede hablarse de una *investigación* en el sentido de los artículos 13 a 15².

¹Artículo 124 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: "No obstante lo dispuesto en los párrafos 1 y 2 del artículo 12, un Estado, al hacerse parte en el presente Estatuto, podrá declarar que, durante un período de siete años, contados a partir de la fecha en que el Estatuto entre en vigor 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 de conformidad con el presente artículo podrá ser retirada en cualquier momento. Lo dispuesto en el presente artículo será reconsiderado en la Conferencia de Revisión que se convoque de conformidad con el párrafo 1 del artículo 123".

²Todos los artículos en los que no se indica una ley pertenecen al ER.

Para este fin se expondrá primero, muy sintéticamente, el proceso de ratificación en Colombia y luego se analizará el alcance de la declaración sobre “crímenes de guerra” en el conflicto interno en Colombia.

2. BREVE EXPOSICIÓN DEL PROCESO DE RATIFICACIÓN DEL ER EN COLOMBIA

Durante más de tres años, en el gobierno de Andrés Pastrana (1998-2002), Colombia llevó a cabo diálogos infructuosos de paz con la guerrilla de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia –Ejército del Pueblo– (en adelante FARC-EP), en lo que se conocería como *zona de distensión*, la cual comprendía los municipios de La Macarena, Mesetas, Uribe y Vista Hermosa, en el departamento del Meta, y San Vicente del Caguán, en el Caquetá. La extensión inicial de la zona fue de 42 129 kilómetros y se configuró mediante Resolución Presidencial n° 85 del 14 de octubre de 1998, la cual fue prorrogada posteriormente por otras resoluciones hasta llegar a la n°14 del 20 de enero de 2002. Al mes siguiente, el presidente Pastrana dio por terminada la “zona de distensión” después de varios hechos perpetrados por las FARC, tales como la toma de municipios y la continuidad de los secuestros³.

La “zona de distensión” entró en vigencia el 7 de noviembre de 1998 y las conversaciones entre Gobierno y FARC se iniciaron oficialmente el 7 de enero de 1999. Allí deliberaron delegados de esa guerrilla y negociadores del Gobierno, sin ponerse de acuerdo ni siquiera en una agenda común que orientara establemente el proceso.

Mientras tanto se intentaron simultáneamente diálogos con la guerrilla del Ejército de Liberación Nacional (en adelante ELN), diálogos que a pesar de haber estado precedidos de conversaciones en el exterior

³El factor detonante de la ruptura de los diálogos de paz fue el secuestro del senador liberal Jorge Eduardo Gechem Turbay, el 20 de febrero de 2002, llevado a cabo mediante una acción intrépida de la columna móvil “Teófilo Forero” de las FARC, en la que se obligó a la tripulación de un avión de la aerolínea Aires –en el que viajaba dicho congresista– a aterrizar en una carretera ubicada al sur de Neiva, entre los municipios de Hobo y Campoalegre (departamento del Huila).

y acercamientos posibilitados por Gobiernos amigos del proceso, no pudieron adelantarse en una zona propuesta por las partes.

La zona que se había previsto funcionaría en los municipios de San Pablo y Cantagallo (sur de Bolívar) y Yondó (Antioquia). Sin embargo, se produjo un masivo rechazo por parte de habitantes de zonas aledañas a aquella, y cerca de diez mil campesinos de Santa Rosa y Simití, ubicados al sur de Bolívar, marcharon contra la idea de una zona de despeje para adelantar posibles negociaciones con la guerrilla del ELN (Villarraga Sarmiento, 2009, p. 392).

La guerrilla de las FARC-EP, por su parte, había puesto como condición dentro de los intentos de diálogo que se establecieran las condiciones para acabar con el paramilitarismo, lo cual llevó a que en el marco de las negociaciones se creara una *Comisión de Personalidades* para que presentara recomendaciones en ese sentido⁴.

La Comisión de Personalidades así creada se instaló el 11 de mayo de 2001 y produjo sus recomendaciones el 19 de septiembre del mismo año. Fue conformada por Ana Mercedes Gómez Martínez, Carlos Lozano Guillén, Vladimiro Naranjo Mesa y Alberto Pinzón Sánchez. En torno al paramilitarismo, la Comisión de Personalidades recomendó que la Fuerza Pública siguiera adelantando las acciones necesarias para combatir dicho fenómeno, así como la implementación por parte del Gobierno de iniciativas legislativas para someter a la ley a los miembros de los grupos paramilitares. En igual sentido exhortó a que se implementaran las recomendaciones que sobre el conflicto armado habían formulado Naciones Unidas y la OEA. Además recomendó la desvinculación de la Fuerza Pública de los miembros que resultaren

⁴El surgimiento de dicha comisión se dio en el "Acuerdo de los Pozos", suscrito entre el Gobierno Nacional y las FARC-EP, en dicha localidad de Caquetá, el 9 de febrero de 2001. El punto 3 de dicho acuerdo establecía: "El Gobierno y las FARC-EP coinciden en la importancia de avanzar en las discusiones sobre los mecanismos para acabar el paramilitarismo y disminuir la intensidad del conflicto. Para tal efecto, la Mesa de Diálogo y Negociación creará una comisión de personalidades nacionales que les formulen recomendaciones en estas dos direcciones" (Villarraga Sarmiento, 2009, p. 212).

comprometidos con los paramilitares y que se les iniciaran los respectivos procesos judiciales (Villarraga Sarmiento, 2009, p. 245).

Ya desde finales de la década de los sesenta se habían creado condiciones legales en el país para el surgimiento de lo que se conocería en ese entonces como *autodefensas* y posteriormente como grupos paramilitares. La razón por la cual se acuñó la expresión “autodefensas” tuvo que ver con una de las normas que posibilitaron su origen.

Así, el Decreto 3398 del 24 de diciembre de 1965 declaró el estado de sitio debido a que consideró “turbado el orden público”. Mediante dicho decreto se intentaba “organizar la Defensa Nacional”. Aunque dicho decreto tenía una vigencia transitoria, pues había sido dictado al amparo del artículo 121 de la Constitución de 1886 (Constitución vigente en esa época), el cual permitía expedir “decretos de carácter provisional legislativo” (inc. 2° art. 121 Constitución Política de Colombia de 1886), la mayoría de sus disposiciones fueron adoptadas como legislación permanente mediante la Ley 48 de 1968, la cual establecía en sus artículos 25 y 33 la posibilidad de crear “grupos de autodefensa”, dado que el espíritu de dicha norma era combatir la acción subversiva, según se establecía en su parte considerativa. Dichos artículos también autorizaban el uso por parte de civiles de armas que antes estaban reservadas privativamente a las Fuerzas Armadas.

Los grupos de autodefensa habían sido concebidos entonces como grupos para auxiliar a las Fuerzas Armadas en su lucha antisubversiva⁵, pero posteriormente, ya hacia la década de los ochenta, dichos grupos derivaron en lo que hoy conocemos como grupos paramilitares, degenerando en grupos de delincuencia común⁶.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado que los esfuerzos del Estado posteriores a la expedición de dicha normati-

⁵Lo cual contraría, entre otros, el principio de distinción considerado en el derecho internacional humanitario como *norma imperativa*, anterior incluso a los Convenios de Ginebra de 1949.

⁶Corte IDH, 19 comerciantes vs. Colombia. En el capítulo VI, sobre “Hechos probados”, esta sentencia hace un recuento del surgimiento del paramilitarismo en Colombia, párrs. 84.a) a 84.h), especialmente. También se puede ver la sentencia del Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia, párr. 125.1 a 125.25, especialmente.

dad, tendientes a desmontar estos grupos, no se tradujeron “en la desactivación concreta y efectiva del riesgo que el propio Estado había contribuido a crear. Con la interpretación que durante años se le dio al marco legal, el Estado propició la creación de grupos de autodefensas con fines específicos, pero estos se desbordaron y empezaron a actuar al margen de la ley. De este modo, al haber propiciado la creación de estos grupos, el Estado creó objetivamente una situación de riesgo para sus habitantes...” (Corte IDH, Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, párr. 126).

Aunque, como se ha anotado, dichos grupos habían surgido supuestamente como una fuerza contrainsurgente, con el tiempo terminaron expropiando de sus tierras a millones de campesinos para dedicarlas a cultivos de uso ilícito, entre otros fines.

