

2

LAS MINAS ANTIPERSONAL CONTRA MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA: UNA VIOLACIÓN GRAVE AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO*

Édgar Solano González

RESUMEN

Por medio de este artículo se pretende establecer que los miembros de la Fuerza Pública afectados en su vida e integridad personal por el empleo de minas antipersonal por parte de los grupos guerrilleros son, en efecto, víctimas de un crimen de guerra en razón de las disposiciones de derecho internacional humanitario consuetudinario que prohíben el empleo de medios y métodos de guerra que causen sufrimientos innecesarios a la parte adversa. Que exista claridad en lo anterior resulta imperativo, dado que Colombia se encuentra inmersa en un contexto de justicia transicional que aunque establece ciertos incentivos con la finalidad de la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, exceptúa de la concesión de amnistías e indultos a quienes hayan cometido graves crímenes de guerra, entre otras violaciones. En consecuencia, aún en una

* Para la elaboración del presente documento fue fundamental el apoyo en investigación y consulta de Michelle Paz Glen, abogada de la Universidad Externado de Colombia.

situación excepcional como es la aplicación de instrumentos de justicia transicional, deberá garantizarse la satisfacción de los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación integral de las víctimas de violaciones a los derechos humanos e infracciones graves al derecho internacional humanitario¹, como en el caso de los integrantes de la Fuerza Pública víctimas de un medio ilícito de combate.

INTRODUCCIÓN

Con la firma de la Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción (Convención de Ottawa de 1997)², Colombia se comprometió a no emplear minas antipersonal como instrumento de guerra y a iniciar la labor de desminado para la erradicación de estos artefactos explosivos en el territorio nacional³.

-
- 1 Artículo transitorio 1.º del Acto Legislativo 01 del 4 de abril de 2017.
 - 2 La Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción fue adoptada en Oslo (Noruega), el 18 de septiembre de 1997, y se firmó en Ottawa (Canadá) el 3 de diciembre de 1997. En Colombia, fue aprobada mediante la Ley 759 de 2000, y la Corte Constitucional, a través de la Sentencia C-991 de 2000 (MP: Álvaro Tafur Galvis), declaró exequible la Convención de Ottawa y la Ley aprobatoria de la ella.
 - 3 Con motivo de la Primera Conferencia de Examen de los Estados Partes en la Convención de Ottawa de 1997 celebrada en Nairobi del 29 de noviembre al 3 de diciembre de 2004, los Estados Partes reafirmaron su compromiso con la “causa de promover cabal y efectivamente la Convención”, y en este sentido adoptaron la Declaración y el Plan de Acción de Nairobi (APLC/CONF/2004/L.4/Rev.1, 5 de noviembre de 2004). Durante la Segunda Conferencia de Examen de la Convención de Ottawa llevada a cabo en Cartagena de Indias en diciembre de 2009, se adoptaron la Declaración y el Plan de Acción de Cartagena para la aplicación de la Convención en el periodo comprendido entre 2009 y 2014. En junio de 2014 tuvo lugar la tercera Conferencia de Examen de la Convención de Ottawa, en Maputo (Mozambique). De acuerdo con la Misión Permanente de Colombia ante las Naciones Unidas en Ginebra, se adoptaron la Declaración y Plan de Acción de Maputo y se crearon cuatro nuevos comités: (i) Comité para el cumplimiento del artículo 5 (Destrucción

En cumplimiento de los compromisos adquiridos, Colombia decide: (i) crear en el año 2001 una institución nacional del ámbito de la Presidencia de la República encargada de la coordinación de la política nacional (Acción contra Minas), la cual hoy se denomina Dirección para la Acción Integral contra Minas Antipersonal⁴; (ii) iniciar en el año 2004 el proceso de limpieza de las bases militares (labor que dio lugar a la descontaminación de 139.014 metros cuadrados); (iii) crear en el año 2009 el Batallón de Ingenieros de Desminado Humanitario; y (iv) en el año 2010 recibir apoyo de organizaciones civiles extranjeras para el programa de desminado humanitario.

