

El derecho internacional humanitario en Colombia: dar un paso más

Marcela Giraldo Muñoz y José Serralvo*

Marcela Giraldo Muñoz es magistrada de la Jurisdicción Especial para la Paz de Colombia.

José Serralvo es coordinador del Departamento Jurídico de la delegación del Comité Internacional de la Cruz Roja en Colombia.

Resumen

Desde las primeras décadas del siglo XIX, Colombia ha pasado de una guerra a otra, entre ellas, la Guerra de la Independencia, las violentas confrontaciones entre liberales y conservadores y los innumerables conflictos entre guerrilleros, paramilitares y el Estado. Estos conflictos han contribuido notablemente al desarrollo del derecho internacional humanitario (DIH). El propósito de este artículo es examinar la multitud de formas en que Colombia ha implementado las normas del DIH (y, en ocasiones, ha contribuido a su evolución) y analizar cómo los distintos conflictos hicieron que el país profundizara en asuntos tales como la protección de los menores, el significado del principio de precaución, la indemnización a las víctimas de conflictos armados y la creación de algunos mecanismos de justicia transicional relativamente avanzados.

Palabras clave: Colombia, derecho internacional humanitario, conflictos armados prolongados, clasificación de conflictos, uso de la fuerza, nexos con el conflicto, principio de precaución, reclutamiento de niños, protección de los menores, responsabilidad del Estado, indemnización a las víctimas de la guerra, personas internamente desplazadas, sistema de justicia transicional, amnistía, enjuiciamiento por crímenes de guerra, búsqueda de personas desaparecidas.

* Las opiniones expresadas en este artículo corresponden a los autores y no necesariamente reflejan la posición de la Jurisdicción Especial para la Paz de Colombia ni la del CICR. Los autores agradecen profundamente a Mónica Angarita, asesora jurídica de la delegación del CICR en Colombia, y a María Catalina Usta, asistente de la Jurisdicción Especial para la Paz, por su colaboración en la investigación.

Jamás ningún pueblo en guerra ha manifestado tal liberalidad. Estaba reservado a Colombia la gloria de dar al mundo lecciones no solo de valor y constancia, sino de humanidad, en medio de los odios y del furor que el derecho de represalias contra sus enemigos había excitado en todos los corazones.

Pedro Briceño Méndez, 28 de noviembre de 1820¹

Introducción: una tradición única en leyes de la guerra

Los expertos en derecho internacional humanitario (DIH) suelen repetir que “las raíces de las leyes modernas de la guerra se encuentran en la década de 1860”². Con frecuencia, citan el Código Lieber de 1861 –un manual militar redactado en nombre del presidente Lincoln durante la Guerra Civil de Estados Unidos– y el Convenio de Ginebra de 1863 como el origen del DIH actual³. A pesar de la naturaleza sin precedentes de los dos instrumentos, nuestro relato, tradicionalmente eurocéntrico, tiende a olvidar otras experiencias fundamentales que también contribuyeron a la elaboración de esta rama del derecho internacional público. Esto se aplica, en particular, al caso de Colombia, uno de los países que, posiblemente, más haya contribuido a la evolución y la implementación del DIH.

El primer ejemplo de esta antigua tradición se remonta a 1820, cuatro décadas antes de la tristemente célebre batalla de Solferino o de la Guerra de Secesión estadounidense. En esos años, Colombia estaba inmersa en la Guerra de la Independencia contra el reino de España, un conflicto caracterizado por los sangrientos combates que tuvieron lugar entre 1810 y 1824. Hacia 1820, las represalias se habían vuelto una práctica corriente. El país estaba devastado por la muerte, las retribuciones arbitrarias y el maltrato sistemático de las personas privadas de libertad. Fue en este contexto que Simón Bolívar, el primer presidente de Colombia, y Pablo Morillo, el representante del Imperio español, acordaron la firma del Tratado de Trujillo para regularizar la guerra entre las dos partes y poner fin a sus excesos⁴. En su preámbulo, el Tratado hace referencia a “las leyes de las naciones cultas”, así como a “los principios más liberales y filantrópicos”⁵. En solo

1 Carta de Pedro Briceño Méndez, Trujillo, 28 de noviembre de 1820, citada en Daniel Florencio O’Leary, *Memorias del General O’Leary*, Tomo XVII, Imprenta de la Gaceta Oficial, Caracas, 1881, p. 580.

2 Burrell M. Carnahan, “Lincoln, Lieber and the laws of war: The origins and limits of the principle of military necessity”, *American Journal of International Law*, vol. 92, n.º 2, 1998, p. 213.

3 V., por ejemplo, Mary Ellen O’Connell, “Historical development and legal basis”, en Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, tercera edición, Oxford University Press, Oxford, 2013, párrs. 117-118. V. también Gary D. Solis, *The Law of Armed Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge y Nueva York, 2010, p. 39.

4 Jules Basdevant, “Deux conventions peu connues sur le droit de la guerre”, *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 21, n.º 1, París, 1914, p. 17. Para una reseña histórica precisa del Tratado, incluida la forma en que anticipa el Código Lieber y la Batalla de Solferino, v. Alejandro Valencia, *La humanización de la guerra: Derecho internacional humanitario y conflicto armado en Colombia*, Ediciones Uniandes y Tercer Mundo Editores, Bogotá, 1992, pp. 25-37.

5 El texto completo del Tratado de Trujillo, firmado en 1820, se encuentra en D. F. O’Leary, nota 1 supra, pp. 575-577.

catorce artículos breves, el Tratado abarcaba la mayor parte del DIH moderno. Preveía el trato humano de los prisioneros de guerra, conforme a su grado, e incluía la obligación de canjearlos por los prisioneros de guerra de la parte adversaria “a la más posible brevedad”⁶. A diferencia del Tercer Convenio de Ginebra de 1949, el Tratado de Trujillo establecía que los espías (“aquellos que hagan el servicio de reconocer u observar, o tomar noticia de un ejército para darlas al jefe de otro”) también debían ser tratados como prisioneros de guerra⁷. A fin de garantizar que se respetaran esas normas, las partes reconocieron la necesidad de nombrar “comisarios” que tendrían acceso a los campamentos de prisioneros para examinar su situación y procurar “mejorar[la], y hacer menos penosa su existencia”⁸.

Lejos de la visión de los expertos en DIH, las decisiones de los hombres reunidos en la remota ciudad colombiana de Trujillo preanunciaban algunas de las características del sistema actual de potencias protectoras y del papel de supervisión que desempeña el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR)⁹. Del mismo modo, mucho antes de la aprobación del Convenio de Ginebra de 1863, los beligerantes de la Guerra de la Independencia de Colombia reconocieron la obligación de tratar a los heridos y los enfermos con “doble consideración y respeto” y la necesidad de prestarles “por lo menos la misma asistencia, cuidado y alivio que a los heridos y enfermos del ejército que los tenga en su poder”¹⁰. Asimismo, el Tratado de Trujillo anticipaba muchas otras normas del DIH moderno, incluidas las limitaciones a la imposición de la pena de muerte a los prisioneros de guerra¹¹, la responsabilidad de disponer de los cadáveres de manera honorable¹² y la obligación de garantizar la libertad y la seguridad a la población civil¹³. Incluso, se adelantaba a la obligación actual de respetar y garantizar el DIH¹⁴.

Un hecho notable de este compendio casi olvidado (y exhaustivo) de las leyes de la guerra es que no constituye un ejemplo aislado. A lo largo del siglo XIX, Colombia evocó una y otra vez el espíritu del Tratado de Trujillo de 1820. Por ejemplo, durante la Guerra Civil de 1860-1861 entre conservadores y liberales, las partes firmaron tres acuerdos de tregua que establecían, entre otras cosas, el canje de heridos y enfermos y de prisioneros de guerra¹⁵. Tras este conflicto, Colombia aprobó la Constitución de Rionegro de 1863, cuyo artículo 91 determinaba que “el derecho de gentes hace parte de la legislación nacional” y que “[s]us disposiciones

6 Tratado de Trujillo, arts. 2, 3, 8.

7 *Ibíd.*, art. 6.

8 *Ibíd.*, art. 9.

9 V. arts. comunes 8/8/8/9 y arts. comunes 9/9/9/10 de los Convenios de Ginebra de 1949.

10 Tratado de Trujillo, art. 4.

11 *Ibíd.*, art. 7.

12 *Ibíd.*, art. 12.

13 *Ibíd.*, art. 11.

14 *Ibíd.*, art. 13. Para más detalles sobre el alcance de esta obligación, v. Knut Dörmann y Jose Serralvo, “Common Article 1 to the Geneva Conventions and the obligation to prevent international humanitarian law violations”, *International Review of the Red Cross*, vol. 96, n.º 895-896, 2014.

15 Hernando Valencia Villa, “The law of armed conflict and its application in Colombia”, *International Review of the Red Cross*, vol. 30, n.º 274, 1990, p. 6.

regirán especialmente en los casos de guerra civil”¹⁶. Como se observa en la historia de las negociaciones, los redactores de la Constitución de Rionegro tenían una visión muy amplia en cuanto a la forma en que el derecho de gentes ponía límites a los medios y métodos de la guerra. El proyecto inicial del artículo 91 –que fue rechazado por ser excesivamente detallado– prohibía el empleo de venenos, el asesinato de prisioneros, la quema de edificios o campos, la violencia sexual contra las mujeres y el pillaje de la propiedad privada¹⁷. También prevenía la protección de las personas civiles –incluidos los niños, las mujeres, los ancianos y los extranjeros– y restringía el derecho de represalia¹⁸. Es necesario recordar que la Constitución de Rionegro se aprobó el mismo año que el Convenio de Ginebra de 1863 (que no restringía realmente la conducción de las hostilidades) y precedió en más de una década a la Declaración de Bruselas de 1874 sobre las leyes y costumbres de la guerra, que suele citarse como uno de los primeros intentos modernos de regular lo que luego se conocería como el derecho de La Haya.

Otro ejemplo de esta férrea tendencia hacia la humanización es la correspondencia entre los dos jefes que se enfrentaron en la Batalla de Garrapatas, uno de los acontecimientos decisivos de la Guerra Civil Colombiana de 1876, en la que, una vez más, se enfrentaron liberales y conservadores. El 18 de noviembre, un día antes de la batalla, el general Vélez –uno de los líderes de los rebeldes conservadores– envió una carta a su adversario que comienza con estas palabras:

Deseo saber si para usted y el ejército que comanda son sagradas las ambulancias, los heridos y los rendidos, para acomodar mi conducta, el de una batalla, a la que usted y su ejército observen¹⁹.

La respuesta del general liberal Santos Acosta no daba lugar a dudas:

Por ministerio de la Constitución [de Rionegro de 1863] y de las leyes del régimen del derecho de gentes [se estableció que] usted, en su carácter de jefe de una rebelión, y yo, en mi carácter de jefe constitucional, estamos en el deber de observar y de hacer cumplir.

Siendo una de las prescripciones de este derecho la de respetar los cuerpos sanitarios en todas las formas de su organización, nada tiene que encarecerme usted a este respecto, y en cuanto a la piedad con los prisioneros y los rendidos, espero que usted abrigue los mismos sentimientos que a mí y al ejército de mi mando animan²⁰.

16 *Ibíd.* p. 8.

17 *Constitución Política para los Estados Unidos de Colombia de 1863*, edición facsimilar de la Universidad Externado de Colombia, 1977, pp. 275-276.

18 *Ibíd.*, p. 276.

19 Iván Orozco Abad, *Combatientes, rebeldes y terroristas: guerra y derecho en Colombia*, Editorial Temis, Bogotá, 2006, p. 126.

20 *Ibíd.*

Hacia finales del siglo xx, la antigua tradición colombiana de incorporar el derecho internacional, y en especial el DIH, a su sistema jurídico interno no encontró dificultades para formar parte de la Constitución de 1991, actualmente en vigor. Hoy en día, Colombia es un sistema monista casi perfecto²¹. El artículo 93 de la Constitución de Colombia de 1991 reconoce que los tratados y acuerdos internacionales ratificados por el Congreso prevalecen en el orden interno. El artículo 214, sobre los estados de excepción, establece explícitamente que “se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario”. Por último, la Corte Constitucional de Colombia ha dictado innumerables sentencias en las que declara que las normas del DIH son obligatorias “*per se*, sin ratificación alguna previa o sin expedición de norma reglamentaria”²². Esta teoría ha permitido que los magistrados sostuvieran que las obligaciones internacionales y los derechos fundamentales forman parte del denominado “Bloque de Constitucionalidad”, conservando así una cantidad de elementos del DIH en el sistema interno, por ejemplo, respecto de la noción de responsabilidad de mando²³.