Desde gobiernos anteriores al de Pastrana, por lo menos desde César Gaviria (1990-1994) y Ernesto Samper (1994-1998), habían arreciado las acciones de los grupos paramilitares, cuyos enfrentamientos efectivos con la guerrilla fueron realmente pocos, si se tiene en cuenta que habían surgido aparentemente como fuerza contrarrevolucionaria. En contraste, la mayoría de sus acciones se orientaron contra la población civil.

En medio de un clima de gran agitación social y política, caracterizado además por altas cifras de impunidad no solo frente a la delincuencia común, sino frente a las violaciones más graves de los derechos humanos, el país se debatía entre el escepticismo y la barbarie. En la década de los noventa, como proceso heredado de la más profunda victimización que haya vivido Colombia desde la década de los cuarenta, el país vio crecer de manera alarmante las cifras de homicidios selectivos, desplazamientos y desapariciones forzadas, cometidas en algunos casos por la guerrilla y en otros por los paramilitares (en este último caso se presentaron situaciones de colaboración de miembros de la Fuerza Pública oficial)⁷.

⁷Además de las sentencias de la Corte Interamericana citadas arriba, en otros fallos dicha Corte “ha determinado la responsabilidad de Colombia en casos de violaciones cometidas por

En la época en que fue firmado en la capital italiana el ER finalizaba su mandato presidencial Ernesto Samper y se aprestaba a asumir el poder Andrés Pastrana. En los últimos tiempos en Colombia, dos hechos, entre muchos de gran connotación histórica a nivel mundial, han marcado un compás de esperanza para los colombianos: la ratificación, a mediados de la década de los noventa, del *Protocolo II adicional a los 4 Convenios de Ginebra de 1949* por parte del Congreso colombiano y la ratificación, a comienzos del siglo XXI, del ER.

En efecto, 4 años después de ser suscrito en Roma dicho Estatuto entró en vigor para Colombia⁸, cuando ya comenzaba su mandato presidencial Álvaro Uribe Vélez. Antes de tomar posesión como presidente, Uribe Vélez había aceptado la propuesta del presidente saliente, Andrés Pastrana, a comienzos de agosto de 2002, de establecer una salvedad a la competencia de la CPI, permitida, como hemos indicado, con relación a los crímenes de guerra, y establecida por el artículo 124, objeto de análisis.

La salvedad fue introducida entonces en los últimos días del mandato de Pastrana⁹. Uribe Vélez comenzaba así un período presidencial marcado por la promesa de acabar con la guerrilla de las FARC-EP y por la esperanza que significaba la entrada en vigor del ER, en la medida en que dicho Estatuto era visto como la posibilidad de juzgamiento de graves crímenes cometidos en el país por diversos actores del conflicto, si la justicia colombiana no mostraba una voluntad seria de investigación y juzgamiento, ante los altos índices de impunidad y ante la cons-

grupos paramilitares con el apoyo, aquiescencia, participación y colaboración de miembros de la Fuerza Pública” (Corte IDH, Masacre de La Rochela vs. Colombia, párr. 78, en la cual, a su vez, se cita el Caso de la Masacre de Mapiripán, párr. 121 a 123. La Corte ha determinado que la valoración del contexto en el que se produjeron los casos es necesaria en el establecimiento de responsabilidad internacional del Estado (Corte IDH, Masacre de La Rochela vs. Colombia, párrs. 76 y 77).

⁸La revisión de constitucionalidad del Estatuto de Roma y de la Ley 742 de 2002, aprobatoria de aquel, se hizo mediante la Sentencia C-578 de 2002, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa. Corte Constitucional colombiana, 30 de julio de 2002.

⁹La declaración en la que se establece la salvedad fue presentada por el Gobierno colombiano ante la Secretaría General de las Naciones Unidas el 5 de agosto de 2002. Una reseña desde la perspectiva del Ejército colombiano de lo que significaría la introducción de la salvedad puede ser consultada en: <http://www.ejercito.mil.co/index.php?idcategoria=114167#top>. Visitada el 23 de noviembre de 2009.

tatación de la colaboración de algunos miembros de la Fuerza Pública con los grupos paramilitares.

La intención de la salvedad era mantener la posibilidad de realizar diálogos con la subversión y los grupos paramilitares, en la medida en que el Gobierno podría implementar iniciativas legales de desmovilización y reinserción a la vida civil de dichos grupos, que condujeran a la paz, lo cual implicaba, a su vez, la implementación de normas penales adecuadas a los esquemas de desmovilización de dichos grupos, caracterizadas por rebajas sustanciales en la pena, en esquemas propios de los procesos de justicia transicional.

La salvedad estudiada aquí, contra lo previsto en dicho foro internacional de Roma, solamente fue utilizada por dos países: Francia y Colombia.

Han pasado más de ocho años desde la presentación de la salvedad contenida en el artículo 124 y Colombia no ha logrado la paz, ni por la acción de los ejércitos oficiales, ni por la vía del diálogo. Las iniciativas de justicia transicional, como la de la Ley 975 de 2005, tampoco han contribuido sustancialmente a aclimatar la paz, lo cual evidencia que las previsiones con las que se introdujo la salvedad no surtieron ningún efecto durante los siete años que duró su vigencia.

A pesar del proceso de reinserción de los grupos paramilitares, al amparo de la Ley 975 de 2005 (conocida como “Ley de Justicia y Paz”) han surgido nuevas bandas armadas¹⁰ que, bajo la modalidad de reductos reorganizados de los anteriores grupos paramilitares, siembran la zozobra en los mismos lugares donde antes operaban las autodefensas

¹⁰ Así lo reconoció Juan Manuel Santos como ministro de la Defensa en 2007: “[...] con la desmovilización de los grupos ilegales de autodefensa y el inicio de la aplicación de la llamada Ley de Justicia y Paz terminó el fenómeno del paramilitarismo en el país. No obstante, surtida la desmovilización de sus líderes y de cerca de 32 mil de sus integrantes, surgieron, en algunas de sus antiguas zonas de influencia, bandas criminales al servicio del narcotráfico...”. (República de Colombia, 2007, p. 10). Sobre este mismo punto es dicente que el primer informe producido por la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación en Colombia se haya ocupado justo de ese tema. Allí se encuentra un primer balance del proceso de rearme de los reductos de grupos paramilitares. Dado que el informe es de 2007, es necesario tener en cuenta que en estos dos años, lejos de controlarse efectivamente dichas bandas emergentes o haberse diezmado, han multiplicado su actuar en todo el país (CNRR, 2007).

y han revictimizado poblaciones que antes sufrieron el horror de los crímenes cometidos por los paramilitares.

En cuanto a la guerrilla de las FARC-EP, el grupo insurgente más fuerte que opera en el país, a pesar de haber sido seriamente diezmadas y contrarrestadas en su accionar durante los 8 años del gobierno del presidente Uribe Vélez (República de Colombia, 2011, pp. 55 a 58)¹¹, aún siguen operando en varias zonas del territorio nacional y no se ve cerca una posibilidad de diálogo con dicho grupo.

El ELN, por su parte, a pesar de ser una fuerza insurgente pequeña en comparación con las FARC-EP, tampoco ha concretado una agenda de negociaciones con el Gobierno a pesar de los múltiples intentos de acercamiento por parte de voceros oficiales y delegados de la sociedad civil, facilitados por la comunidad internacional a través de “países amigos”, como se ha denominado a un grupo pequeño de países que han posibilitado reuniones exploratorias en sus territorios, como es el caso de Cuba.

3. LA DISPOSICIÓN TRANSICIONAL DEL ARTÍCULO 124 DEL ER

3.1. La inclusión de la disposición en el ER

La disposición del artículo 124, una cláusula *opt-out* (opción de excepción), es reflejo de los deseos de Francia y Estados Unidos, aunque no satisface enteramente los últimos. La delegación de Estados Unidos

¹¹En este documento oficial se destacan logros del Gobierno en materia de desmovilización, captura, miembros de los grupos ilegales abatidos y neutralizados, mostrando los picos más altos en logros al comienzo de la primera administración de Uribe Veléz y cuando comenzaba la segunda en 2006.