Por otra parte, el Congreso de la República mediante el artículo 2.º de la Ley 759 de 2002 adición al Código Penal (Ley 599 de 2000) los artículos 367 A y 367 B. Mediante el primero se sanciona el empleo, la producción, la comercialización y el almacenamiento directo o indirecto de minas antipersonal o vectores específicamente concebidos como medios de lanzamiento o dispersión de minas antipersonal; y por medio del segundo se sanciona la ayuda e inducción

de minas antipersonal sembradas en las zonas del territorio); (ii) Comité sobre cumplimiento cooperativo; (iii) Comité sobre asistencia a víctimas; y (iv) Comité para el mejoramiento de la cooperación y asistencia (<http://ginebra-onu.mision.gov.co/minas-antipersonal>). En los planes adoptados se reconoce la importancia de los siguientes aspectos para el cabal cumplimiento de la Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción: (i) la adhesión universal a la Convención como objeto de cooperación entre los Estados Partes; (ii) la destrucción de las existencias de minas antipersonales; (iii) la limpieza de las zonas minadas; (iv) la asistencia a las víctimas; (v) la cooperación y asistencia entre los Estados; (vi) la transparencia e intercambio de información entre los Estados; y (vii) la prevención y supresión de las actividades prohibidas por la Convención.

- 4 La Dirección para la Acción Integral contra Minas Antipersonal hace parte de la Alta Consejería para el Posconflicto, Derechos Humanos y Seguridad. Sus funciones se encuentran establecidas en la Ley 759 de 2002, en el Decreto 3750 de 2011 (art. 6), en el Decreto 007 de 2014 y en el Decreto 672 de 2017 (art. 14).

al empleo, producción y transferencia de minas antipersonal. Igualmente, mediante el artículo 142 del citado Código, se sanciona la utilización de medios o métodos de guerra prohibidos o destinados a causar sufrimientos o pérdidas innecesarios o males superfluos, con ocasión y en desarrollo del conflicto armado.

No obstante la adopción de medidas por el Estado colombiano para la prevención y prohibición del empleo de minas antipersonal y del posicionamiento del desminado humanitario como una política prioritaria, el número de minas antipersonal en Colombia siguió aumentando, puesto que dado su bajo costo y su alta eficacia en materia de defensa y ataque (Centro Nacional de Memoria Histórica [CNMH], 2017, p. 44) los grupos armados organizados Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP) y Ejército de Liberación Nacional (ELN) continuaron con la utilización masiva de minas antipersonal como instrumento de guerra⁵.

Por su parte, el informe del Centro Nacional de Memoria Histórica *La guerra escondida*, de 2017, estableció que durante el periodo comprendido entre 1990 y 2000 el promedio de víctimas por minas antipersonal era de 87 por cada año y entre el 2000 y el 2010 pasó a ser de 726 por cada año⁶. Hasta la fecha Colombia ha registrado un total de 11.585

5 Según lo establecido por el Centro Nacional de Memoria Histórica en el informe *La guerra escondida*, de 2017, la relación geográfica entre el número de víctimas de minas antipersonal y la ocurrencia de combates se presentó en las siguientes zonas del país: Chocó, Antioquia, Córdoba, Sucre, Bolívar, Cesar, Santander, Arauca, Casanare, Meta, Caquetá, Guaviare, Guainía y Boyacá (periodo de 1990 a marzo de 2001); Antioquia, Córdoba, Sucre, Bolívar, Magdalena, Norte de Santander, Caldas, Arauca, Cauca, Casanare, Meta, Caquetá, Amazonas, Tolima, Huila, Putumayo, Vaupés, Guaviare y Boyacá (periodo de abril 2001 a marzo de 2006); Córdoba, Sucre, Antioquia, Norte de Santander, Arauca, Boyacá, Tolima, Huila, Nariño, Putumayo, Caquetá, Meta y Guaviare (periodo de abril 2006 a marzo de 2016) (CNMH, 2017, Mapa 2, 3 y 4, pp. 50-52).