Todo lo anterior ha servido de trabajo preliminar para el desarrollo de uno de los sistemas jurídicos más avanzados del mundo en lo referente a la promoción de las leyes de la guerra. El propósito de este artículo es proporcionar un panorama general de la infinidad de formas en las que se han implementado y desarrollado las normas del DIH en la práctica contemporánea en Colombia, muchas veces, trascendiendo lo que prevén la costumbre y los tratados internacionales. En primer lugar, el artículo trata los esfuerzos realizados por Colombia para determinar la aplicabilidad del DIH, con especial referencia a la jurisprudencia que esclarece la noción de nexos con el conflicto y el estatuto de los rebeldes. En segundo lugar, el artículo se centra en algunas de las soluciones elaboradas por los poderes legislativo y judicial colombianos para garantizar el respeto de las obligaciones asociadas con las vicisitudes del campo de batalla, en especial, en lo referente a la protección de los menores y la implementación de algunas normas sobre la conducción de las hostilidades. Luego, el artículo se centra en los mecanismos que dan expresión a la responsabilidad del Estado en lo relativo a las víctimas de violaciones graves del DIH, con referencia a la difícil situación de las personas internamente desplazadas en Colombia. Por último, se analiza la experiencia del país en materia de justicia transicional, vinculándola con normas del DIH, como la obligación de enjuiciar los crímenes de guerra, la garantía de amnistía al término de las hostilidades y la obligación de buscar a las personas desaparecidas.

21 Se han propuesto dos teorías principales para dar cuenta de la interacción entre el derecho interno y el derecho internacional. El dualismo, por un lado, considera que “las normas del derecho internacional y las del derecho municipal pertenecen a dos órdenes jurídicos independientes y no pueden pretender tener efecto ni imponerse las unas sobre las otras”. La teoría monista, por el otro lado, acepta una “visión unitaria del derecho en su totalidad” y rechaza la división estricta entre el sistema jurídico interno de un Estado y el régimen jurídico internacional. V. Malcolm N. Shaw, *International Law*, séptima edición, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 93-94.

22 Corte Constitucional de Colombia, *sentencia C-574*, 1992.

23 Rodrigo Uprimny Yepes, “El bloque de constitucionalidad en Colombia: un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal”, *Dejusticia*, 12 de diciembre de 2005.

Aplicabilidad del DIH y nexos con el conflicto

La condición previa lógica para la implementación, el respeto y el desarrollo del DIH es reconocer su aplicabilidad. Como muchos otros países que atraviesan situaciones de violencia prolongada, Colombia ha simpatizado ocasionalmente con la idea de negar la existencia de un conflicto armado, cuestionando así la relevancia de las leyes de la guerra²⁴. Sin embargo, la norma general ha sido la contraria. Todos los poderes del Gobierno han reconocido siempre la validez del DIH, sea en la legislación, los manuales militares, los decretos ministeriales o las resoluciones judiciales.

En el momento de redacción de este artículo, el CICR reconoce cinco conflictos no internacionales (CANI) en Colombia. Todos, salvo uno, tienen lugar entre el Gobierno colombiano y los siguientes grupos armados organizados: el Ejército de Liberación Nacional (ELN), el Ejército Popular de Liberación (EPL), las Autodefensas Gaitanistas de Colombia y algunas estructuras armadas de las antiguas Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – Ejército del Pueblo (FARC-EP) que no se sumaron al proceso de paz de 2016²⁵. El quinto CANI es entre dos grupos armados, el ELN y el EPL, que combaten entre sí en la región de Catatumbo, en el límite con Venezuela. Antes de caracterizar estos enfrentamientos como conflictos armados, el CICR evaluó los dos requisitos “convencionales” establecidos en la jurisprudencia de los tribunales internacionales, es decir, la intensidad de la violencia y la organización de las partes²⁶. Esos mismos criterios son los que tiene en consideración la rama ejecutiva del Gobierno colombiano. La Directiva Ministerial 015, publicada en 2016 por el Ministerio de Defensa, comienza recordando los elementos indicativos de un CANI según la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia (TPIY) y continúa aclarando que el DIH no se aplica en situaciones que se sitúan por debajo de ese umbral, como las tensiones o los disturbios internos²⁷. Más aún, en un continente en el que algunos Estados han cuestionado la existencia de un conflicto armado basándose en la ausencia de motivaciones políticas de los grupos con los que se enfrentan, el Poder Ejecutivo del Gobierno colombiano ha adherido sin reservas a la opinión más aceptada en esta materia, según la cual “la cuestión de si una situación de violencia constituye un conflicto armado no internacional debe determinarse solo

24 V., por ejemplo, Fernando Travesí y Henry Rivera, “Delito político, amnistías e indultos”, *ICTJ Análisis*, marzo de 2016, p. 1. V. también Rodrigo Uprimny Yepes, “¿Existe o no conflicto armado en Colombia?”, *Dejusticia*, julio de 2005.

25 CICR, *Retos humanitarios 2018*, Ginebra, marzo de 2018, pp. 1, 7.

26 CICR, *Comentario del Convenio de Ginebra I: Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corre los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña*, Ginebra, 2019 (Comentario del CICR del CG I), párr. 421. El comentario del CICR, a su vez, incorpora jurisprudencia de tribunales internacionales; v., por ejemplo, TPIY, *The Prosecutor v. Duško Tadić*, caso n.º IT-94-1-T, fallo (Sala de Instrucción), 7 de mayo de 1997, párr. 562.

27 República de Colombia, Ministerio de Defensa, *Directiva 015 para expedir los lineamientos del Ministerio de Defensa Nacional para caracterizar y enfrentar a los grupos armados organizados*, 22 de abril de 2016, pp. 5-7.

sobre la base de los criterios de intensidad y organización”²⁸. De hecho, la Directiva 015 determina que “[l]a finalidad o el móvil con que actúe un grupo [armado] no serán relevantes para la aplicación del uso de la fuerza letal en el marco del DIH”²⁹.

Si un grupo armado no cumple con las características definidas en la Directiva 015 para desencadenar la aplicación del DIH, el Gobierno lo tratará de acuerdo con la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Internacional³⁰. Una segunda Directiva Ministerial detalla el procedimiento para determinar la aplicabilidad del DIH³¹. La Directiva 016 asigna al Centro Integrado de Inteligencia contra los grupos delictivos organizados y grupos armados organizados –integrado por las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional– la tarea de “recibir, combinar y evaluar la información sobre los [grupos armados]” y hacer propuestas respecto de la pertinencia de emplear el marco del DIH³². Luego, esa propuesta es validada por la Junta de Inteligencia Conjunta, que, a su vez, la remite al Consejo de Seguridad Nacional. Este último tiene la última palabra en lo referente a la aplicación de las leyes de la guerra³³.

A pesar de que existen criterios pormenorizados y una metodología consolidada, el hecho de que Colombia esté afectada por un sinnúmero de situaciones de violencia –algunas de las cuales no alcanzan los niveles mínimos de intensidad o de organización antes mencionados–, con frecuencia, ha generado confusión acerca del marco jurídico aplicable. En un contexto en el que las partes en un CANI coexisten con muchos otros actores armados, por ejemplo, las pandillas urbanas, puede ser complicado determinar si un acto en particular está efectivamente vinculado con el conflicto y, por lo tanto, queda comprendido dentro del DIH. En este contexto, la determinación del nexa con el conflicto ha ido adquiriendo mayor importancia en los últimos años.

La noción de nexa con el conflicto

Si bien se aplica a todo el territorio de un país en el que tienen lugar varios CANI, el DIH rige solo para los actos efectivamente vinculados con el conflicto³⁴. En particular, y como ha señalado el TPIY, un acto específico solo estará regido por el DIH si está “estrechamente relacionado con las hostilidades que tengan lugar

28 Comentario del CICR del CG I, nota 26 *supra*, párr. 451. Para una visión diferente sobre esta cuestión, v. Hans-Peter Gasser, “International humanitarian law: An introduction”, en Hans Haug (ed.), *Humanity for All: The International Red Cross and Red Crescent Movement*, Instituto Henry-Dunant, Ginebra, 1993, p. 555.

29 República de Colombia, Ministerio de Defensa, nota 27 *supra*, p. 7.

30 *Ibid.*

31 República de Colombia, Ministerio de Defensa, *Directiva 016 sobre instancias de coordinación Directiva 015 de 2016*, 17 de mayo de 2016.

32 *Ibid.*, pp. 2-4.

33 *Ibid.*, pp. 4-5.

34 Comentario del CICR del CG I, nota 26 *supra*, párr. 460.

en otras partes de los territorios controlados por las partes en el conflicto”³⁵. Esto es lo que normalmente se conoce como el nexo con el conflicto. La mayoría de las reflexiones con las que se ha tratado de echar luz sobre esta noción se hizo sobre la aplicación del DIH a la conducción de las hostilidades³⁶. La Corte Constitucional de Colombia ha analizado esta cuestión desde una perspectiva totalmente diferente, en concreto, desde la necesidad de indemnizar a las víctimas de la guerra.

El DIH consuetudinario prevé que “el Estado responsable de violaciones del derecho internacional humanitario está obligado a reparar íntegramente la pérdida o la lesión causada”³⁷. A fin de hacer efectiva a esta norma, Colombia promulgó la Ley 1448 de asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno, conocida como Ley de víctimas. En virtud de esta ley –a la cual se volverá a hacer referencia más abajo–, el Estado considerará víctimas a aquellas “personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño [...] como consecuencia de infracciones al derecho internacional humanitario [...] ocurridas con ocasión del conflicto armado interno”³⁸. La existencia de una vinculación con el conflicto pasó a ser un requisito para recibir la indemnización del Estado. A la vez, esto originó una serie de debates jurídicos. En un país con miles de personas desaparecidas y millones de víctimas de desplazamiento forzado, la ardua tarea de determinar si algunas conductas ocurrieron (o no) “con ocasión del conflicto armado interno”, con el tiempo, quedó en manos de la justicia. Así, la Corte Constitucional de Colombia se vio obligada a ocuparse de la cuestión del nexo con el conflicto. Esta cuestión, a su vez, tuvo repercusiones en el ámbito de aplicación del DIH y, por lo tanto, en la clasificación jurídica del conflicto.

La jurisprudencia anterior a la Ley de víctimas consideraba –en concordancia con el TPIY– que “[n]o es necesario que el conflicto armado haya sido la causa de la comisión del crimen que se acusa, pero sí debe haber jugado un rol sustancial en la capacidad del perpetrador para cometerlo”³⁹. A fin de esclarecer el alcance de la aplicación del DIH, la Corte Constitucional de Colombia también recurrió a un conjunto de criterios establecidos en años anteriores por tribunales internacionales –por ejemplo, la calidad de “combatiente” del perpetrador, la calidad de “no combatiente” de la víctima, el hecho de que la víctima fuera miembro del bando opuesto o el hecho de que el acto fuera cometido como parte o en el contexto

35 TPIY, *The Prosecutor v. Duško Tadić*, caso n.º IT-94-1-T, resolución sobre la moción presentada por la defensa relativa a una apelación interlocutoria sobre la competencia, 1995, párr. 70. Esta también ha sido la interpretación de la Corte Penal Internacional (CPI). V. CPI, *The Prosecutor v. Germain Katanga*, caso n.º ICC-01/04-01/07, fallo en primera instancia, 2014, párr. 1176; CPI, *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, caso n.º ICC-01/05-01/08, fallo en primera instancia, 2016, párrs. 142-144.

36 V. Comentario del CICR del CG I, nota 26 *supra*, párrs. 460-463.

37 V. Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck (eds.), *El derecho internacional humanitario consuetudinario, Volumen 1: Normas*, Comité Internacional de la Cruz Roja, 2007 (Estudio del CICR sobre derecho consuetudinario), pp. 606-621.