Por su parte, publicaciones no oficiales de amplia credibilidad, como los informes de la Corporación Nuevo Arco Iris sobre la dinámica del conflicto armado, también permiten afirmar que la guerrilla de las FARC hasta 2008 venía debilitándose. En *La guerra contra las FARC y la guerra de las FARC* (Ávila Martínez, 2009, p. 7), informe que generó una profunda polémica entre el Gobierno y la Corporación Nuevo Arco Iris, ONG responsable del documento, su autor, aunque destacó el declive que vivió la política de Seguridad Democrática en 2009, también señala que hasta 2008 las FARC habían sufrido importantes derrotas, no solo en el campo militar sino en el político. Las acciones militares (aunque polémicas debido a los métodos que fueron empleados) en las que se dio de baja en distintos hechos a Raúl Reyes a Iván Ríos y a Martín Caballero, así como la muerte (en este caso no derivada de una acción militar) de Manuel Marulanda Vélez, máximo líder de las FARC, fueron duros golpes que impactaron la cúpula de esa guerrilla.

había demandado la inclusión de una disposición transicional aún más amplia, que aseguraría que se pueda evaluar el funcionamiento de la Corte y atraer un gran número de Estados a participar en los primeros años de funcionamiento (Scheffer, 1998). En lugar de esa excepción amplia a la regla general del artículo 120 que prohíbe reservas al Estatuto, fue incluida la disposición de transición más limitada del artículo 124 (Eser, 2003, p. 17, y Marler, 1999, p. 833).

Como resultado, se crea la posibilidad de un *opt-out* acerca de la aplicación del ER sobre crímenes de guerra durante siete años después de que el Estatuto haya entrado en vigor para un Estado Parte. Tales declaraciones fueron hechas únicamente por Francia y Colombia; la declaración francesa fue retirada el 13 de agosto de 2008¹². Por eso, en vista de que el actual texto del artículo 124 solo permite tal declaración “al hacerse parte del presente Estatuto”, se debe subrayar que una renovación de la declaración por parte de Colombia no habría sido posible.

La disposición del artículo 124 fue fuertemente criticada por varios motivos. De un lado, organizaciones no gubernamentales de derechos humanos, como Human Rights Watch (Richard Dicker), la tildaron de “absurda” y llamaron a no aceptar en misiones de paz de las Naciones Unidas a tropas de países que hayan hecho una declaración a partir de ese artículo (Marler, 1999, p. 841 y ss.).

De otro lado, la disposición fue criticada por Estados Unidos, alegando que el ER estaría abierto a países que están dispuestos a cometer crímenes de guerra, mientras que Estados que no participan en el ER podrían desplegar tropas y ser vulnerables a alegaciones de jurisdicción (Scheffer, 1998).

3.2. El alcance de la disposición

Respecto del uso de la salvedad contemplada en el artículo 124, una de las preguntas más significativas es, sin lugar a dudas, si las implica-

¹²El texto de las declaraciones de Francia y de Colombia, tanto como el retiro de la declaración francesa, se encuentran en la página web de la Colección de Tratados de las Naciones Unidas (UNTS) en <http://treaties.un.org>, Capítulo XVIII, n° 10 (visitado el 28 de octubre de 2009).

ciones del *opt-out* en una situación como el conflicto en Colombia son realmente tan importantes como parece a primera vista, o si su alcance, al fin y al cabo, será limitado, dado que muchos actos que pueden ser calificados como crímenes de guerra al mismo tiempo pueden ser considerados crímenes de lesa humanidad, para las cuales no hay *opt-out*.

Para contestar a esta pregunta es necesario comparar los actos tipificados en los artículos 7 (crímenes de lesa humanidad) y 8(2) (e-f) (crímenes de guerra) con el fin de verificar en qué medida el artículo 8 es más amplio que el artículo 7.

En primer lugar se debe resaltar la diferencia en la protección que ofrecen los dos artículos. De un lado, los crímenes de lesa humanidad tienen un alcance más amplio que los crímenes de guerra, debido a que los primeros se pueden cometer tanto durante un conflicto armado como en tiempo de paz, como ataque militar o de otra forma, mientras que los crímenes de guerra están limitados solo a situaciones de conflictos armados (Schabas, 2005, p. 209, y McAuliffe de Guzmán, 2000, p. 355 y ss.). Pero, de otro lado, los crímenes de lesa humanidad solo se pueden castigar si son cometidos “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”.

La noción de “ataque contra una población civil” está consagrada legalmente en el artículo 7(2) (a) como una “línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política”. En consecuencia, están excluidos, en primer lugar, todos los actos dirigidos contra objetivos que no pertenecen a la población, es decir, militares y oficiales, en particular cualquier acto cometido contra un combatiente o contra instalaciones de un grupo combatiente.

No obstante la delimitación entre bienes de la población y bienes militares, así como entre combatientes y no combatientes (en este último caso como parte de la población civil en el sentido del artículo 7),

es difícil de establecer, particularmente en conflictos internos en los que los combatientes no siempre se alistaban con grupos establecidos.

Esa determinación en el caso colombiano puede ser más fácil en tanto los que se enfrentan son grupos que están bien definidos, en muchos casos están uniformados y tienen listas de sus miembros. No obstante, los problemas de la delimitación se han mostrado claramente en el caso de los “falsos positivos”, cuando personas civiles fueron desaparecidas y posteriormente asesinadas con participación de miembros del Ejército colombiano que después los hicieron pasar como miembros de la guerrilla.¹³

También ha sido aclarado por los Tribunales Penales Internacionales para la ExYugoslavia (en adelante TPIY) y Ruanda (en adelante TPIR) que la existencia de algunas personas que no son civiles en una población civil no les quita la calidad de civil.¹⁴

La noción de “población” también genera preguntas. En varias ocasiones la noción no fue interpretada de manera amplia, comprendiendo cualquier grupo de personas que no son combatientes, sino como un grupo que se destaca por su raza, idioma, género, religión, entre otros. Este elemento diferenciador aparece claramente en el artículo 3 del Estatuto del TPIR¹⁵, pero fue rechazado para el Estatuto del TPIY¹⁶ por dicho Tribunal, el cual estableció que tal elemento se presentaría solo en casos en los que está claramente definido el requisito por el texto de la

¹³Según Naciones Unidas: “[...] los homicidios ilegales cometidos por militares son el resultado de un conjunto complejo de factores que, de un lado, han incentivado la comisión de dichos homicidios, y de otro, han fomentado un ambiente en el cual tales homicidios se han cometido con una impunidad general” (traducción libre realizada por los autores de este artículo) (ONU, 2010, párr. 19). También puede verse el párr. 14, en el que el Relator Especial afirma que a pesar de no tener evidencia a partir de la cual pueda afirmarse que tales crímenes han sido cometidos como parte de una política oficial, recibió reportes sobre la comisión de dichos homicidios en varios departamentos del país en los que estarían comprometidas diversas unidades militares.

¹⁴TPIY, *Caso Duško Tadić*, IT-94-1, Sala de Primera Instancia, *Judgement*, 7 de mayo de 1997, n° 643; y TPIR, *Caso Jean-Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, Sala I, *Judgement*, 2 de septiembre de 1998, n° 582.

¹⁵Resolución 955 (1994) del Consejo de Seguridad, *Establecimiento de un Tribunal Internacional para Ruanda y la adopción del Estatuto del Tribunal*, S/RES/955 (1994), 49ª sesión, 8 de noviembre de 1994.

¹⁶Resolución 827 (1993) del Consejo de Seguridad, *Establecimiento del Tribunal Internacional para la persecución de personas responsables de serias violaciones del derecho humanitario internacional cometidos en el territorio de la Ex-Yugoslavia*, S/RES/827 (1993), 48ª sesión, 25 de mayo de 1993.

norma¹⁷. En el ER no aparece ninguna referencia a un elemento diferenciador, pero tampoco parece estar excluido claramente ni por el ER ni por los *Elementos de los Crímenes*¹⁸. No obstante, en la adopción del ER los Estados acordaron que el artículo 7 no estaría limitado a casos de comisión de crímenes por razones discriminatorias (Robinson, 1999, p. 46 y ss.). Por eso se puede suponer que la CPI interpretará el artículo 7 de manera amplia, de tal forma que una población es cualquier grupo de personas que no son combatientes.

Además, el ataque debe ser “generalizado o sistemático”, lo que, según el artículo 7(2) (a), significa que se debe tratar de “la comisión múltiple de actos [...] de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política”. Eso introduce un estándar alto en la consideración sobre crímenes de lesa humanidad. Todo crimen, entonces, debe formar parte de una política que va más allá del caso particular, establecida por un Estado o por una organización no estatal, como las guerrillas o los paramilitares en Colombia.