6 De conformidad con las cifras presentadas por la Dirección para la Acción Integral contra Minas Antipersonal, en Colombia estos artefactos explosivos

víctimas de minas antipersonal y otros artefactos explosivos, de las cuales 7053 son de la Fuerza Pública y 4532 son civiles (Acción Integral contra Minas [AICM], 2018). Además de ser el segundo país del mundo más afectado por minas antipersonal (El País, 2015a), Colombia integra la lista de los países con más cantidad de víctimas de la Fuerza Pública, pues del total de víctimas de minas antipersonal, el 61% corresponde a miembros de la Fuerza Pública y el 39% restante a civiles⁷ (AICM, 2018).

Teniendo en cuenta la cantidad de víctimas que ha cobrado el empleo de minas antipersonal por parte de las FARC-EP y el ELN, y los compromisos internacionales adquiridos por el Estado colombiano en materia de prohibición y erradicación de minas antipersonal, es fundamental adelantar la investigación, el juzgamiento y la sanción de los responsables por su utilización en el marco del conflicto armado interno. Al respecto, la jurisdicción ordinaria solamente ha proferido dos sentencias condenatorias: (i) la sentencia del 8 de octubre de 2012, proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Ibagué (Tolima) en donde se condena a Oswaldo Puentes Ramírez y a José Ovidio Enciso Clavijo por la comisión de los delitos de empleo, producción, comercialización y almacenamiento de minas antipersonal y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones. Esta decisión fue confirmada por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de

han dejado heridas al 80% de las víctimas y han ocasionado la muerte de 2273 personas, lo cual significa que una de cada cinco víctimas muere (AICM, 2017).

- 7 De acuerdo con el Departamento Jurídico Integral del Ejército Nacional de Colombia, “miles de uniformados han perdido alguna o varias extremidades de su cuerpo y han sufrido daños temporales o permanentes en otras partes de su cuerpo”. Según la Dirección para la Acción Integral contra Minas Antipersonal, entre 1990 y 2016, 5593 miembros de la Fuerza Pública han resultado heridos y 1420 han muerto como consecuencia del contacto con estos artefactos (Ejército Nacional de Colombia. Departamento Jurídico Integral. Víctimas de minas antipersonal, 2016).

Ibagué (Tolima) en sentencia del 25 de septiembre de 2014; y (ii) la sentencia del 18 de marzo de 2015, por medio de la cual el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Ibagué (Tolima) dictó condena por preacuerdo en contra de Oscar Mauricio Pinto Cordero, alias el “Silencioso”, por los delitos de rebelión, terrorismo y utilización de medios y métodos de guerra ilícitos.

Por su parte, en el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, firmado el 24 de noviembre de 2016 por el Gobierno Nacional y las FARC-EP, se estableció la creación de una Jurisdicción Especial para la Paz (en adelante, JEP) cuya labor es investigar, juzgar y sancionar a aquellos que, habiendo participado de manera directa o indirecta en el conflicto armado, cometieron delitos con ocasión y en razón de éste. Por medio del Acto Legislativo 01 del 4 de abril de 2017^[8], se

-
- 8 El Acto legislativo 01 del 4 de abril de 2017 creó un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera. Conforme a lo establecido por el artículo transitorio 5 del Acto Legislativo 01 de 2017, la JEP tendrá bajo su jurisdicción “las conductas cometidas con anterioridad al 1.º de diciembre de 2016, por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, por quienes participaron en el mismo, es especial respecto a conductas consideradas graves infracciones al derecho internacional humanitario o graves violaciones de los derechos humanos”. El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en su informe final del 26 de septiembre de 2017 sobre la implementación del mandato de la Misión de las Naciones Unidas en Colombia (S/2017/801) estableció en relación con la ley estatutaria por la que se establece la Jurisdicción Especial para la Paz, lo siguiente: “[...] el 29 de agosto el Fiscal General expresó públicamente su preocupación por el hecho de que, a causa de las demoras, la labor de la jurisdicción, que será importante para el proceso de reincorporación, no pudiera comenzar hasta abril o mayo de 2018” (párr. 7). La Corte Constitucional declaró la *exequibilidad* del Acto Legislativo 01 de 2017, con excepción de las siguientes disposiciones, que fueron declaradas *inexequibles*: “(i) el inciso sexto del artículo transitorio 5.º del artículo 1.º; (ii) la expresión ‘remisión que se efectuará en el momento que se considere adecuado por la JEP, después de haber realizado las verificaciones pertinentes’, contenida en el párrafo 1.º del artículo transitorio 5.º del artículo 1.º; (iii) la expresión ‘Cuando se requiera la intervención de los juristas extranjeros, éstos participarán en los debates de la Sección en la