38 Ley 1448 de 2011, “Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno” (Ley de víctimas), art. 3.

39 Corte Constitucional de Colombia, *sentencia C-291*, 25 de abril de 2007. V. también TPIY, *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač and Zoran Vuković*, caso n.º IT-96-23, IT-96-23/1-A, Sala de Apelaciones, 12 de junio de 2002, párrs. 58-59.

de los deberes oficiales del perpetrador⁴⁰. Con el tiempo, sin embargo, la Corte debió reconocer que también había zonas grises en las que no era sencillo dilucidar si la causa del daño estaba vinculada con el conflicto armado o si, simplemente, era consecuencia de actos de delincuencia común⁴¹. Para sortear estos obstáculos, la Corte consideró que, en caso de duda, la resolución siempre debía favorecer a las víctimas, lo que, en este caso, implica reconocer una vinculación con el conflicto⁴². También sostuvo que la noción de nexos con el conflicto debía interpretarse de la manera más amplia posible, en especial, en situaciones en las que la aplicación del DIH tendría como consecuencia una mayor protección⁴³. En uno de sus casos más recientes sobre esta cuestión, la justicia colombiana reiteró sus resoluciones anteriores y planteó las consideraciones que se enumeran a continuación:

1. En primer lugar, la noción de conflicto armado debe entenderse a partir de una concepción amplia, es decir, en contraposición a una noción estrecha o restrictiva de dicho fenómeno, pues esta última vulnera los derechos de las víctimas.
2. Las autoridades deben observar criterios objetivos para determinar el nexos con el conflicto y recurrir a esos criterios para decidir si un hecho se halla excluido del ámbito del conflicto y ha de atribuirse a la violencia común.
3. En el caso de zonas grises, es indispensable llevar a cabo una valoración de cada caso concreto y de su contexto para establecer si existe “una relación cercana y suficiente” con la confrontación interna.
4. Por último, las autoridades deben aplicar la definición de “nexos con el conflicto” que mejor proteja los derechos de las víctimas⁴⁴.

Los anteriores son solo algunos ejemplos de la manera en la que Colombia ha considerado la aplicabilidad del DIH y esclarecido la noción de nexos con el conflicto, contribuyendo así a los continuos debates jurídicos sobre las leyes de la guerra. No obstante, como se verá más adelante, el tema del nexos con el conflicto es objeto de revisión por la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) de Colombia. Antes de avanzar, sin embargo, merece la pena detenerse en la historia sin precedentes de la criminalización de los actos de rebelión en el país.

El estatuto de “rebelde” y sus consecuencias jurídicas

De conformidad con el DIH aplicable a los conflictos armados internacionales, son combatientes aquellos que tienen “derecho a participar directamente en las hostilidades”⁴⁵. Básicamente, esto significa que los combatientes no deben ser

40 Corte Constitucional de Colombia, *sentencia C-291*, 25 de abril de 2007; TPIY, *Kunarac*, nota 39 *supra*.

41 Corte Constitucional de Colombia, *sentencia C-253A*, 29 de marzo de 2012.

42 *Ibid.*

43 Corte Constitucional de Colombia, *sentencia C-781*, 10 de octubre 2012.

44 Corte Constitucional de Colombia, *sentencia T-478*, 24 de julio de 2017.

45 V. PA I a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 1125 UNTS 3, 8 de junio de 1977 (en vigor desde el 21 de octubre de 1950) (PA I), art. 43(2).

castigados por el mero hecho de combatir, siempre que actúen dentro de los límites que imponen las leyes de la guerra, incluidas las normas relativas a los medios y métodos del combate y el respeto de las personas privadas de libertad⁴⁶. Dicho de otro modo, si respetan esas normas, los combatientes “pueden atacar y ser atacados; matar y morir”⁴⁷. Sin embargo, los Estados siempre han rechazado la aplicación de este “privilegio de los combatientes” en los conflictos internos⁴⁸. Esta postura se debe al temor de los Estados a restringir su propia capacidad de sancionar a los rebeldes de conformidad con su legislación nacional por actos beligerantes⁴⁹. También pretenden evitar que se “interprete que sus fuerzas armadas son objetivos legítimos en una guerra civil”⁵⁰. Los Estados sostienen que aplicar el privilegio de los combatientes a un CANI equivaldría a aceptar que los miembros de un grupo armado organizado no deben ser castigados por matar a un soldado de las fuerzas armadas nacionales o por atacar una base militar. Por extraño que parezca, durante décadas esta fue la posición del Estado colombiano.

Analizar en profundidad el delito de rebelión en la legislación colombiana trasciende el alcance de este artículo⁵¹. Aquí, simplemente se ilustrará, mediante algunos ejemplos, cómo se usó la legislación penal colombiana para hacer efectivo el derecho de gentes –y luego el DIH– en el contexto de una guerra civil, y de manera muy *sui generis*.

Como se ha expresado en la introducción, el siglo XIX en Colombia se caracterizó por sus innumerables conflictos y enfrentamientos. Cuando el país promulgó el Código Penal de 1890, no cabían dudas de que la rebelión, o el acto de “levant[arse] en armas contra el Gobierno, sea simplemente para derrocarlo, sea para cambiar la Constitución” debía considerarse delito de rebelión⁵². Este delito no era sino la consecuencia lógica de la historia de Colombia. Lo inesperado es el hecho de que la misma ley considerara que, como parte del acto de rebelión, los rebeldes, de alguna manera, podían hacerse de armas y municiones, reclutar hombres al servicio de las armas, ejercer las funciones atribuidas a las autoridades, recaudar impuestos y luchar contra las autoridades constitucionalmente elegidas⁵³. Dicho de otro modo, luchar contra el Gobierno estaba considerado un delito, pero las conductas vinculadas con la rebelión no se tipificaban como delitos independientes. Por el contrario, eran juzgadas, simplemente, como parte del delito de rebelión y no implicaban sanciones adicionales.

El Código Penal de 1936 avanzó aún más al considerar que “los rebeldes no están sujetos a responsabilidad por las muertes o lesiones ingeridas en el acto de un combate”, aunque –en sintonía con las leyes de la guerra de la época– prohibía explícitamente los homicidios cometidos fuera de la refriega, el incendio,

46 Knut Ipsen, “Combatants and non-combatants”, en D. Fleck (ed.), nota 3 *supra*, párrs. 301-302.

47 G. Solis, nota 3 *supra*, p. 188.

48 Dieter Fleck, “The law of non-international armed conflict”, en D. Fleck (ed.), nota 3 *supra*, párr. 1202.

49 *Ibid.*

50 *Ibid.*

51 Para una reseña histórica más detallada de este tema, v. I. Orozco Abad, nota 19 *supra*, pp. 99-192.

52 V. Ley 19 de 1890, por la cual se expide el Código Penal, art. 169.

53 *Ibid.*, art. 177.

el saqueo, el envenenamiento de fuentes o depósitos de agua, y “en general, los actos de ferocidad o barbarie”⁵⁴. Esto significa que los actos violatorios del DIH eran juzgados de forma independiente. Una disposición similar se incorporó en el Código Penal de 1980⁵⁵, y, de hecho, este último instrumento fue más allá, pues en lugar de hacer referencia a “las muertes o lesiones ingeridas en el acto de un combate”, como aparecía en el Código de 1936, excluía el juicio penal de los actos vinculados con el combate. En general, los tribunales admitían que los actos que tenían lugar fuera del combate quedaban contemplados en la siguiente excepción: “... toda vez que tengan vinculación directa con las hostilidades”⁵⁶. A la vez, el Código Penal de 1980 excluía de esta excepción no solo los actos de ferocidad o barbarie, sino también los actos de terrorismo⁵⁷.

Todo lo anterior tuvo dos consecuencias principales. Por un lado, dio origen a una suerte de “privilegio del combatiente” para los CANI. Si un miembro de un grupo armado organizado actuaba respetando las leyes de la guerra, podía ser juzgado por el acto de rebelión, pero las otras conductas –desde el asesinato de un soldado hasta la destrucción de objetivos militares legítimos– quedarían incluidas en la rebelión. Más aún, los castigos impuestos al delito de rebelión a menudo eran muy poco rigurosos⁵⁸. Por otra parte, esas disposiciones originaron una jurisprudencia sin precedentes vinculada con el enjuiciamiento por crímenes de guerra. Mucho antes que otros Estados comenzaran a criminalizar las violaciones graves del DIH como parte de su adhesión al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, los magistrados colombianos adquirieron una enorme experiencia en la sanción de quienes cometían infracciones a las leyes de la guerra⁵⁹. A esta jurisprudencia contribuyeron las interpretaciones de lo que debía entenderse por actos de ferocidad o barbarie. De acuerdo con la Suprema Corte de Colombia:

Son actos de ferocidad y barbarie los que reprueba el derecho internacional humanitario o derecho de gentes, precisamente por evidenciar la crueldad innecesaria en los procedimientos y en los medios utilizados, o por comportar hostilidad, padecimientos, atemorización y exposición a daños también innecesarios a los niños, mujeres, personas débiles y en general a la población civil⁶⁰.

En algunas instancias, los magistrados fueron mucho más específicos. Por ejemplo, en febrero de 1992, un miembro de un grupo armado organizado

54 V. Ley 95 de 1936, por la cual se expide el Código Penal, arts. 140-142.

55 V. Decreto-Ley 100 de 1980, por el cual se expide el Código Penal, art. 127.

56 Citado en I. Orozco Abad, nota 19 *supra*, p. 177. Está claro que el debate sobre la “conexidad” entre el acto y la rebelión está estrechamente ligado al debate del nexo con el conflicto. Dejando de lado la cuestión de la indemnización a las víctimas de la guerra, gran parte de este debate tuvo lugar cuando se trató el tema de la amnistía y se analizará en profundidad más adelante, en el apartado sobre justicia transicional.

57 V. la última oración del art. 127 del Decreto-Ley 100 de 1980 por el que se expide el Código Penal.

58 Alejandro Aponte Cardona, “Civiles y conflicto armado en la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 19, 2007, p. 90.

59 *Ibid.*, pp. 91-97.

60 Corte Suprema de Justicia de Colombia, *sentencia 12.051*, 25 de septiembre de 1996.

colocó una bomba en la ciudad de San Vicente de Chucurí. Si bien el artefacto detonó cuando pasaba un convoy militar, afectó a los civiles de la zona. Además de matar a un soldado y herir a un capitán de las fuerzas armadas, la explosión también provocó la muerte de dos estudiantes y afectó a varios civiles. La bomba contenía cabezas de clavos, tornillos y otros elementos metálicos. Según el juez a cargo del caso, el acto no podía considerarse como parte de una rebelión, porque “los tornillos y otros elementos de hierro contenidos en la bomba para aumentar su poder destructivo [...] estuvieron destinados a agravar las heridas y aumentar los padecimientos de las víctimas afectadas con la explosión, lo cual torna bárbaro el acto”⁶¹.

Esta larga tradición de incorporar algunos delitos internos como parte del acto de rebelión concluyó en 1997, cuando la Corte Constitucional dictaminó que las excepciones del Código Penal equivalían a una “cláusula de impunidad general” o a una “amnistía general indiscriminada”⁶². No obstante, para ese entonces, el DIH formaba parte del sistema jurídico colombiano en su conjunto, desde la Constitución hasta las sentencias de los jueces locales. Cuando, en 2016, se solicitó a la JEP que investigara los presuntos crímenes de guerra del CANI entre el Gobierno de Colombia y las FARC-EP, tanto su cometido como su conocimiento del derecho internacional estaban fuertemente arraigados en terreno fértil.

Acotar las consecuencias de la guerra

Durante décadas, Colombia ha procurado proteger a quienes no participan en las hostilidades –la población civil–, así como a aquellos que ya no participan en el combate, principalmente, las personas detenidas y los heridos y los enfermos. Uno de los instrumentos empleados para conseguir este objetivo es la criminalización de algunas conductas. El Código Penal actual de Colombia contiene un título completo sobre delitos contra “personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario”⁶³. Entre otras cosas, penaliza el asesinato o la violencia sexual contra personas protegidas, la tortura a personas privadas de libertad en el contexto de un conflicto armado, la perfidia, el uso de medios y métodos de guerra ilícitos, el pillaje de los cadáveres en el campo de batalla y la omisión de asistencia humanitaria⁶⁴. Junto con la naturaleza preventiva de las sanciones penales, la justicia colombiana ha analizado en profundidad *ex post facto* la conducta de las partes beligerantes y, con frecuencia, ha atribuido responsabilidad a una de ellas en casos de violaciones del DIH. Asimismo, ha dictado innumerables resoluciones solicitando al Estado que tomara medidas correctivas, tanto para prevenir futuros incumplimientos de las leyes de la guerra como para indemnizar a las víctimas de algunas operaciones militares. El Consejo de Estado –el tribunal supremo en lo contencioso

61 Corte Suprema de Justicia de Colombia, *sentencia 12.661*, 27 de mayo de 1999. Para conocer más jurisprudencia sobre la definición de “actos de ferocidad o barbarie”, v. Alejandro Aponte Cardona, *Derecho penal internacional: Textos escogidos*, Pontificia Universidad Javeriana, 2014, pp. 256-259.