La responsabilidad criminal personal está entonces dada incluso para la comisión de solo uno de los crímenes mencionados, mientras que este fuese cometido como parte de una política de comisión de crímenes más amplia por parte de la organización a la cual pertenece la persona.

No obstante persisten las dudas acerca de la relación entre los elementos “generalizado”, “sistemático” y el elemento de la política de comisión de esos crímenes, a saber: si esos elementos deben estar presentes simultánea o alternativamente (McAuliffe de Guzmán, 2000, p. 372 y ss.). Dado que mientras el texto francés original del artículo 3 del Estatuto del TPIR contiene la noción de *attaque généralisée et systématique*, el texto inglés, también auténtico, habla de *widespread or systematic attack*, en el artículo 7 del ER esa noción, incluso en la versión francesa, fue

¹⁷TPIY, *Caso Duško Tadić*, IT-94-1, Sala de Apelaciones, *Judgement*, 15 de julio de 1999, n° 305.

¹⁸Elementos de los crímenes, Asamblea de los Estados Partes al Estatuto de Roma del 9 de septiembre de 2002, ICC-ASP/1/3(Part II-B).

cambiada a *attaque généralisée ou systématique*, lo que indica que los dos elementos pueden estar presentes de manera alternativa. Un ataque “generalizado”, según la interpretación del TPIR en el caso *Akayesu*, es una *massive, frequent, large scale action, carried out collectively with considerable seriousness and directed against a multiplicity of victims*, en tanto que un ataque “sistemático” es *thoroughly organized and following a regular pattern on the basis of a common policy involving substantial public or private resources*¹⁹. Suponiendo que la CPI acogiera esa interpretación, el elemento de política solo entrará en el caso de un ataque sistemático. En consecuencia, la sanción de casos particulares bajo la modalidad de crímenes de lesa humanidad tiene retos considerablemente mayores que la sanción de crímenes de guerra, dado que no se debe probar que son generalizados o sistematizados, como parte de una política de comisión de crímenes.

Después de haber presentado el alcance del artículo 7 según su encabezado, es oportuno hacer una comparación de los tipos penales que pueden presentarse como crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad al tiempo, con el fin de ver cuáles son los crímenes que efectivamente pueden ser susceptibles de ser castigados como crímenes de lesa humanidad aunque *prima facie* parezcan crímenes de guerra.

a. Los crímenes contra la vida y la integridad física

En esta primera categoría entran todos los crímenes que atentan contra la vida de las personas o su integridad personal. Los actos respectivos están penalizados en el artículo 8(2) (c) (i), (iv), y (e) (ix), (xi) y en el artículo 7(1) (a), (g), (h) y (k).

El artículo 8(2) (c) (i) sanciona en forma general los atentados contra la vida y la integridad corporal, pero menciona como casos particulares “el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura”. En relación con los atentados contra la vida, este aparte coincide con el crimen de asesinato en el artículo 7(1) (a) y el crimen de exterminio del aparte (1) (b) que, según su definición legal en el aparte

¹⁹TPIR, *Caso Jean-Paul Akayesu*, Sala I, n° 580.

(2) (b), es asesinato masivo por deterioro de las condiciones de vida impuestas sobre parte de una población²⁰.

Los atentados contra la integridad física se encuentran parcialmente comprendidos por la tortura mencionada en el artículo 7(1)(f), mientras que se inflijan graves dolores o sufrimientos físicos o mentales²¹, y los crímenes sexuales descritos en el apartado (1)(g).

Aparte de esos casos específicos, varios casos pueden ser penalizados según la fórmula general del artículo 7 (1) (k). En vista de las dudas acerca de la legitimidad de esa cláusula por la falta de determinación, se debe esperar que la norma sea interpretada de manera restringida²². De todos modos, su formulación tiene un alcance más restringido que el artículo 8(2) (c) (i) en tanto se debe tratar de “actos inhumanos” y no solo “atentados contra la vida y la integridad corporal”. Además, los actos deben ser “de carácter similar” a los casos que están específicamente mencionados en el artículo 7, es decir, en caso de violaciones físicas deben ser similares a tortura o a los crímenes sexuales, lo que es menos amplio que “mutilaciones” y “tratos crueles”, previstos en el artículo 8(2)(c)(i)²³.

Los crímenes del artículo 8(2) (c) (iv) con respecto a las ejecuciones extrajudiciales también pueden ser subsumidos bajo los tipos del artículo 7. Ejecutar una persona significa matarla, es decir, constituye un homicidio. Este homicidio puede ser justificado si existe una sentencia de un tribunal debidamente constituido que brinda las garantías establecidas en el artículo 8(2) (c) (iv). Si tal sentencia no está precedida de dichas garantías, la ejecución es un homicidio, y como tal debe ser penalizado bajo el artículo 7(1) (a) y (k).

²⁰El artículo 8(c) (i) dice “homicidio”, mientras que en el artículo 7 (1) (a) se lee “asesinato”. No obstante, la comparación con otras versiones auténticas del ER demuestra que los Estados no querían hacer diferencia entre los dos tipos. En las versiones inglesa y francesa se encuentra en ambos artículos la misma palabra: *murder* o *meurtre*.

²¹*Elementos de los crímenes*, artículo 7 1) f), n° 1.

²²Véase: Robinson (1999, p. 56) y *Elementos de los crímenes*, artículo 7, Introducción, n° 1.

²³Según los *Elementos de los crímenes*, artículo 7 1) k), n° 2, el crimen debe ser similar en la naturaleza y la gravedad del acto.

El apartado e) del artículo 8, que contiene las violaciones de otras leyes y usos aplicables en conflictos internos, contiene dos tipos adicionales relacionados con violaciones físicas de la persona, el n° ix) y el n° xi). El n° ix) no encuentra homólogo en el artículo 7 porque la aplicación de este artículo está restringida a crímenes cometidos contra la población civil. Los casos del n° xi), al contrario, deberían quedar cobijados en su mayoría bajo el artículo 7(1) (a) o (k) si los experimentos derivan en la muerte de la persona, o si deterioran gravemente la salud de la persona o la exponen a estrés y tensiones psicológicas, se podrán calificar como casos similares a la tortura, si infligen a la víctima graves dolores o sufrimientos físicos o mentales²⁴. Este tipo de actos ameritan la aplicación del artículo 7(1) (k) (Robinson, 1999, p. 56).

Un caso particular es el de los crímenes contemplados en los apartados (2) (e) (i)-(iv) del artículo 8 en tanto que sancionan ataques contra bienes materiales.

Como ya se ha aclarado, ningún tipo del artículo 7 sanciona actos contra bienes corporales. Entonces, según estas normas, los actos solo pueden ser sancionados según el artículo 7, si parte de la comisión consiste en el homicidio de personas o el intento de asesinato, exterminio o tortura según los artículos 7(1) (a), (b) o (f) en relación con el artículo 25(f), o con la intención de asesinar o herir gravemente personas que se pueden encontrar cerca o en los objetivos mencionados.

También es concebible que ataques sobre edificios dedicados a la religión, las artes, la educación, etc., según el artículo 8(2) (e) (iv) formen parte de una persecución según el artículo 7(1) (h), lo que depende de la forma y el contexto de la ejecución del ataque.

²⁴*Elementos de los crímenes*, artículo (7) (1) f), n° 1. Es importante notar que, al contrario de la concepción tradicional de tortura como está contenida en el artículo 1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, bajo el ER no se requiere ninguna intención específica en relación con la tortura. Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, 10 de diciembre de 1984, 1465 UNTS 85. Entrada en vigor: 26 de junio de 1987.

b. Los ultrajes contra la dignidad personal

Los crímenes que afectan la dignidad personal son castigados como crímenes de guerra según los artículos 8(2) (c) (ii), (e) (vi), aunque algunos casos también pueden estar comprendidos por el apartado (e) (ix), que ya hemos tratado. Los crímenes según el artículo 8(2)(e)(vi) son comprendidos también por el artículo 7, pues remite directamente a la definición legal del artículo 7(2)(f) y repite la redacción del artículo 7(1)(g), con la única diferencia de que el artículo 8(2)(e)(vi) añade la formulación de que el acto “constituya también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra”, lo que amplía el grupo de personas protegidas más allá de la población civil a “los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa” (art. 3 común de los Convenios de Ginebra²⁵).