62 A. Aponte Cardona, nota 58 *supra*, pp. 93-94.

63 Ley 599 de 24 de julio de 2000 por la cual se expide el Código Penal, título II.

64 *Ibíd.*

administrativo de Colombia– ha tenido un papel particularmente activo en este aspecto y ha condenado al Estado en numerosas ocasiones por actos como el uso de minas terrestres antipersonal, el asesinato de “no combatientes”, el incumplimiento de las garantías judiciales, la ejecución de masacres, el desplazamiento forzado, los ataques al personal sanitario y la destrucción de bienes de carácter civil⁶⁵. El estudio de los detalles de algunas de estas cuestiones merecería un artículo aparte, pero, a modo ilustrativo, se describen aquí dos cuestiones de interés particular: la implementación del principio de precaución en lo referente a la ubicación de comisarías y la obligación de brindar protección a los menores.

Las comisarías y el principio de precaución

El DIH obliga a las parte en los conflictos armados a tomar todas las precauciones posibles “para evitar, o reducir en todo caso a un mínimo, el número de muertos y heridos entre la población civil, así como los daños a bienes de carácter civil”⁶⁶. Esto forma parte del principio que se conoce como de precaución en el ataque, que requiere que las facciones beligerantes, entre otras cosas, suspendan un ataque si el objetivo no es un objetivo militar y hagan una advertencia previa a cualquier ataque que pueda afectar a la población civil, a menos que las circunstancias no lo permitan⁶⁷. Un segundo elemento de este principio implica que los que participan en las hostilidades “deben tomar todas las precauciones factibles para proteger de los efectos de los ataques a la población civil y los bienes de carácter civil que estén bajo su control” y, “en la medida de lo factible [...] evita[r] situar objetivos militares en el interior o cerca de zonas densamente pobladas”⁶⁸. Esto último se aplica en Colombia a la ubicación de comisarías.

La Corte Constitucional de Colombia sostiene que la Policía Nacional es de carácter híbrido⁶⁹. Por una parte, es un órgano civil encargado de hacer cumplir la ley. Por otra parte, “presta funciones de contrainsurgencia, y ello lo ubica dentro de la categoría de población combatiente”⁷⁰. Según la Corte, la proximidad a una comisaría en zonas pacíficas del país puede considerarse una salvaguardia adicional para la población civil. Sin embargo, en regiones más volátiles, la cercanía a una comisaría “se traduce en un aumento ostensible del riesgo al que está expuesta la población civil”⁷¹. De hecho, y en parte como consecuencia de las “funciones de contrainsurgencia” que presta la Policía Nacional, los grupos armados organizados

65 Para una descripción detallada de esta jurisprudencia, v. Consejo de Estado de Colombia, “Graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario”, en *Jurisprudencia básica del Consejo de Estado desde 1916*, tercera sección, 2017, pp. 308-498.

66 Estudio del CICR sobre derecho consuetudinario, nota 37 *supra*, p. 59.

67 *Ibid.* pp. 69, 71.

68 *Ibid.* pp. 77-83.

69 Corte Constitucional de Colombia, *sentencia T-1206*, 16 de noviembre de 2001.

70 *Ibid.*

71 *Ibid.*

solían atacar, por ejemplo, las comisarías⁷². Y como, tradicionalmente, estas han estado ubicadas en el centro de zonas urbanas –a veces, cerca de escuelas, iglesias y casas particulares–, las hostilidades implicaban un riesgo debido al lanzamiento de artefactos explosivos improvisados de escasa precisión y al peligro de las balas perdidas. A fin de mitigar esos riesgos, y basándose en las normas sobre la conducción de las hostilidades, la Corte Constitucional solicitó al Gobierno que “cuestionara los esquemas tradicionales de planeación [urbana], diseñados para situaciones en las cuales la magnitud de la violencia puede ser contrarrestada mediante la sola actividad de la policía” y, en algunos casos, reubicara las comisarías en lugares alejados de los centros urbanos⁷³. La Corte concluyó que “la población civil debe estar expuesta al mínimo riesgo posible no sólo frente a las operaciones ‘militares’ en sentido estricto, sino de toda la actividad prestada por las fuerzas armadas del Estado”⁷⁴. Por su parte, el Consejo de Estado consolidó esta posición con el desarrollo de la teoría del “riesgo excepcional”, según la cual:

[La ubicación de las estaciones de policía puede dar lugar a la responsabilidad del Estado] por cuanto los agentes del Estado participan y propician la causación del daño, es decir, en desarrollo de la actividad legítima de “defensa [...] del orden constitucional”, al exponer a la comunidad a una situación de peligro [...]. Así las cosas, el riesgo que se genera por la presencia de un establecimiento representativo del Estado en medio de un conflicto armado, y su concreción en la causación de un daño a una persona ajena a los grupos enfrentados, independientemente de quien haya ocasionado el daño, es la razón de la responsabilidad estatal⁷⁵.

Evitar que los menores sufran las consecuencias del conflicto

Otro aspecto en el que el régimen jurídico colombiano ha fortalecido las salvaguardias previstas en el derecho internacional es la protección de los menores. El DIH consuetudinario prohíbe el reclutamiento de niños soldado, prohibición que también es una norma del derecho convencional. Por ejemplo, el artículo 4(3) (c) del Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra establece que “los niños menores de quince años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades”⁷⁶. El derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) amplía esta prohibición. El Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, ratificado por Colombia en 2005, prevé que “[l]os Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para que ningún miembro de sus

72 V., por ejemplo, “Hostigamientos de las Farc a la estación de Policía de Jambaló”, *El País*, 27 de julio de 2012; “Atacaron con ‘tatuco’ la estación de Policía de Toribío”, *W Radio*, 8 de agosto de 2018; “Diez policías resistieron ataques del ELN contra la estación de Los Ángeles”, *RCN*, 22 de diciembre de 2016.

73 Corte Constitucional de Colombia, *sentencia T-1206*, 16 de noviembre de 2001.

74 *Ibíd.*

75 Consejo de Estado de Colombia, *sentencia n.º 28711*, 27 de septiembre de 2013.

76 V. también PAI, art. 77(2), aplicable en conflictos armados internacionales.

fuerzas armadas menor de 18 años participe directamente en hostilidades” y que “[l]os grupos armados distintos de las fuerzas armadas de un Estado no deben en ninguna circunstancia reclutar o utilizar en hostilidades a menores de 18 años”⁷⁷. En definitiva, el derecho internacional prohíbe estrictamente que los niños menores de 15 años participen en los conflictos. Sin embargo, hasta el DIDH, que confiere mayor protección, permite que el Estado reclute a jóvenes voluntarios de entre 15 y 18 años, si bien recomienda que no participen directamente en las hostilidades.

En 1993, Colombia prohibió terminantemente el reclutamiento de menores de 18 años en las fuerzas armadas nacionales⁷⁸. Simultáneamente, el Parlamento criminalizó no solo el reclutamiento en sí, sino también el hecho de obligar a menores a participar en manera alguna en las hostilidades. El artículo 162 del Código Penal de 2000 considera que comete el delito de reclutamiento ilícito [e]l que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, reclute menores de dieciocho (18) años o los obligue a *participar directa o indirectamente* en las hostilidades o en acciones armadas”⁷⁹.

Una vez más, la disposición mencionada anteriormente ha sido interpretada de manera muy amplia por la Corte Constitucional de Colombia. Curiosamente, esta interpretación amplia se realizó con pleno conocimiento del hecho de que las normas nacionales sobre la materia conferían, de hecho, mayor protección que el derecho internacional equivalente, como ocurre en otros ámbitos. En una resolución histórica sobre la utilización de menores por parte de grupos armados organizados, el tribunal supremo del país dio a conocer las siguientes opiniones:

[El reclutamiento de los menores queda prohibido] con independencia de las tareas que realicen en ellos, toda vez que la participación o utilización directa o indirecta de los menores en el conflicto, se subsume en el concepto de admisión o ingreso de los menores a los grupos armados irregulares, en que el ingreso significa la participación en las actividades del grupo, sin que se especifique si se hace en calidad de combatiente o no, lo que amplía aún más la protección que el derecho internacional plantea para los niños o niñas, ya que cualquier menor que forme parte de los grupos armados, independientemente del tipo de actividades que realice en ellos, esto es que actúe directamente en las hostilidades o sirva de correo, mensajero, cocinero, etc., queda protegido por esta disposición⁸⁰.

Un abordaje similar se observa en la legislación que rige para las actividades de inteligencia, que excluye a los menores de las obligaciones que regula⁸¹, así como en el Código de la Infancia y la Adolescencia, en virtud del cual el Estado es responsable de la protección de los menores contra las consecuencias de la guerra y

77 V. Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, doc. ONU A/RES/54/263, 25 de mayo de 2000, arts. 1, 4(1).

78 V. Ley 48 de 1993, art. 10, sobre el servicio militar obligatorio.

79 Ley 599 de 2000, art. 162 (énfasis añadido).

80 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-240, 1 de abril de 2009, párr. 7.3.4.

81 Ley 1621 de 2013, art. 60, que establece el marco normativo para las actividades de inteligencia y contrainteligencia ejecutadas por las fuerzas armadas.

los conflictos armados, el reclutamiento y la utilización de los niños por parte de los grupos armados organizados e incluso contra el flagelo de las minas antipersonal⁸².

No obstante, como en cualquier otro conflicto armado, y a pesar de la existencia de instrumentos jurídicos para garantizar el respeto del DIH en el campo de batalla, las violaciones no han cesado. Afortunadamente, Colombia también ha adoptado muchas medidas para proteger los derechos de las víctimas.

Indemnizar a las víctimas de la guerra

Como ya se ha mencionado, en 2011, Colombia promulgó una ley conocida como Ley de víctimas, que tiene como finalidad brindar ayuda humanitaria, atención, asistencia y reparación a todo el que hubiera visto violados sus derechos en el contexto del conflicto armado⁸³. Esta ley hizo efectivos –y en ocasiones esclareció– muchos de los conceptos expresados en los Principios y Directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. En los Principios y Directrices, se considera que para que las víctimas obtengan reparaciones efectivas por el daño que han sufrido, el Estado debe no solo devolverlas a la situación anterior a la violación⁸⁴, sino también darles indemnización, satisfacción y garantías de no repetición⁸⁵. En la misma línea, la Ley de víctimas de Colombia contiene una larga lista de medidas en favor de las víctimas del conflicto, incluidos el derecho de recibir ayuda humanitaria “de acuerdo a las necesidades inmediatas”,⁸⁶ el derecho a la educación⁸⁷ y el derecho a la cobertura de asistencia en salud⁸⁸, entre muchos otros. Ahora bien, el aspecto más revolucionario de esta ley es la forma en que aborda la cuestión de las personas internamente desplazadas (PID).

Cambiar la situación de las personas que abandonan sus hogares

El DIH contiene un conjunto de disposiciones relativas a las PID. Ante todo, las leyes de la guerra prohíben el desplazamiento “total o parcial, de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a no ser que lo exijan la

82 Ley 1098 de 2006, art. 20.

83 Ley de víctimas, nota 38 *supra*, art. 2.

84 Asamblea General de la ONU, res. 60/147, “Principios y Directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, 16 de diciembre de 2005, párr. 19.

85 *Ibíd.*, párrs. 20-23.

86 Ley de víctimas, nota 38 *supra*, art. 47.

87 *Ibíd.*, art. 51.

88 *Ibíd.*, art. 52.

seguridad de la población civil o razones militares imperiosas”⁸⁹. Pero cuando tiene lugar el desplazamiento, el DIH hace hincapié en que las PID han de ser acogidas en “condiciones satisfactorias de alojamiento, higiene, salubridad, seguridad y alimentación” y en que los miembros de la misma familia no deben separarse⁹⁰. Asimismo, establece que las PID tienen derecho a “regresar voluntariamente a su hogar o a su lugar habitual de residencia, tan pronto como dejen de existir las razones que motivaron su desplazamiento”⁹¹ y que deben respetarse sus derechos de propiedad⁹². Una de las características más innovadoras de la Ley de víctimas es, precisamente, que rige todos esos aspectos.

Colombia está entre los países con mayor número de personas internamente desplazadas del mundo. Según estimaciones recientes, en las últimas décadas del conflicto, 6.509.000 colombianos abandonaron sus hogares⁹³. Esta cifra solo se ha visto superada (ligeramente) en Siria, con 6.784.000 personas internamente desplazadas, y es bastante más elevada que las de otros países afectados por conflictos, como la República Democrática del Congo (4.480.000), Irak (2.648.000), Sudán (2.072.000) o Yemen (2.014.000)⁹⁴. Con miras a mitigar esta calamidad humanitaria, Colombia implementó un marco institucional maduro. A finales de la década de 1990, creó la Red de Solidaridad Social, cuyo objetivo era cubrir las necesidades de las personas desplazadas de una manera integral, abarcando aspectos como el transporte de emergencia y el apoyo psicológico⁹⁵. El Congreso colombiano también promulgó leyes para garantizar que las autoridades locales y regionales crearan planes especiales para asistir a las personas que se desplazan debido a la violencia interna, y para tratar de hacer cesar y prevenir este fenómeno generalizado⁹⁶. Según esas primeras normas, un desplazado es toda persona

que se ha visto forzada a migrar dentro del territorio nacional abandonando su localidad de residencia o actividades económicas habituales, porque su vida, su integridad física, su seguridad o libertad personales han sido vulneradas

89 V. Estudio del CICR sobre derecho consuetudinario, nota 37 *supra*, p. 517. El Código Penal colombiano en vigor, expedido por la Ley 599, de 24 de julio de 2000, establece en su art. 180 que comete delito el que “de manera arbitraria, mediante violencia u otros actos coactivos dirigidos contra un sector de la población, ocasione que uno o varios de sus miembros cambie el lugar de su residencia”. Sin embargo, la misma disposición determina que “[n]o se entenderá por desplazamiento forzado, el movimiento de población que realice la fuerza pública cuando tenga por objeto la seguridad de la población, o en desarrollo de imperiosas razones militares, de acuerdo con el derecho internacional”.

90 Estudio del CICR sobre derecho consuetudinario, nota 37 *supra*, p. 524.

91 *Ibid.* p. 529.

92 *Ibid.* p. 533.

93 Observatorio de Desplazamiento Interno y Consejo Noruego para Refugiados, *Informe mundial sobre desplazamiento interno*, 2018, p. 48.

94 *Ibid.*

95 V. Ley 368 de 1997, por la cual se creó la Red de Solidaridad Social.

96 V. Ley 387 de 1997, por la cual se adoptaron medidas para prevenir el desplazamiento forzado y garantizar la asistencia, la protección y la estabilidad socioeconómica de los desplazados internos por la violencia. V. también Decreto n.º 2569, del 12 de diciembre de 2000, que define las distintas obligaciones de las autoridades estatales respecto de las PID, y Decreto n.º 173, del 26 de enero de 1998, por el cual se adoptó un plan nacional de asistencia integral para las PID.

o se encuentran directamente amenazadas con ocasión de cualquiera de las siguientes situaciones:

Conflicto armado interno; disturbios y tensiones interiores, violencia generalizada, violaciones masivas de los derechos humanos, infracciones al derecho internacional humanitario u otras circunstancias emanadas de las situaciones anteriores que puedan alterar drásticamente el orden público⁹⁷.

La condición de desplazado forzado por la violencia cesa cuando se logra la consolidación y “estabilización socioeconómica, bien sea en su lugar de origen o en las zonas de reasentamiento”⁹⁸.

Así pues, cuando se aprobó la Ley de víctimas, en 2011, Colombia ya había adoptado varias medidas para abordar este problema. Las principales diferencias entre la Ley de víctimas y las iniciativas anteriores eran la noción amplia de “víctima” y el alcance de las propuestas de reparación a las víctimas, con las que se pretendía abordar las “dimensiones individual, colectiva, material, moral y simbólica” de la violación⁹⁹. En el contexto de la restitución de tierras, la Ley de víctimas creó varios organismos estatales a cargo de restablecer los derechos de las PID a las tierras de las que habían sido despojadas y de facilitar su retorno¹⁰⁰; entre esos organismos, se encuentra el Registro de Tierras Despojadas y abandonadas forzosamente¹⁰¹. Asimismo, estableció un conjunto de presunciones jurídicas en favor de las víctimas. Por ejemplo, consideraba que el reclamo de una víctima por su tierra no podía rechazarse sobre la base de actos administrativos válidos que hubieran tenido lugar después del despojo o el abandono forzado¹⁰². También reconocía una cláusula de inversión de la carga de la prueba para quienes habían sido reconocidos como PID por una autoridad judicial y que intentaban recuperar sus derechos de propiedad¹⁰³. Dicho de otro modo, trasladaba la carga de la prueba de la PID a la persona que se oponía a los derechos de la víctima durante el proceso de restitución¹⁰⁴. Todo esto se hizo para cumplir no solo con las normas del DIH mencionadas anteriormente, sino también con los instrumentos del DIDH, incluidos los Principios Pinheiro¹⁰⁵.

97 Ley 387 de 1997, art. 1.

98 *Ibíd.*, art. 18.

99 Ley de víctimas, nota 38 *supra*, art. 69.

100 Para un comentario general de esta ley, v. Jemima García-Godos y Henrik Wiig, “Ideals and realities of restitution: The Colombian land restitution programme”, *Journal of Human Rights Practice*, vol. 10, n.º 1, 2018.

101 Ley de víctimas, nota 38 *supra*, art. 76.

102 *Ibíd.* art. 77.

103 *Ibíd.* art. 78.

104 *Ibíd.*

105 Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, *Principios sobre la restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados y las personas desplazadas*, doc. ONU E/CN.4/Sub.2/2005/17, 2005. De acuerdo con el principio 2, “todos los refugiados y desplazados tienen derecho a que se les restituyan las viviendas, las tierras y el patrimonio de que hayan sido privados arbitraria o ilegalmente o a que se les indemnice por cualquier vivienda, tierra o bien cuya restitución sea considerada de hecho imposible por un tribunal independiente e imparcial”.

Por su parte, la justicia colombiana ha reforzado aún más la protección que confería la Ley de víctimas. En virtud del artículo 3 de esta ley, los miembros de los grupos armados “no serán considerados víctimas [a los efectos de los programas de reparación del Gobierno], salvo en los casos en los que los niños, niñas o adolescentes” hubieran sido víctimas de reclutamiento ilícito. En 2019, una ciudadana colombiana puso en cuestión esta disposición. La demandante había sido reclutada ilícitamente por las FARC-EP a la edad de 14 años, fue víctima de abuso sexual perpetrado por sus camaradas y, con el tiempo, se alejó del grupo y se convirtió en PID¹⁰⁶. La mujer reclamaba tener derecho a ser reconocida como víctima de conformidad con las leyes de la guerra, entre otras cosas, porque había sido sometida a la violencia. La Corte determinó que el DIH confiere protección no solo a las personas en poder del enemigo, sino también a quienes padecen lo que se conoce como violencia “intra-filas”¹⁰⁷. Asimismo, determinó que la demandante tenía derecho a obtener indemnización del Estado, así como a recibir tratamiento médico especializado para superar sus traumas¹⁰⁸. La jueza a cargo del caso fundamentó su decisión no solo en la jurisprudencia de los tribunales internacionales, sino también en la legislación colombiana sobre temas como la noción de nexos con el conflicto y el derecho a reparaciones efectivas¹⁰⁹. Huelga decir que la principal dificultad para la implementación de las disposiciones relativas a la restitución de tierras de la Ley de víctimas –además de la falta de recursos económicos– era el hecho de que en Colombia había (y aún hay) varios CANI que impedían que las PID regresaran a su lugar de residencia de manera segura¹¹⁰. Esta es también una de las dificultades de los mecanismos de la justicia transicional de Colombia, pero aun así es una de las razones de la voluntad incomparable del país por encontrar soluciones jurídicas a algunas de las vicisitudes de la guerra.

106 Corte Constitucional de Colombia, *sentencia SU599/19*, 11 de diciembre de 2019.

107 *Ibid.*

108 *Ibid.*

109 *Ibid.*

110 V. Jose Serralvo, “Internal displacement, land restoration, and the ongoing conflict in Colombia”, *Journal of Humanitarian Assistance*, junio de 2011. Es necesario reiterar que el propósito de este artículo no es evaluar el éxito en la implementación de la legislación colombiana; por el contrario, y como ya se ha mencionado, se centra en el desarrollo del DIH, tanto en el marco jurídico interno como en las decisiones judiciales. Por lo demás, y dejando de lado el tema de la restitución de tierras, las autoridades del Estado han tenido muchas dificultades en resolver la situación de las más de seis millones de PID del país. Merece la pena observar que esto ha motivado que la Corte Constitucional declarara una “situación inconstitucional”, pues no se estaban respetando los derechos de las personas que se habían visto obligadas a abandonar su lugar de residencia. V. Corte Constitucional de Colombia, *sentencia T-025*, 2004.

La justicia transicional posterior al acuerdo de paz con las FARC-EP

A lo largo de las últimas décadas, Colombia ha pasado por varios procesos de justicia transicional¹¹¹. El más reciente tuvo lugar entre 2012 y 2016, y culminó con el Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de paz estable y duradera (Acuerdo final), suscrito entre el Gobierno colombiano y las FARC-EP. Debido al carácter humanitario de muchas de sus disposiciones, el Acuerdo final, a menudo, está considerado un acuerdo especial, en el sentido del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra; de acuerdo con la Corte Constitucional de Colombia, su contenido debe servir de base para la redacción de todas las normas relacionadas con el DIH que dan efecto a las negociaciones de paz¹¹².

Uno de los principales resultados del Acuerdo final fue la creación del Sistema Integral de verdad, justicia, reparación y no repetición (SIVJRNR). El propósito del SIVJRNR es abordar las consecuencias del conflicto armado poniendo a las víctimas en primer lugar. Para ello, se han preparado una serie de normas de DIH, en particular, relativas al enjuiciamiento de los crímenes de guerra, la concesión de amnistías y la búsqueda de las personas desaparecidas. Más importante aún, Colombia ha promulgado legislación que incorpora esas obligaciones en el marco jurídico interno. Como estipula el Acuerdo final:

El Sistema Integral parte del principio de reconocimiento de las víctimas como ciudadanos con derechos; del reconocimiento de que debe existir verdad plena sobre lo ocurrido; del principio de reconocimiento de responsabilidad por parte de todos quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto y se vieron involucrados de alguna manera en graves violaciones a los derechos humanos y graves infracciones al derecho internacional humanitario; [y] del principio de satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición, sobre la premisa de no intercambiar impunidades, teniendo en cuenta además los principios básicos de la Jurisdicción Especial para la paz, entre los que se contempla que “deberá repararse el daño causado y restaurarse cuando sea posible”¹¹³.

A fin de lograr todo esto, el Gobierno de Colombia y las FARC-EP acordaron crear un sistema que incluyera mecanismos tanto judiciales como no judiciales. Más específicamente, el SIVJRNR está compuesto de: (1) una Comisión para el esclarecimiento de la verdad, la convivencia y la no repetición;

111 Uno de los ejemplos más conocidos es el acuerdo que puso fin al conflicto con el Movimiento 19 de Abril, también conocido como M-19, durante el gobierno del presidente Virgilio Barco a comienzos de la década de 1990. Más recientemente, el presidente Álvaro Uribe Vélez suscribió un acuerdo de paz con las Autodefensas Unidas de Colombia. El acuerdo, regulado por la Ley 975 de 2005, conocida como Ley de justicia y paz, prevé beneficios judiciales a cambio de confesiones y reparaciones para las víctimas.

112 V., por ejemplo, Alejandro Ramelli, *La naturaleza jurídica del Acuerdo de Paz en Colombia: Aspectos controversiales*, Editorial Académica Española, 2019.

113 Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de paz estable y duradera (Acuerdo final), 2016, p. 135.

(2) una Unidad Especial para la búsqueda de personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado; (3) una Jurisdicción Especial para la paz; (4) medidas de reparación integral para la construcción de la paz; y las denominadas (5) garantías de no repetición¹¹⁴. Son todos pilares de los que se esperaba que colaboraran para alcanzar justicia, conocer la verdad de lo ocurrido durante el CANI, reparar los daños causados y evitar su repetición¹¹⁵. Debido a su relación con normas relevantes del DIH, el resto de esta sección se centrará en los componentes (2) y (3) del sistema.