Los casos comprendidos por la regla general del artículo 8(2) (c)(ii) son considerablemente más amplios que los casos contenidos en el artículo 7. Los ultrajes contra la dignidad personal, en sus casos más graves, son sancionables como “tortura” según el artículo 7(1)(f), pero los demás casos, es decir, los tratos humillantes, degradantes y otras violaciones de la dignidad humana, difícilmente pueden ser subsumidos bajo el tipo del artículo 7. Una salida, al menos para parte de los casos, puede ser la cláusula general del artículo 7(1)(k), mientras que se trate de casos de carácter similar a la tortura. Eso se podrá asumir al menos para los casos graves de tratos humillantes y degradantes, dado que los límites entre los distintos tipos de trato son difusos²⁶. No obstante, casos menos graves, que serían sancionados por el artículo 8(2)(c)(ii), serán excluidos de la aplicación del artículo 7(1)(k).

²⁵Convenios de Ginebra, 12 de agosto de 1949, 75 UNTS 31, 85, 135, 287. Entrada en vigor: 21 de diciembre de 1950.

²⁶Véase, por ejemplo: *Ireland v. the United Kingdom*, CEDH, 18 de enero de 1978, § 162, Series A n°. 25 acerca del art. 3 de la Convención Europea para la protección de derechos humanos y libertades fundamentales, 4 de noviembre de 1950, CETS n°. 005. Entrada en vigor: 3 de septiembre de 1953.

c. La toma de rehenes

Es prohibido como crimen de guerra en el artículo 8(2) (c) (iii) la toma de rehenes. Según la definición legal de los *Elementos de los crímenes*, artículo 8 (2) (c) (iii) n° 1-3, eso significa capturar o detener a una persona y amenazarla de muerte, hierla o no liberarla hasta que un Estado, una organización internacional o una o varias personas físicas o jurídicas no actúen o se abstengan de actuar de una manera exigida por el perpetrador.

Este tipo de crimen coincide con el crimen de “encarcelación u otra privación grave de la libertad física” del artículo 7(1) (e), que comprende todo tipo de privación de libertad ilegal y no se limita a la privación de libertad que inevitablemente forma parte del proceso de tomar rehenes.

d. Las condenas dictadas sin previo juicio por un tribunal regularmente constituido

La aplicación de la pena capital en las condiciones descritas en el artículo 8(2) (c) (iv) se califica como homicidio según el artículo 7(1) (a), como ya se ha descrito arriba.

Si la condena consiste en una privación de libertad sin sujeción a las reglas anteriores, el caso quedará comprendido por el artículo 7(1) (e), que ya se ha analizado. También se debe tener en cuenta que otros tipos de condenas, como el trabajo forzado, u otro tipo de encarcelación que prive de la libertad física de manera grave a una persona, es sancionable, en este último caso, según el artículo 7(1)(e).

Si se trata de condenas penales de carácter pecuniario o de condenas civiles que no afectan la libertad de la persona, no se encuentra un tipo similar en el artículo 7, pues este no contiene ninguna norma acerca de la afectación del patrimonio.

e. *El desplazamiento forzado*

El crimen de desplazamiento forzado, según el artículo 8(2)(e)(viii), encuentra su contraparte en el artículo 7(1)(d), aunque como crimen de guerra su alcance es más amplio, en tanto que consiste en el mero acto de ordenar el desplazamiento de una población, mientras que como crimen de lesa humanidad solo se castiga el acto mismo de desplazar forzosamente a la población. Eso significa que, según el artículo 8, se comete el crimen de desplazamiento por el simple acto de ordenar el desplazamiento, incluso si los habitantes concernidos se mueven después sin amenazas o apremiados por el uso de fuerza. Para constituir un acto, según el artículo 7, se debe expulsar a las personas por el uso de fuerza física o psicológica²⁷. No obstante la diferencia es mínima, en tanto que las personas que siguen una orden de desplazamiento en general lo hacen porque saben que en el caso de no cumplirla, quien ha emitido tal orden aplicará medidas coercitivas. Es difícil imaginar un caso en el que una persona o un grupo de personas salen voluntariamente de un lugar que constituye el centro de su vida. El caso colombiano es ilustrativo a este respecto.

Según la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento (CODHES, 2009), 4 629 190 personas, equivalentes a 925 838 familias, han sido obligadas a desplazarse en el lapso comprendido entre 1985 y 2008. Las cifras oficiales registran más de 2 800 000 desplazados²⁸. Aunque la diferencia de cifras es notoria, ambas revelan un drama de inmensas proporciones. El nivel de impunidad en relación con este crimen es tanto más alarmante si se toma en cuenta que a pesar de haber sido tipificado como delito en el año 2000 en el Código Penal colombiano, las cifras referentes a su investigación y juzgamiento son pobres, tomando en cuenta datos como el aportado por ACNUR, según el cual en el período comprendido entre 2004 y 2006 fueron registrados 619 000 casos, pero solo se inició investigación en 6500 de ellos, lo cual en principio parecería una cifra alta, pero si tomamos en cuenta

²⁷Véase: *Elementos de los crímenes*, artículo 7 (1) (d), n° 1, nota al pie 13.

²⁸Datos de ACNUR en <http://www.acnur.org/t3/13/crisis/crisis-humanitaria-en-colombia/desplazamiento-interno-en-colombia/> (visitada el 9 de noviembre de 2009).

lo efectivamente fallado por los jueces, el panorama es desalentador, pues según el mismo reporte, solamente 32 procesos pasaron a juzgados penales, y en apenas 13 de ellos hubo sanción para un número aún más exiguo: 15 personas (ACNUR, 2007).

f. El reclutamiento de personas menores de 15 años

Aparte los ataques contra los bienes jurídicos mencionados en el artículo 8(2)(e)(i-iv) que no son criminalizados bajo el artículo 7, el segundo gran vacío que deja la exclusión de la competencia de la CPI para juzgar crímenes de guerra afecta el reclutamiento de personas menores de 15 años según el artículo 8(2)(e)(vii). En casos específicos, el reclutamiento puede resultar en la comisión de crímenes según el artículo 7(1), causados por la utilización de menores en situaciones de combate.

En primer lugar se debe notar que todos los actos enumerados en el artículo 7 tienen en común que deben ser cometidos en contra de la voluntad de la víctima. En consecuencia, podemos constatar que uno de los elementos que un crimen debe cumplir para ser similar a todos esos actos es que también debe ser cometido en contra de la voluntad de la víctima. La pregunta entonces es si el menor de edad puede desarrollar la voluntad necesaria para que se pueda decir que se ha alistado voluntariamente. Eso depende de varios factores que se deben evaluar para cada caso particular.

La capacidad de desarrollar libremente la voluntad de alistarse depende, entre otros, del estado de desarrollo mental del niño, de su capacidad de entender el alcance de su decisión, de las presiones a las cuales está sometido, etc. De todos modos, a nivel internacional se ha reconocido que los niños son capaces de desarrollar la voluntad de alistarse. Así fue reconocido por el Comité Internacional de la Cruz Roja en su primer borrador del artículo 32(2) del Protocolo II, que dijo: “[...] y, en particular [las partes en un conflicto], se abstendrán de reclutarlos [menores de 15 años] en sus fuerzas armadas o de aceptar su alistamiento voluntario” (Mann, 1987, p. 38).

Aunque la prohibición del alistamiento voluntario fue borrada después durante las negociaciones del Protocolo II, la utilización de niños menores de 15 años está prohibida según el artículo 4(3)(c) del Protocolo II y penalizada por el artículo 8(2)(e)(vii) del ER, que se extiende al hecho de “utilizarlos para participar activamente en hostilidades”²⁹. De esto resulta que los Estados no asumían que los niños menores de quince años carezcan en general de la posibilidad de desarrollar la voluntad de alistarse en tropas de una parte combatiente o que esa voluntad al menos no tenga valor jurídico.

El Estado colombiano había introducido una reserva en 1991, al ratificar la Convención Sobre los Derechos del Niño, en relación con la edad para el reclutamiento de menores de 15 años en su filas, pues la edad mínima en el país para prestar el servicio militar es 18 años. Ocho años después, es decir, en 1999, Colombia había prohibido definitivamente el reclutamiento de menores de 18 años en las filas de la Fuerza Pública. Sin embargo, los grupos armados irregulares han utilizado como práctica recurrente la del reclutamiento de niños³⁰.