Unidad de búsqueda de personas dadas por desaparecidas

Como consecuencia de los conflictos armados prolongados que han tenido lugar en Colombia, han desaparecido muchas personas. Según un cálculo conservador, hubo más de 60.000 desapariciones forzadas entre 1970 y 2014¹¹⁶. El DIH determina que las partes en conflicto “tomarán todas las medidas factibles para averiguar lo acaecido a las personas dadas por desaparecidas a raíz de un conflicto armado y transmitirán a los familiares de estas toda la información de que dispongan”¹¹⁷. La obligación de buscar a las personas desaparecidas y transmitir la información a los familiares persiste aun después del cese de las hostilidades¹¹⁸. La Unidad de búsqueda de personas dadas por desaparecidas fue concebida para cumplir con esta obligación y para contribuir a satisfacer los derechos de las víctimas a la verdad y a la reparación¹¹⁹. Si bien este organismo no fue el primer intento de Colombia por resolver la espinosa cuestión de las desapariciones forzadas con ocasión de la guerra, su alcance es mucho mayor que el de los intentos anteriores¹²⁰. Como parte de su cometido, se incluye “la búsqueda y localización de personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado que se encuentren con vida, y en los casos de fallecimiento, cuando sea posible, la recuperación, identificación y entrega digna de cuerpos esqueletizados”¹²¹. Uno de los aspectos más innovadores de este marco jurídico es el denominado “enfoque diferencial”, que, básicamente, consiste en que los organismos del Estado tienen la obligación de tener en cuenta las características particulares de las personas desaparecidas, incluidos el género y las tradiciones étnicas. En refuerzo de este

114 *Ibíd.*, p. 9.

115 *Ibíd.*

116 CICR, *Balance humanitario*, Ginebra, 2018, p. 2.

117 Estudio del CICR sobre derecho consuetudinario, nota 37 *supra*, p. 477.

118 *Ibíd.* p. 484. V. también Asamblea General de la ONU, res. 3220 (XXIX), 1974, párr. 76.

119 Decreto ley 589 de 2017, art. 1.

120 Para ver un resumen de algunas de las experiencias de búsqueda de desaparecidos en Colombia, así como algunos comentarios esclarecedores sobre las prácticas idóneas en otros contextos, v. Ximena Londoño y Alexandra Ortiz Signoret, “Implementing International Law: An Avenue for Preventing Disappearances, Resolving Cases of Missing Persons and Addressing the Needs of Their Families”, *International Review of the Red Cross*, vol. 99, n.º 2, 2017, pp. 557-564 [“La implementación del derecho internacional: una vía para prevenir las desapariciones, resolver casos de personas desaparecidas y atender las necesidades de sus familiares”, disponible en línea en <https://international-review.icrc.org/sites/default/files/905-londono.pdf>].

121 Decreto ley 589 de 2017, arts. 2, 3; v. también Acto legislativo 01 de 2017, art. transitorio 3.

amplio cometido, la Corte Constitucional ha reconocido la naturaleza humanitaria y extrajudicial de la Unidad de búsqueda de las personas dadas por desaparecidas. Esto quiere decir, por un lado, que no puede sustituir ni impedir la investigación judicial por parte de la justicia nacional¹²², y, por otro lado, significa que el personal de la Unidad goza de inmunidad funcional y no puede ser convocado a declarar en procesos judiciales. En este sentido, es necesario observar que la legislación por la cual se organiza la Unidad Especial para la búsqueda de personas dadas por desaparecidas prevé que:

Con el fin de garantizar la efectividad del trabajo humanitario de la [Unidad de búsqueda de personas dadas por desaparecidas] para satisfacer al máximo posible los derechos a la verdad y la reparación de las víctimas, y ante todo aliviar su sufrimiento, la información que reciba o produzca la [Unidad de búsqueda de personas dadas por desaparecidas] no podrá ser utilizada con el fin de atribuir responsabilidades en procesos judiciales y no tendrá valor probatorio. [...] En todo caso los informes técnico-forenses y los elementos materiales asociados al cadáver podrán ser requeridos por las autoridades judiciales competentes y tendrán valor probatorio¹²³.

Dicho de otro modo, la mayor parte de la información en poder de la Unidad de búsqueda de personas dadas por desaparecidas –por ejemplo, la información que permite la identificación de los perpetradores o las circunstancias de la muerte– es de carácter confidencial. El Gobierno de Colombia y las FARC-EP acordaron este aspecto, entendiendo que facilitaría el acceso de la Unidad a la información sobre el paradero de las personas desaparecidas –incluida la información que poseían los portadores de armas–, por lo que sería más fácil que los familiares de las víctimas conocieran el destino y el paradero de sus seres queridos.

En virtud del Acto legislativo 01 de 2017 (una de las disposiciones legislativas por las que se implementó el Acuerdo final), la Unidad de búsqueda de personas dadas por desaparecidas es la encargada de llevar un registro nacional de tumbas, cementerios ilegales y lugares de enterramiento. También tiene derecho a solicitar la cooperación de los órganos del Estado en todo el territorio nacional. Asimismo, todo lo anterior debe hacerse promoviendo la participación de los familiares de las personas desaparecidas en el proceso de búsqueda, con lo que se los dota de un propósito. El artículo 3 de esta ley prevé que:

[l]os órganos del Estado brindarán toda la colaboración que requiera la Unidad. Se deberá promover la participación de las víctimas y sus organizaciones en todas las fases del proceso de búsqueda, localización, recuperación, identificación y entrega digna de restos de personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado¹²⁴.

122 Acto legislativo 01 de 2017, art. transitorio 3.

123 Decreto ley 589 de 2017, art. 3; Acto legislativo 01 de 2017, art. transitorio 4.

124 Acto legislativo 01 de 2017, art. transitorio 3.

Si bien un análisis pormenorizado de la Unidad de búsqueda de personas dadas por desaparecidas excedería el alcance de este artículo, merece la pena observar que esta misma ley reconoce que la devolución de los restos de las personas desaparecidas a sus familiares debe hacerse “atendiendo las diferentes tradiciones étnicas y culturales”¹²⁵. En la revisión de esta ley, y en virtud de ella, la Corte Constitucional estableció los principios que debían cumplirse para que la búsqueda se realizara respetando los derechos de las comunidades indígenas. Gran parte del conflicto entre el Gobierno de Colombia y las FARC-EP tuvo lugar en zonas rurales dentro de territorios o resguardos indígenas, que gozan de protección de conformidad con la Constitución de Colombia. Así pues, la exhumación de los cadáveres enterrados en esos resguardos debe hacerse con el consentimiento de las autoridades indígenas y respetando el principio de consulta previa a la comunidad indígena¹²⁶. Como mínimo, todas estas disposiciones constituyen un ejemplo único de la articulación entre las leyes de la guerra y los derechos de los pueblos indígenas, una sobresaliente combinación jurídica que solo se encuentra en Colombia.

En general, la creación de la Unidad de búsqueda de personas dadas por desaparecidas va más allá de lo dispuesto en el DIH. Para hacer efectiva la obligación que impone el DIH de localizar a las personas desaparecidas en el contexto de un conflicto armado¹²⁷, Colombia estableció una entidad especializada cuya tarea tendría un profundo impacto en todo el aparato estatal, y lo ha hecho respetando un enfoque étnico, cultural y de género, así como la necesidad de promover la participación de las víctimas y de los organismos de derechos humanos.

Jurisdicción Especial para la Paz

Otro componente destacable del sistema de justicia transicional creado tras la firma del Acuerdo final con las FARC-EP es la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP). La JEP es el componente judicial del SIVJRNR. Ejerce funciones autónomas y judiciales preferentes sobre casos dentro de su jurisdicción, en particular, por hechos que suponen violaciones graves del DIH o de los derechos humanos. El Acuerdo final establece que:

[l]os objetivos del componente de justicia del Sistema Integral de verdad, justicia, reparación y no repetición son satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia, ofrecer verdad a la sociedad colombiana, proteger los derechos de las víctimas, contribuir al logro de una paz estable y duradera, y adoptar decisiones que otorguen plena seguridad jurídica a quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto armado interno, respecto a hechos cometidos en el

125 Decreto ley 589 de 2017, art. 5.3F.

126 Corte Constitucional de Colombia, *sentencia C-067/18*, 20 de junio de 2018.

127 O *conflictos armados*, en plural, pues la Unidad de búsqueda de personas dadas por desaparecidas está autorizada a localizar a quienes desaparecieron durante hostilidades en las que hubieran intervenido grupos armados organizados distintos de las FARC-EP.

marco del mismo y durante este que supongan graves infracciones del derecho internacional humanitario y graves violaciones de los derechos humanos¹²⁸.

El DIH dispone que los Estados deben “investigar los crímenes de guerra posiblemente cometidos por sus ciudadanos o sus fuerzas armadas, así como en su territorio, y encausar, si procede, a los imputados”¹²⁹. Asimismo, el DIH impone la obligación de conceder la amnistía más amplia posible, cuando hayan cesado las hostilidades, a quienes hayan participado en un conflicto armado no internacional o a las personas privadas de libertad por razones relacionadas con el conflicto armado¹³⁰. El objetivo de la JEP es cumplir con las dos normas simultáneamente¹³¹. Por una parte, debe investigar las violaciones graves del DIH y las violaciones graves del derecho de los derechos humanos. Por otra parte, en cuanto mecanismo de justicia transicional, y observando el trato de los “rebeldes” en el sistema jurídico de Colombia, se propone conceder la amnistía a quienes actuaron de acuerdo con las leyes de la guerra. En otras palabras, la JEP puede conceder la amnistía a quienes fueron miembros de las FARC-EP o colaboradores del grupo armado cuyos crímenes cometidos en el contexto del CANI con anterioridad al 1 de diciembre de 2016 fueran “delitos políticos” o, de tratarse de delitos comunes, si estos tuvieran conexión con delitos políticos y no estuvieran entre las conductas que no están alcanzadas por la amnistía¹³².

En virtud Acto legislativo 01 de 2017, la JEP ejerce “jurisdicción preferente” sobre las demás jurisdicciones colombianas para las conductas cometidas “por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, por quienes participaron en el mismo, en especial respecto a conductas consideradas graves infracciones al derecho internacional humanitario o graves violaciones de los derechos humanos”¹³³. La Sección de Apelación de la JEP ha reafirmado esta norma relativa a la “jurisdicción preferente” ya en su primera jurisprudencia¹³⁴.

La JEP está conformada por distintas secciones y salas¹³⁵. Cada sala está integrada por seis magistrados que –como en la totalidad del SIVJRNR– deben

128 Acuerdo final, nota 113 *supra*, p. 153.

129 Estudio del CICR sobre derecho consuetudinario, nota 37 *supra*, norma 158, p. 687.

130 *Ibíd.*, p. 691. V. también Protocolo adicional II 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, 1125 UNTS 609, 8 de junio de 1977 (en vigor a partir del 7 de diciembre de 1978), art. 6(5).

131 Ley 1820 de 2016, art. 2.

132 *Ibíd.*, art. 23.

133 Acto legislativo 01 de 2017, arts. transitorios 5, 6; Ley estatutaria 1957 de 2019 de la administración de justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz, art. 36.

134 Sección de Apelación de la JEP, *sentencia TP-SA 001*, 20 de abril de 2018, párr. 36: “Debe sin hesitación atenderse el carácter preferente que otorga el artículo transitorio [6] del Acto Legislativo 01 de 2017 a la [JEP] sobre las demás jurisdicciones [colombianas] para conocer de las conductas cometidas con anterioridad al 1 de diciembre de 2016, por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado”.

135 Acto legislativo 01 de 2017, art. transitorio 7; Ley estatutaria 1957 de 2019 de la administración de justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz, art. 72.

reflejar la diversidad de género, de tradiciones étnicas y geográfica de Colombia¹³⁶. La estructura de la JEP es tan ambiciosa como compleja. En primer lugar, está compuesta por tres salas: la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas; la Sala de Amnistía o Indulto; y la Sala de Definición de las Situaciones Jurídicas. También se ha creado un Tribunal para la Paz con cuatro secciones, cada una de ellas integrada por cinco magistrados. Comprende una Sección de Primera Instancia del Tribunal para la Paz en caso de reconocimiento de verdad y de responsabilidad y una Sección de Primera Instancia del Tribunal para la Paz para casos de ausencia de reconocimiento de verdad y responsabilidad. Ambas secciones profieren sentencias absolutorias o condenatorias e imponen sanciones especiales, alternativas u ordinarias, según el reconocimiento de verdad y de responsabilidad y del momento en que se hace ese reconocimiento.

El Tribunal también tiene una Sección de Revisión de sentencias a la que se le asignan distintas tareas. Entre otras, es responsable de evaluar, a solicitud de la persona condenada, los fallos emitidos por el sistema de justicia ordinaria¹³⁷. Por último, el Tribunal tiene una Sección de Apelación para decidir sobre las impugnaciones de las sentencias proferidas por cualquiera de las secciones o salas de la JEP. No obstante, la Sección de Apelación “en segunda instancia no [...] podrá agravar la condena cuando el único apelante sea el sancionado”¹³⁸. Del mismo modo,

[l]as resoluciones de las Salas y Secciones de la JEP podrán ser recurridas en reposición ante la Sala o Sección que las haya proferido y en apelación ante la Sección de Apelación del Tribunal a solicitud del destinatario de la resolución o sentencia y de las víctimas con interés directo y legítimo o sus representantes¹³⁹.