Uno de los crímenes asociados al de reclutamiento es el de tortura. Las mismas situaciones que pueden tener como consecuencia la muerte de la persona pueden derivar en heridas graves. A eso se añaden situaciones en las cuales se infligen dolores físicos como forma de castigo por parte de las mismas tropas a las que pertenece el niño. Adicional-

²⁹Es notable que la formulación del artículo 8(2)(e)(vii) se ha alejado del artículo 4(3)(b) del Protocolo II en tanto que la penalización fue limitada a casos en que los niños sean utilizados “para participar *activamente* en hostilidades” (énfasis añadido), mientras que según el Protocolo II comprende todo tipo de participación. Véase acerca de una discusión parecida durante las negociaciones del Protocolo II, Mann (1987, p. 45 y ss.).

³⁰Según el Informe del Secretario General de Naciones Unidas sobre los Niños y el Conflicto Armado en Colombia, “[e]l número estimado de niños que participan en grupos armados ilegales oscila entre 8.000, según el Ministerio de Defensa, y 11.000, según fuentes no gubernamentales”. Pero también en este caso las cifras sobre investigaciones por el delito de reclutamiento forzado de menores son alarmantes si se toma en cuenta que “[l]a Fiscalía General está investigando 25 casos de reclutamiento de niños que tuvieron lugar en 2008”. El Informe también da cuenta que de acuerdo con un estudio “[...] realizado por la Defensoría del Pueblo de Colombia y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (Unicef) se señaló que la edad media de reclutamiento había disminuido de 13,8 años en 2002 a 12,8 en 2006”, lo cual evidencia la crueldad de los grupos armados ilegales en relación con los niños y la niñas (ONU, 2009, p. 4).

mente, algunos reportes demuestran que los niños que se resisten al reclutamiento son torturados o incluso asesinados³¹. De similar magnitud es el hecho de infligir sufrimientos mentales por ser drogados o como consecuencia de las situaciones de combate que han presenciado (Faulkner, 2001, 499).

Uno de los ejemplos más impresionantes de estos efectos lo ha proporcionado el conflicto en Sierra Leona³²; pero también en el conflicto colombiano se reportan casos de reclutamiento de menores de 15 años de edad y violaciones de niños que se resisten al reclutamiento³³. Esos casos demuestran que el reclutamiento de menores de edad en muchos casos genera situaciones que atentan contra la salud física y mental de los niños, las cuales, por tanto, son susceptibles de quedar cobijadas por el artículo 7(f).

El reclutamiento también puede tomar la forma de esclavitud porque los niños están completamente expuestos a la voluntad del comandante y deben cumplir sus órdenes de manera incondicional. Además, una vez reclutados, habitualmente les es negada la posibilidad de retirarse de las tropas y deponer las armas, lo que les obliga a una vida sometida a constante privación de la libertad, como lo prevé el artículo 7(1)(c) (i) de los *Elementos de los crímenes* y también el artículo 7(1)(e) del ER. Adicionalmente, los niños reclutados son obligados a trasladarse durante el tiempo de su reclutamiento con la unidad a la cual pertenecen o al menos a quedarse con ella. Eso significa que los niños ven conculcado su derecho a volver al lugar de donde provienen y donde vivían antes de su reclutamiento. Por eso, en caso de un reclutamiento de cierta duración, se configuran los elementos del desplazamiento forzado, teniendo en cuenta que la tipificación de este crimen no depende de la cantidad de personas desplazadas.

³¹Reporte del Secretario General de las Naciones Unidas a la Asamblea General y el Consejo de Seguridad, 26 de marzo de 2009: *Los niños y los conflictos armados*, A/63/785 - S/2009/158, n° 109 para Colombia.

³²Véase acerca de ese conflicto: Faulkner (2001).

³³Véase: Reporte del Secretario General de las Naciones Unidas a la Asamblea General y el Consejo de Seguridad del 26 de marzo de 2009: *Los niños y los conflictos armados*, A/63/785 - S/2009/158, n° 108 y siguientes.

En casos en que los niños reclutados no fueron devueltos a sus familias y no se da a conocer su paradero, o en caso de que hayan muerto y no se dé a conocer dónde están sus cuerpos, el reclutamiento puede configurar un caso de desaparición forzada según el artículo 7(1) (i).

Los actos de la desaparición son, según la definición legal del artículo 7(2) (i), “la aprehensión, la detención o el secuestro”³⁴. El reclutamiento puede ser una forma de secuestro. “Secuestrar” o *abduction*, como dice el texto inglés, significa el simple hecho de llevar alguien por la fuerza a otro lugar³⁵. Eso sucede en los casos de reclutamiento forzado. Los niños reclutados, al menos en los casos de reclutamiento forzado, que son los únicos que comprende el artículo 7, están forzados a seguir al grupo que los ha reclutado y están retenidos por ellos para los fines militares necesarios. El reclutamiento en sí mismo puede considerarse como crimen de lesa humanidad y desaparición forzada si el grupo responsable niega tener el niño en sus filas o no da información sobre su suerte.

En situaciones en las cuales está claro qué grupo tiene el niño en sus filas y da información sobre su suerte, la situación puede no obstante considerarse un crimen de lesa humanidad según el artículo 7(1) (k). Para los familiares o allegados del niño, no habrá gran diferencia si saben que fue un determinado grupo el que se ha llevado su hijo o hija para combatir con ellos si adicionalmente después no hay posibilidad de conocer su paradero. La inseguridad que trae consigo saber que una persona fue llevada para fines de combate puede producir una tensión comparable a la que produce la desaparición del niño. Dada la imposibilidad de dar tal información, por la clandestinidad en que viven esos grupos o la imposibilidad de mantener bases de datos sobre la suerte de cada uno de los combatientes del grupo, el reclutamiento puede ser calificado como un acto inhumano de carácter similar a la desaparición forzada.

³⁴En su versión inglesa: *arrest, detention or abduction*; en francés: *arrêtées, détenues ou enlevées*.

³⁵Real Academia Española (22ª edición), “secuestrar” en <http://www.rae.es>; y Compact Oxford English Dictionary, “abduction”, en www.askoxford.com (visitadas el 5 de noviembre de 2009).

No obstante, ese tipo de reclutamiento debe “causar intencionalmente grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”; pero eso solo se puede determinar para cada caso particular, estimando los efectos del reclutamiento no solo para el niño, sino también para sus familiares o personas cercanas.

En resumen, podemos advertir que el reclutamiento de personas, independientemente de su edad, en la mayoría de los casos puede ser castigado como otros tipos de crímenes de lesa humanidad siempre y cuando estén dadas las otras circunstancias del artículo 7, en particular un ataque generalizado y sistemático contra una población civil. Bajo todas las circunstancias quedan excluidos los casos de alistamiento voluntario. No obstante, la posibilidad de sancionarlos como crimen de lesa humanidad siempre depende de las circunstancias particulares de cada caso, mientras que como crimen de guerra serían sancionables de manera generalizada según el artículo 8(2)(e)(vii) (Zimmermann et al., 2008, p. 496, n° 319).

g. La declaración de no dar cuartel

Según el artículo 8(2)(e)(x), está penalizado hacer una declaración acerca de que no habrá sobrevivientes. Esa declaración puede ser castigada según el artículo 7(1)(k) si se trata de un ataque sobre civiles. Pero, a diferencia del artículo 8(2)(e)(x), que penaliza la declaración de no dar cuartel en sí misma, según el artículo 7(1)(k) es necesario que el acto cause “intencionalmente grandes sufrimientos o [atente] gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”. Por eso, en sentido estricto, no se puede penalizar la mera declaración, sino solo cuando haya implicado la comisión de la matanza anunciada o la actuación particularmente violenta de las tropas, acorde con la saña que implica tal declaración; solo en ese caso la declaración de no dar cuartel habrá traído como consecuencia los resultados cruelmente amenazadores anunciados.

Del mismo modo, la declaración, si ha ocasionado que las tropas maten a personas o las hieran gravemente, aquellas pueden ser castigadas de acuerdo con el artículo 7(1)(a), (b) y (f) o, (g) según el caso, en com-

binación con el artículo 25(3)(b), que sanciona ordenar o inducir a la comisión de un crimen.