La JEP cuenta también con un Registro y una Unidad de Investigación y Acusación, “la cual debe satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia cuando no haya reconocimiento colectivo o individual de responsabilidad”¹⁴⁰.

Cuando menos, el mecanismo de justicia transicional más reciente de Colombia fue elaborado de forma bastante singular. Las personas que comparecen ante él no necesitan seguir una misma trayectoria dentro de la JEP. Es decir, no hay una única “puerta” para ingresar, sino que existen varias opciones diferentes, según la conducta que se evalúa, los beneficios que se buscan y el papel de la

136 V. Acuerdo final, nota 113 *supra*, p. 178: “Todos ellos deberán estar altamente calificados y deberá incluirse expertos en distintas ramas del Derecho, con énfasis en conocimiento del DIH, derechos humanos o resolución de conflictos. El Tribunal deberá ser conformado con criterios de participación equitativa entre hombres y mujeres y respeto a la diversidad étnica y cultural, y será elegido mediante un proceso de selección que dé confianza a la sociedad colombiana y a los distintos sectores que la conforman”.

137 *Ibid.* p. 170.

138 Ley estatutaria 1957 de 2019 de la administración de justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz, art. 91.

139 *Ibid.*, art. 144.

140 Acuerdo final, nota 113 *supra*, p. 161; Ley estatutaria 1957 de 2019 de la administración de justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz, art. 87.

comparecencia individual ante la JEP. En consecuencia, por ejemplo, las tres Salas y la Sección de Revisión pueden considerarse “puertas” de ingreso a la JEP, y quienes comparecen ante ellas pueden tomar distintas vías una vez que han ingresado. Del mismo modo, la Sección en casos de ausencia de reconocimiento de verdad y de responsabilidad también puede ser una puerta de entrada a la JEP, en especial, en lo referente al estudio y la adopción de medidas precautorias¹⁴¹.

La JEP es de una naturaleza sin precedentes. Su estructura no es producto de la decisión unilateral de una de las partes en conflicto, sino que fue el resultado de un proceso de negociación entre el Estado y un grupo armado. Además, el proceso de selección de los magistrados y del director de la Unidad de Investigación y Acusación se ideó de manera que reflejara la diversidad existente en Colombia. Asimismo, el proceso estuvo totalmente abierto al público; de hecho, las entrevistas y los antecedentes de los solicitantes se publicaron en internet. Por último, la JEP es un modelo sólido de justicia transicional con varios órganos –cada uno con tareas específicas– que trabajan de manera simultánea y coordinada. Su objetivo es, en última instancia, establecer la verdad relativa al conflicto armado con las FARC-EP y definir el estatuto jurídico de quienes participaron en él. Dada su naturaleza única y la forma en que ha contribuido al desarrollo de las leyes de la guerra, a continuación, se describen los principales elementos que definen la JEP.

Distintas formas de finalizar un conflicto de conformidad con el DIH

Si bien no existe una única vía para quedar dentro de la jurisdicción de la JEP, posiblemente, la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas sea el principal punto de acceso. Los miembros de cualquiera de las partes en conflicto, incluidos los presuntos perpetradores de crímenes de guerra, son convocados a declarar y a compartir abiertamente lo que saben acerca de la dinámica del conflicto, y a reconocer su responsabilidad. Partiendo de esta base, la Sala tendrá, entre otras, las siguientes funciones:

[p]resentar resoluciones de conclusiones ante la Sección de Primera Instancia del Tribunal para la Paz para casos de reconocimiento de verdad y responsabilidades, con la identificación de los casos más graves y las conductas o prácticas más representativas, la individualización de las responsabilidades, en particular de quienes tuvieron una participación determinante, la calificación jurídica de las conductas, los reconocimientos de verdad y responsabilidad y el proyecto de sanción propuesto de acuerdo al listado previsto en el artículo 141 de [la Ley estatutaria 1957]. [...] En la definición de casos graves, conductas o prácticas más representativas cometidas en el marco del conflicto armado contra los pueblos indígenas o sus integrantes, se tendrán en cuenta criterios que permitan

141 Por ejemplo, el estudio de la solicitud de medidas precautorias para la protección, preservación y conservación de 16 sitios del territorio nacional donde se indica que presuntamente hay personas dadas por desaparecidas.

evidenciar el impacto diferenciado generado sobre los pueblos y su relación con el riesgo de exterminio físico y cultural¹⁴².

En el momento de la redacción del presente artículo, la JEP estaba ocupándose de siete casos particulares que combinaban cuestiones temáticas y geográficas. Por ejemplo, el caso n.º 01 trata de la “retención ilegal de personas por parte de las FARC-EP”, el caso n.º 03 se centra en las “muertes ilegítimamente presentadas como bajas en combate por agentes del Estado” y el caso n.º 07 aborda la cuestión del “reclutamiento y utilización de niñas y niños en el conflicto armado”. Otros casos tienen que ver con la evaluación de distintos actos cometidos en algunas de las regiones más afectadas por la guerra en el territorio colombiano, como Nariño, el norte del Cauca y la región de Urabá¹⁴³. Si un presunto perpetrador coopera con el sistema, puede llegar a obtener algunos de los beneficios de la JEP, por ejemplo, penas no privativas de libertad. Por el contrario, si la persona se niega a cooperar o intenta ocultar la verdad, podría recibir penas más estrictas. De hecho, en casos de “ausencia de reconocimiento de verdad y responsabilidad”, se aplican medidas más severas, como la privación de libertad.

Entre los distintos componentes de la JEP, el más innovador, desde la perspectiva del DIH, probablemente sea la Sala de Amnistía o Indulto, cuyo procedimiento se estableció en la Ley 1820 de 2016 y en el reglamento interno de la JEP¹⁴⁴. Esta Sala es responsable de analizar –caso por caso, sea a petición de parte o de oficio– la posibilidad de conceder la amnistía o el indulto por actos cometidos por miembros o colaboradores de las FARC-EP por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado. Asimismo, y de conformidad con la Ley estatutaria interpretada en la jurisprudencia de la Sección de Apelación, esta Sala también es la que debe decidir si dispone o no la “libertad provisional” de miembros o colaboradores de las FARC-EP condenados por crímenes cometidos en el contexto del CANI con anterioridad a la firma del Acuerdo final¹⁴⁵. Los beneficiarios del régimen de justicia transicional pueden quedar en libertad, al menos hasta que otro órgano judicial determine su situación. Esto quiere decir que no necesitan estar detenidos mientras la sala o la sección competente de la JEP

142 Acuerdo final, nota 113 *supra*, p. 157; Ley estatutaria 1957 de 2019 de la administración de justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz, art. 79.

143 El caso n.º 02 “prioriza la grave situación de violaciones a los derechos humanos e infracciones al DIH que afectaron sobre todo a pueblos [...] de los municipios de Tumaco, Ricaurte y Barbacoas, en el departamento de Nariño”. El caso n.º 04 “prioriza la situación territorial a partir de los hechos del conflicto armado ocurridos en los siguientes [...] municipios: Turbo, Apartadó, Carepa, Chigorodó, Mutatá y Dabeiba (en Antioquia) y El Carmen del Darién, Riosucio, Unguía y Acandí (en Chocó)”. El caso n.º 05 “prioriza las violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al derecho internacional humanitario en el marco del conflicto armado interno en los municipios de Santander de Quilichao, Suárez, Buenos Aires, Morales, Caloto, Corinto, Toribío y Caldon (Cauca)”. El caso n.º 06 “prioriza la [...] victimización de miembros de la Unión Patriótica (UP)” por agentes del Estado.

144 Ley 1820 de 2016, art. 21.

145 Ley estatutaria 1957 de 2019 de la administración de justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz, art. 81; Sección de Apelación de la JEP, *sentencia TP-SA-SENIT 2 de 2019*, 9 de octubre de 2019, párrs. 129-134; Sección de Apelación de la JEP, *sentencia TP-SA 004 de 2018*, 30 de abril de 2018.

determine su situación. Se aplica un régimen similar a los agentes estatales cuyos casos estén siendo evaluados por la Sala de Definición de las Situaciones Jurídicas.

Es necesario observar que todos los beneficiarios del régimen especial mencionado anteriormente deben observar una serie de normas para conservar los beneficios que les han sido otorgados. De hecho, el “régimen de condicionalidad” contempla las siguientes obligaciones: (1) informar a la JEP de todo cambio de residencia; (2) no salir del país sin previa autorización de la Sala o Sección correspondiente; (3) asegurar el desarme y comprometerse a no volver a cometer crímenes intencionadamente; (4) participar en programas destinados a contribuir a la reparación a las víctimas; (5) comparecer ante la Comisión para el esclarecimiento de la verdad, la convivencia y la no repetición, así como ante la Unidad de búsqueda de personas dadas por desaparecidas, cuando sea requerido, y reconocer la verdad completa; y (6) comparecer en procesos judiciales ante la JEP toda vez que sea requerido, incluidos, entre otros, los procesos que implican a los beneficiarios o beneficiarias¹⁴⁶.

Así y todo, en la Sala de Amnistía o Indulto el “régimen de condicionalidad” solo se aplica a los miembros o colaboradores de las FARC-EP que hayan cometido un “delito político” o un crimen común conexo con un delito político¹⁴⁷. Aquí también se manifiesta la tradición colombiana de aplicar un régimen especial a los “rebeldes” y de no entablar juicios por hechos relacionados directamente con la rebelión. Sin embargo, la competencia de la Sala de Amnistía o Indulto está claramente limitada. El artículo 23 de la Ley 1820 determina que en ningún caso serán objeto de amnistía o indulto los delitos que correspondan a las conductas siguientes:

- a. Los delitos de lesa humanidad, el genocidio, los graves crímenes de guerra, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores, de conformidad con lo establecido en el Estatuto de Roma. En el evento de que alguna sentencia penal hubiere utilizado los términos ferocidad, barbarie u otro equivalente, no se podrá conceder amnistía e indulto exclusivamente por las conductas delictivas que correspondan a las aquí enunciadas como no amnistiabiles.
- b. Los delitos comunes que carecen de relación con la rebelión, es decir, aquellos que no hayan sido cometidos en el contexto y en razón de la rebelión durante el conflicto armado o cuya motivación haya sido obtener beneficio personal, propio o de un tercero.

146 Corte Constitucional de Colombia, *sentencia 007/2018*, 2018; Ley 1820 de 2016, art. 14; Acto legislativo 01 de 2017, arts. transitorios 1, 5.

147 V. Ley 1820 de 2018, art. 23, que establece los criterios para determinar el nexo con el delito político. Además, la Corte Constitucional señaló que la JEP no puede ejercer su competencia sobre conductas cuyo objetivo principal haya sido el enriquecimiento personal, aunque abrió la puerta a una excepción si el enriquecimiento no fue “la causa determinante de la conducta delictiva”. Corte Constitucional de Colombia, *sentencia C-007*, 2018, párr. 540.

Respecto de estos criterios de exclusión, la Corte Constitucional de Colombia estableció, en su revisión de la Ley 1820 de 2018, que su objetivo era, precisamente, que se respetaran los derechos de las víctimas y se cumpliera la obligación del Estado de investigar, juzgar y sancionar las violaciones de los derechos humanos¹⁴⁸.

Para conceder la amnistía, la Sala debe verificar que se cumplan tres condiciones. Primero, debe determinar que la persona haya pertenecido a las FARC-EP o colaborado con ellas¹⁴⁹. Segundo, debe verificar que la persona haya participado en el CANI con anterioridad al 1 de diciembre de 2016, fecha de entrada en vigor del Acuerdo final, pues la JEP no puede ejercer jurisdicción sobre conductas posteriores a esa fecha¹⁵⁰. Por último, debe determinar el nexo con el conflicto, para lo cual debe revisar parte de la jurisprudencia de la Corte Constitucional mencionada anteriormente¹⁵¹. De conformidad con el Acto legislativo 01 de 2017, para estar comprendida en la jurisdicción de la JEP, la conducta debe haberse cometido “por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado” y por una de las partes¹⁵².