En resumen, la declaración de no dar cuartel como tal no es sancionable como crimen de lesa humanidad sino solo cuando las tropas le han hecho caso, de lo contrario, es decir, si actúan de manera diversa, no será sancionable como lo habrían hecho sin estar precedidos de la declaración, es decir, dejando sobrevivientes o al menos asesinando menos personas que las que implica tal declaración.

h. Los demás crímenes del artículo 8(2) (e)

Los demás crímenes del artículo 8(2) (e) son crímenes contra el patrimonio de las víctimas. Ya se ha explicado que el patrimonio no es un bien protegido bajo el artículo 7. Por eso, los crímenes contra bienes físicos solo pueden considerarse crímenes de lesa humanidad si traen como consecuencia que las personas se sientan obligadas a dejar el lugar donde viven en los términos del artículo 7(1)(d) y (2)(d).

Ahora bien, la destrucción de bienes del adversario o el saqueo en sí mismo, sin que produzcan los efectos descritos arriba, no son crímenes de lesa humanidad según el artículo 7. Incluso no entran en la cláusula general del n° k), porque les falta la similitud con los demás actos, mientras que no afecten la salud física o mental de las personas, es decir, en los casos de destrucción o privación de bienes necesarios para la supervivencia o la salud de la población.

3.3. Un caso particular: *los delitos permanentes*

Aparte de los casos mencionados arriba, en que los actos pueden asumir las características tanto de crímenes de guerra como de crímenes de lesa humanidad, los delitos permanentes son otra categoría de crímenes de guerra que pueden ser juzgados a pesar de que su comisión haya empezado antes del 1 de noviembre de 2009, momento en el que la CPI asume la competencia para esos crímenes según el artículo 124 y la declaración hecha por Colombia. Esa categoría de crímenes se destaca por el hecho de que el momento de terminación del acto no coincide con el momento de su comisión. El tiempo de comisión comprende

todo el lapso transcurrido desde el instante de la manifestación de la conducta hasta que cesa de ejecutarse (Velásquez Velásquez, 1997, p. 152).

Los crímenes que pueden mostrar esa particularidad son la toma de rehenes, según el artículo 8(2)(c)(iii), la prostitución forzada, y la esclavitud sexual, según el artículo 8(2)(e)(vi), el reclutamiento de menores de edad o su alistamiento, según el artículo 8(2)(e)(vii) o el desplazamiento forzado según el artículo 8(2)(e)(viii). Todos esos crímenes pudieron terminar en algún momento antes del 1 de noviembre de 2009, pero sus efectos pueden perdurar hasta que los rehenes y las personas prostituidas sean liberadas, los niños reclutados o alistados desarmados y los desplazados puedan volver a sus lugares originales de residencia.

Según la doctrina de derecho penal general en la mayoría de los países, en esos casos se aplican todas las leyes que hayan estado vigentes en algún momento durante la comisión del crimen (Jackobs, 1997, p. 116). Eso significa que para crímenes cuyo inicio de ejecución haya sido antes del 1 de noviembre de 2009 se aplican las normas del artículo 8, a pesar de la declaración colombiana según el artículo 124, incluso a estos crímenes respecto de aquel momento de la comisión que siga ocurriendo después de esta fecha³⁶.

Lo anterior es válido bajo el requisito de que después del 1 de noviembre todos los elementos del tipo según el artículo 8 se sigan realizando. Así, por ejemplo, si en el caso de la toma de un rehén el grupo que lo detiene ha desistido de demandar cierto comportamiento como condición para la liberación del rehén antes de esa fecha pero sigue deteniendo a la persona, los autores no podrían ser castigados por ese crimen según el artículo 8(2)(c)(iii). Sin embargo, la mayoría de los casos no van a cumplir con ese requisito, es decir que la comisión de los tipos que configuran crimen de guerra sigue sucediendo por tratarse de delitos continuos en gran parte de los casos.

³⁶Véase también: TPIR, *Caso Nahimana, Barayagwiza and Ngeze*, ICTR-99-52-T, Sala I, *Judgement*, 3 de diciembre de 2003.

CONCLUSIONES

Se puede concluir que el hecho de que Colombia haya realizado una declaración según el artículo 124 no debe significar que todos los crímenes de guerra cometidos durante la vigencia de dicha declaración queden impunes. Más bien, la mayoría de esos crímenes podrán ser investigados y sancionados como crímenes de lesa humanidad, siempre y cuando se pueda demostrar que se trata de un ataque sistemático o generalizado contra la población civil. Probar eso será el punto clave en cualquier acusación.

Todos los casos que hayan sido cometidos antes del 1 de noviembre de 2009 y que perduren hasta después de esa fecha –lo que debería comprender casi la totalidad de los casos de desplazamiento forzado, reclutamiento o alistamiento de menores de 15 años y tomas de rehenes civiles– podrán ser sancionados, según el artículo 8, a pesar de la declaración, según el artículo 124, por Colombia.

La limitación más destacable consiste en que todos los crímenes que hayan cometido las partes combatientes, unas contra otras, durante los siete años que estuvo vigente la salvedad, serán excluidos de la competencia de la CPI mientras su comisión no haya terminado después del 1 de noviembre de 2009. También quedarán excluidos casos que no configuran una política generalizada o sistemática contra esas poblaciones. Al contrario, casos como el de los “falsos positivos”, o el de reclutamientos forzados de menores de edad son susceptibles de sanción si se confirman los rasgos de comisión sistemática o generalizada que aparecen en la prensa.³⁷

Los reclutamientos también evidencian rasgos de constitución de una política por parte de los grupos no estatales que participan en el conflicto, como indica el secretario general de las Naciones Unidas en su reporte del 26 de marzo de 2009, en el que habla de “práctica

³⁷Las cuentas de los falsos positivos, 27 de enero de 2009, <http://www.semana.com/noticias-justicia/cuentas-falsos-positivos/120116.aspx> (visitada el 31 de octubre de 2009).

habitual".³⁸ El reporte ofrece un indicio claro de que hubo una política de reclutamiento por parte de esos grupos –la cual persiste en muchos casos, particularmente en el de las FARC-EP–, y que incluso, durante los años, podrían configurar una *massive, frequent, large scale action, carried out collectively with considerable seriousness and directed against a multiplicity of victims*,³⁹ es decir, un ataque generalizado⁴⁰.

Cabe anotar que en los términos del artículo 7, el reclutamiento no está limitado a niños menores de 15 años, sino que comprende todo tipo de reclutamiento forzado, lo que amplía la posibilidad de hablar de ataques generalizados en forma de desaparición o casos que queden cobijados bajo la norma del artículo 7(1)(k). Lo mismo puede valer para otro tipo de crimen muy común en el país: la toma de rehenes. En la medida en que las personas privadas de la libertad que sirven como rehenes a cualquiera de los grupos que participan en el conflicto sean militares, policías u otros miembros combatientes de las Fuerzas Armadas, o miembros de grupos no estatales adversarios, y hayan sido liberados antes del vencimiento de la declaración colombiana según el artículo 124, no habrá sanción según el ER porque no se trata de ataques contra una población civil. En el caso de que la privación de la libertad perdure hasta después del 1 de noviembre de 2009, los captores podrán ser castigados con arreglo a la teoría del crimen continuo, expuesta arriba, según el artículo 8, independientemente de si los rehenes son militares o civiles. En los casos de civiles, políticos y de otras personas privadas de libertad, por el contrario, se puede tratar de crímenes de lesa humanidad, siempre y cuando se demuestre la existencia de una política o un sistema de privación de libertad en esos casos, independiente de la calidad de rehén, no prevista por el artículo 7.

³⁸El reporte da cifras de 402 niños separados de las FARC-EP, 86 del ELN, 1 del ERP y 44 de grupos paramilitares entre septiembre de 2007 y diciembre de 2008. Entre 2002 y 2006, un total de 823 niños fueron separados o liberados de las AUC.

³⁹"una acción masiva, frecuente, y de gran escala, llevada a cabo de manera colectiva con daño considerable y dirigida contra una multiplicidad de víctimas".

⁴⁰Reporte del Secretario General de las Naciones Unidas a la Asamblea General y el Consejo de Seguridad del 26 de marzo de 2009: *Los niños y los conflictos armados*, A/63/785 - S/2009/158, n° 111 y siguientes.

Por las mismas razones, y a pesar de que levantar la salvedad contenida en el artículo 124 habría significado indudablemente un avance para la persecución internacional de los más graves crímenes internacionales, no reviste mayor trascendencia el hecho de que los Estados hayan decidido en Kampala mantener la salvedad tal cual. Además, se debe tomar en cuenta que es justamente esa disposición la que quizá abrirá el camino para la ratificación del ER por más Estados.

Ciertamente, en los casos de declaraciones, según el artículo 124, habrá menos justicia para los crímenes que se hayan cometido durante los primeros siete años, tal como podrá suceder en Colombia con los crímenes cometidos en ese lapso de tiempo anterior al vencimiento de la salvedad (vencimiento que se verificó, como se ha indicado, el 1 de noviembre de 2009). Sin embargo, no será tan escasa, como se podría considerar *prima facie*. De todos modos, ratificar el ER con una declaración según el artículo 124 es mejor que no ratificarlo del todo.

REFERENCIAS

Libros y contribuciones en obras colectivas

- ACNUR (2007). *Balance de la Política Pública para la Atención integral al desplazamiento forzado en Colombia: Enero de 2004*. Bogotá: Pro-Offset Editorial.
- Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación en Colombia (CNRR). Área de DDR. (2007). *Informe n° 1: Disidentes, rearmados y emergentes: ¿Bandas criminales o tercera generación paramilitar?* Disponible en: http://www.cnrr.org.co/new/interior_otros/informeDDR.pdf. Visitado el 23 de noviembre de 2009.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal. Parte general* (2ª ed.). Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas.
- ONU. Consejo de Seguridad (2009). *Informe del Secretario General sobre los niños y el conflicto armado en Colombia, S/2009/434*. 28 de agosto de 2009. Disponible en: <http://www.acnur.org/pais/docs/2681.pdf>. Visitada el 9 de noviembre de 2009.

- ONU (2010). Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Philip Alston – Adición – Misión a Colombia. Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/14/24/Add.2, 31 de marzo de 2010.
- República de Colombia. Ministerio de Defensa (2007). *Política de consolidación de la Seguridad Democrática*. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia. Disponible en: http://www.mindefensa.gov.co/irj/go/km/docs/Mindefensa/Documentos/descargas/Documentos_Home/Politica_de_Consolidacion_de_la_Seguridad_Democratica.pdf. Consultada el 7 de abril de 2011.
- República de Colombia. Ministerio de Defensa. Dirección de Estudios Sectoriales, Grupo de información y Estadística (febrero de 2011). *Logros de la Política Integral de Defensa y Seguridad para la Prosperidad*. Bogotá. Disponible en: http://www.mindefensa.gov.co/irj/go/km/docs/Mindefensa/Documentos/descargas/estudios%20sectoriales/info_estadistica/Logros_Politica_IDSP_Feb_2011.pdf. Consultada el 7 de abril de 2011.
- Schabas, W.A. (2005). Crimes against Humanity. En D. L. Shelton (Ed.), *Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity*, I (pp. 209-216). Detroit: Thomson Gale.
- Scheffer, D. J. (1998). *Developments at Rome Treaty Conference*. 23 de julio de 1998. Disponible en: http://www.state.gov/www/policy_remarks/1998/980723_scheffer_icc.html. Visitado el 19 de octubre de 2009.
- Velásquez Velásquez, F. (1997). *Derecho Penal. Parte general* (3ª ed.). Santa Fe de Bogotá: Temis .
- Villarraga Sarmiento, Á. (Comp. y Ed.). (2009). *Diálogo, negociación y ruptura con las FARC-EP y con el ELN*. Biblioteca de la Paz 1998-2002. Bogotá: Fundación Cultura Democrática.
- Zimmermann, A. et al. (2008). Article 8. En O. Triffterer (Ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (2ª ed., pp. 275-503). München: C.H. Beck, Baden-Baden: Nomos, Oxford: Hart.

Artículos de revista

- Ávila Martínez, A. F. (2010). La guerra contra las FARC y la guerra de las FARC. *Revista Arcanos*, 13(15), 7. Disponible en: http://www.nuevoarcoiris.org.co/sac/files/arcanos/arcanos15_abril_2010_files/arcanos1.pdf. Consultada el 7 de abril de 2011.

- CODHES (2009). CODHES Informa. *Boletín Informativo de la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento*, 75, 22 de abril de 2009. Disponible en: <https://www.codhes.org>. Visitada el 9 de noviembre de 2009.
- Eser, A. (2003). Auf dem Weg zu einem internationalen Strafgerichtshof. *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins*, 139, 2-42.
- Faulkner, F.(2001). Kindergarten Killers: Morality, Murder and the Child Soldier Problem. *Third World Quarterly*, 22(4), 491-504.
- Mann, H. (1987). International Law and the Child Soldier. *The International and Comparative Law Quarterly*, 36(1), 32-57.
- Marler, M. K. (1999). The International Criminal Court: Assessing the Jurisdictional Loopholes in the Rome Statute. *Duke Law Journal*, 49(3), 825-853.
- McAuliffe de Guzmán, M. (2000). The Road from Rome: The Developing Law of Crimes against Humanity. *Human Rights Quarterly*, 22(2), 335-403.
- Robinson, D. (1999). Defining 'Crimes Against Humanity' at the Rome Conference. *The American Journal of International Law*, 93 (1), 43-57.

Tratados y otros instrumentos internacionales

- Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, 10 de diciembre de 1984, 1465 UNTS 85. Entrada en vigor: 26 de junio de 1987.
- Convenios de Ginebra*, 12 de agosto de 1949, 75 UNTS 31, 85, 135, 287. Entrada en vigor: 21 de diciembre de 1950.
- Convención Europea para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales*, 4 de noviembre de 1950, CETS n° 005. Entrada en vigor 3 de septiembre de 1953.
- Convención sobre los Derechos del Niño*, 20 de noviembre de 1989, 1577 UNTS 3. Entrada en vigor 2 de septiembre de 1990.
- Estatuto de la Corte Penal Internacional*, 17 de julio de 1998. 2187 UNTS 3. Entrada en vigor: 1 de julio de 2002. Entrada en vigor para Colombia: 1 de noviembre de 2002.
- Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)*, 8 de junio de 1977, 1125 UNTS 609. Entrada en vigor: 7 de diciembre de 1978. Entrada en vigor para Colombia: 15 de febrero de 1996.
- Jurisprudencia internacional, resoluciones u otros documentos internacionales CEDH, *Ireland v. the United Kingdom*, 18 de enero de 1978, Series A, n° 25.

- Corte IDH, *Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 5 de julio de 2004, Serie C, n° 109.
- Corte IDH, *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C, n° 134.
- Corte IDH, *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C, n° 140
- Corte IDH, *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*, Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 1 de julio de 2006, Serie C, n° 148.
- Corte IDH, *Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 11 de mayo de 2007, Serie C, n° 163.
- TPIY, *Caso Dusko Tadić*, IT-94-1, Sala de Primera Instancia, *Judgement*, 7 de mayo de 1997.
- TPIY, *Caso Dusko Tadić*, IT-94-1, Sala de Apelaciones, *Judgement*, 15 de julio de 1999.
- TPIR, *Caso Jean-Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, Sala I, *Judgement*, 2 de septiembre de 1998.
- TPIR, *Caso Nahimana, Barayagwiza and Ngeze*, ICTR-99-52-T, Sala I, *Judgement*, 3 de diciembre de 2003.
- Resolución RC/Res.4, Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma, 10 de junio de 2010. Disponible en <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/90FF7D54-A369-4E09-900D-05E7F3429611/0/RRes4SPA17Jun1200.pdf>. Consultada el 18 de junio de 2010.
- Resolución 955 (1994) del Consejo de Seguridad, *Establecimiento de un Tribunal Internacional para Ruanda y la adopción del Estatuto del Tribunal*, S/RES/955 (1994), 49ª sesión, 8 de noviembre de 1994.
- Resolución 827 (1993) del Consejo de Seguridad, *Establecimiento del Tribunal Internacional para la persecución de personas responsables de serias violaciones del derecho humanitario internacional cometidos en el territorio de la Ex-Yugoslavia*, S/RES/827 (1993), 48ª sesión, 25 de mayo de 1993.

Normatividad y jurisprudencia nacional

- Constitución Política de Colombia de 1886.
- Constitución Política de Colombia de 1991.
- Ley 171 de 1994.
- Corte Constitucional colombiana, C-578 de 2002 (M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa), 30 de julio de 2002.