Ya existe jurisprudencia que describe cómo evaluar si una conducta se cometió por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el CANI. La Sección de Apelación del Tribunal para la Paz entiende que la expresión “por causa” debe comprenderse como un juicio de causalidad que establezca si la conducta fue cometida, o no, en medio del CANI¹⁵³. Por otra parte, la Sección de Apelación considera que la frase “con ocasión” debe comprenderse como una *relación* cercana y suficiente con el desarrollo del conflicto¹⁵⁴. Respecto de esta relación –y en consonancia con lo que se describió anteriormente– la Corte Constitucional de Colombia afirma que:

lejos de entenderla desde una perspectiva restrictiva que la limita estrictamente a confortaciones armadas, o a un grupo específico de actores armados excluyendo a los otros, se la ha interpretado en un sentido amplio que incluye toda la complejidad y la evolución fáctica e histórica del conflicto armado no internacional de Colombia¹⁵⁵.

La Sección de Apelación sostiene que la frase “en relación directa con el conflicto armado” es similar a la expresión “por causa” y que “debe hacerse un

148 Corte Constitucional de Colombia, *sentencia C-007*, 2018, párr. 774.

149 Ley 1820 de 2018, arts. 17, 22.

150 Acto legislativo 01 de 2017, art. transitorio 5; Ley 1820 de 2016, art. 3.

151 Ley 1820 de 2016, arts 15, 16, 23, 24.

152 *Ibíd.* art. 3.

153 Sección de Apelación de la JEP, *sentencia TP-SA 19*, 21 de agosto de 2018, párr. 11.13; Sección de Apelación de la JEP, *sentencia TP-SA 110*, 30 de enero de 2019, párr. 41.4.

154 Sección de Apelación de la JEP, *sentencia TP-SA 19*, 21 de agosto de 2018, párr. 11.12; Sección de Apelación de la JEP, *sentencia TP-SA 110*, 30 de enero de 2019, párr. 41.4.

155 Corte Constitucional de Colombia, *sentencia C-253 A*, 2012, párr. 6.3.3.

juicio de causalidad entre la conducta y el conflicto para establecer si la conducta se origina en el conflicto y, por lo tanto, se verifica la conexión entre ellos”¹⁵⁶.

Asimismo, la Sección de Apelación ha establecido que los criterios previstos en el artículo transitorio 23 deben tenerse en cuenta para establecer si una conducta tiene relación directa o indirecta con el CANI¹⁵⁷. De hecho, la Sección de Apelación ha sostenido que para comprender la relación de causalidad se debe evaluar “si el conflicto armado fue la causa directa o indirecta del delito”. También indica, en los términos del artículo 23, que existe un criterio subjetivo, esto es, si la existencia del conflicto ha “influido en el autor, partícipe, o encubridor de la conducta punible cometida por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto”¹⁵⁸.

En lo relativo al ámbito material de aplicación, hay dos niveles en el análisis realizado por la Sala de Amnistía o Indulto. En el primero, la Sala establece si la conducta evaluada está relacionada con el CANI. Si la conducta está, en efecto, vinculada con el CANI, la Sala eleva el caso al segundo nivel. Esto último implica evaluar si la conducta fue un “delito político” (para el que se concedería una amnistía) o, si no fue un delito político, la Sala ha de determinar si fue un delito común relacionado con el delito político y si no es una de las conductas de la lista que, en virtud de la legislación, no pueden ser objeto de amnistía. Si la conducta está vinculada con el CANI, pero está incluida en la lista de excepciones que no pueden ser objeto de amnistía, la Sala eleva el caso a una de las otras dos Salas para que estas ejerzan su competencia¹⁵⁹.

En este contexto, la Sala de Amnistía o Indulto eleva a la Sala que tiene competencia sobre la conducta –sea la Sala de Reconocimiento o la Sala de Definición– numerosos casos relacionados con conductas a las que ha negado la

156 Sección de Apelación de la JEP, *sentencia TP-SA 19*, 21 de agosto de 2018, párr. 11.15.

157 Acto legislativo 01 de 2017, art. transitorio 23: “a) que el conflicto armado haya sido la causa directa o indirecta de la comisión de la conducta punible; b) que la existencia del conflicto armado haya influido en el autor, partícipe, o encubridor de la conducta punible cometida por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto en cuanto a: [s]u capacidad para cometerla, es decir, a que por razón del conflicto armado el perpetrador haya adquirido habilidades mayores que le sirvieron para ejecutar la conducta; [s]u decisión para cometerla, es decir, a la resolución o disposición del individuo para cometerla; [l]a manera en que fue cometida, es decir, a que, producto del conflicto armado, el perpetrador de la conducta haya tenido la oportunidad de contar con los medios para cometerla; y [l]a selección del objetivo que se proponía alcanzar con la comisión del delito”. V. Acuerdo final, nota 113 *supra*, p. 145, 5.1.2, párr. 9; Sección de Apelación de la JEP, *sentencia TP-SA 110*, 30 de enero de 2019, párr. 41.3; Sección de Apelación de la JEP, *sentencia TP-SA 166*, 28 de mayo de 2019, párr. 15.

158 Sección de Apelación de la JEP, *sentencia TP-SA 110*, 30 de enero de 2019, párr. 41.2; Sección de Apelación de la JEP, *sentencia TP-SA 166*, 28 de mayo de 2019, párr. 15.

159 *Ibid.*

amnistía o ha declarado la no amnistiabilidad, así como casos relativos a conductas que *prima facie* no pueden ser objeto de amnistía¹⁶⁰.

Por ejemplo, la Sala de Amnistía o Indulto elevó 42 casos de solicitud de amnistía relativos a secuestros extorsivos a la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas. En su resolución, la Sala de Amnistía consideró que:

es de vital importancia para el desarrollo [del caso n.º 01] que la Sala de Reconocimiento conozca de los casos que adelanta la SAI sobre conductas que podrían adecuarse a las retenciones ilegales de personas por parte de las FARC-EP, y que han sido priorizadas por ella¹⁶¹.

Los 42 casos tenían en común el tipo de conducta cometida, el hecho de que fueron cometidas con anterioridad al 1 de diciembre de 2016 por integrantes o colaboradores de las FARC-EP, y el hecho de que *prima facie* estaban relacionadas con el CANI¹⁶². Asimismo, la Sala determinó que había razones para creer que las conductas en cuestión podrían equivaler a crímenes de guerra contra la humanidad¹⁶³.

En un ejemplo más concreto, que constituye un desarrollo relevante del derecho internacional, la Sala de Amnistía o Indulto decidió que la Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción, conocida como Convención de Ottawa, también es vinculante para los grupos armados organizados. Para llegar a esta conclusión, la Sala se basó, entre otras cosas, en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. En particular, la Sala consideró que:

la Convención de Ottawa en su calidad de norma de DIH se construye sobre la declaración de prohibir total y globalmente las minas antipersonal [...] como la más efectiva respuesta para finalizar la crisis humanitaria que se ha producido por su empleo y que es reflejo del desconocimiento de las normas mínimas de humanidad que aplican en todo conflicto armado¹⁶⁴.

160 Por ejemplo, Sala de Amnistía o Indulto de la JEP, *sentencia SAI-AOI-RC-011-2019*, 26 de agosto de 2019 (secuestro extorsivo); Sala de Amnistía o Indulto de la JEP, *sentencia SAI-AOI-D-014-2019*, 8 de octubre de 2019 (homicidio en persona protegida, tentativa de homicidio en persona protegida, tentativa de homicidio agravado y terrorismo); Sala de Amnistía o Indulto de la JEP, *sentencia SAI-AOI-006-2019*, 4 de febrero de 2019 (homicidio agravado, actos de terrorismo, homicidio en personas protegidas, tentativa de homicidio en personas protegidas); Sala de Amnistía o Indulto de la JEP, *sentencia SAI-AOI-T-MGM-254-2019*, 31 de diciembre de 2019 (secuestro extorsivo, desplazamiento forzado, homicidio en personas protegidas, desaparición forzada); Sala de Amnistía o Indulto de la JEP, *sentencia SAI-LC-AOI-D-MGM-126-2019*, 5 de diciembre de 2019 (reclutamiento ilícito); *sentencia SAI-LC-AOI-D-MGM-075-2020*, 4 de febrero de 2020 (desplazamiento forzado).

161 Sala de Amnistía o Indulto de la JEP, *resolución SAI-AOI-RC-011-2019*, 26 de agosto de 2019, párr. 11. Después de esta resolución, muchos otros casos fueron elevados a las otras dos Salas.

162 *Ibid.*, párrs. 12, 13.

163 *Ibid.* párr. 17.

164 Sala de Amnistía o Indulto de la JEP, *sentencia SAI-AOI-010-2019*, 8 de agosto de 2019, párrs. 182, 183. V. también Sala de Amnistía o Indulto de la JEP, *sentencia SAI-SUBA-AOI-D-067-2019*, 2 de diciembre de 2019 (terrorismo, empleo, producción, comercialización y almacenamiento de minas antipersonal y contaminación ambiental agravada).

En el caso en cuestión, la Sala concluyó que la conducta constituía una infracción al DIH y que podía equivaler a un crimen de guerra, al considerar que estaba incluida en el listado de conductas que no podían ser objeto de amnistía¹⁶⁵.

A pesar de que la JEP lleva en actividad solo dos años, ya emitió numerosas resoluciones sobre cuestiones relativas al DIH que impulsaron importantes debates sobre cuestiones tales como la amnistía, los crímenes de guerra, los medios y métodos de la guerra, el uso de la fuerza en la conducción de las hostilidades y las personas desaparecidas, entre muchas otras. No cabe duda de que, en un futuro cercano, continuará haciendo aportes al desarrollo y el conocimiento del DIH desde la experiencia colombiana.

Conclusión

Desde la primera mitad del siglo XIX, los colombianos reconocen que la guerra debe librarse dentro de ciertos límites. Lo que comenzó como la visión inspiradora y humanizante de Simón Bolívar y Pablo Morillo en 1820 –actitud, que, en cierta medida, prefiguró la del filántropo Henry Dunant, que fundó el CICR más de cuatro décadas después– se convirtió en un modelo de cómo el país decidió abordar el flagelo de la guerra y, a lo largo de dos siglos, ha penetrado en todas las capas de la sociedad y del aparato del Estado.

El propósito de este artículo no ha sido centrarse en un aspecto en particular de esta tradición, sino proporcionar una serie de ejemplos que demuestran que Colombia ha desarrollado el DIH en aspectos tan diversas como el esclarecimiento del nexa con el conflicto, el privilegio de los combatientes, la protección de los menores, la implementación del principio de precaución, la reparación a las víctimas de la guerra, los derechos de las personas internamente desplazadas, la búsqueda de las personas desaparecidas, el enjuiciamiento de los crímenes de guerra y la concesión de amnistías tras el cese de las hostilidades. Cada una de estas cuestiones merecería un artículo propio. Si han de proporcionar una descripción adecuada del desarrollo de las leyes de la guerra, en los próximos años, los estudiosos deberán dirigir su atención a Colombia.

Las guerras siempre traen muerte y destrucción sin sentido. Los bienes de carácter civil son objeto de ocupación o pillaje; los niños son reclutados a la fuerza o empleados para realizar tareas de inteligencia; las minas terrestres antipersonal mutilan y matan a quienes las hacen detonar involuntariamente; el medio ambiente se ve degradado; los restos explosivos de guerra restringen la libertad de movimiento; y las tradiciones culturales se apagan o desaparecen. En el caso de Colombia, la guerra también ha provocado la desaparición de miles de personas y el desplazamiento interno de más de seis millones de individuos. Pero, en medio de esta tragedia incommensurable, el país ha logrado crear uno de los sistemas jurídicos más avanzados del mundo para proteger a quienes no participan

165 Sala de Amnistía o Indulto de la JEP, *sentencia SAI-AOI-010-2019*, 8 de agosto de 2019, párr. 211: “la Sala concluye que, en el caso particular, se cometió una infracción al DIH que tiene la entidad para adquirir la connotación de crimen de guerra”.

en las hostilidades o han dejado de participar en ellas. Como suele ocurrir, los principales obstáculos surgen en la implementación y el respeto del marco jurídico existente¹⁶⁶. Quizás esto no sirva de consuelo a las numerosas víctimas de los conflictos armados de Colombia; sin embargo, gracias a la legislación y a las resoluciones judiciales, muchos ciudadanos han recibido apoyo del Estado tras su desplazamiento o se han beneficiado del indulto concedido por el Estado o se han ahorrado la angustia de vivir cerca de un objetivo militar. Más allá de la cantidad de víctimas, cada historia individual es prueba suficiente de la importancia del DIH en situaciones de violencia armada prolongada.

166 Human Rights Watch, *Guerra sin cuartel: Colombia y el derecho internacional humanitario*, 1998; CICR, *Aplicación y respeto del DIH: un reto para Colombia*, 28 de noviembre de 2016.