estableció, entre otras disposiciones, que la JEP hace parte de los mecanismos que integran el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición⁹.

El que la JEP sea parte integrante del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición significa que está orientada al logro de “un máximo de justicia y de rendición de cuentas sobre las violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario ocurridas a lo largo del conflicto” (Acto Legislativo 01 de 2017, artículo transitorio 1.º) y a la contribución del “esclarecimiento de la verdad del conflicto y la construcción de

que se hubiera requerido su intervención, en las mismas condiciones que los magistrados, pero sin derecho de voto’, contenida en el inciso 2.º del artículo transitorio 7.º del artículo 1.º; (iv) la expresión ‘Cuando se requiera la intervención de los juristas extranjeros, éstos participarán en los debates de la Sala en la que hubiera requerido su intervención, en las mismas condiciones que los magistrados, pero sin derecho de voto’, contenida en el inciso 3.º del artículo transitorio 7.º del artículo 1.º; (v) la expresión ‘de conformidad con las siguientes reglas’, contenida en el inciso 3.º del artículo transitorio 8.º del artículo 1.º; (vi) el inciso 4.º del artículo transitorio 8.º del artículo 1.º; (vii) el inciso 5.º del artículo transitorio 8.º del artículo 1.º, con excepción de la expresión ‘las sentencias de revisión serán proferidas por la Sala Plena de la Corte Constitucional’, que se declara EXEQUIBLE; (viii) el artículo transitorio 9.º del artículo 1.º; (ix) las expresiones ‘a solicitud de alguno de los magistrados de la sección que conozca del caso’ y ‘que el magistrado establezca’, contenidas en el inciso 2.º del artículo transitorio 12.º del artículo 1.º; (x) la expresión ‘una comisión integrada por un magistrado de cada sala y un magistrado de cada Sección del Tribunal para la Paz que será elegida conforme al reglamento de la JEP, adoptará las medidas disciplinarias que correspondan conforme a la ley’, contenida en el primer inciso del artículo transitorio 14.º del artículo 1.º; y (xi) los incisos 2.º y 3.º del artículo transitorio 16o del artículo 1.º (Corte Constitucional. Sentencia C-674/17).

- 9 Conforme al artículo transitorio 1, el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición se basa en los siguientes principios: (i) reconocimiento de las víctimas como ciudadanos con derechos; (ii) reconocimiento que debe existir verdad plena sobre lo ocurrido; (iii) reconocimiento de responsabilidad por parte de todos aquellos que participaron de manera directa o indirecta en el conflicto y se involucraron de alguna manera en graves violaciones a los derechos humanos y graves violaciones al DIH; y (iv) satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición (Acto Legislativo 1 de 2017, artículo transitorio 1).

la memoria histórica” (Acto Legislativo 01 de 2017, artículo transitorio 1.º). También significa que en todos los casos objeto de su conocimiento la JEP debe basarse siempre en los siguientes principios: (i) reconocimiento de las víctimas como ciudadanos con derechos; (ii) contribución a la verdad plena sobre lo ocurrido; (iii) reconocimiento de responsabilidad por parte de todos aquellos que participaron de manera directa o indirecta en el conflicto y se involucraron de alguna forma en violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario (en adelante, DIH); y (iv) satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia, a la reparación y a la no repetición (Acto Legislativo 1 de 2017, artículo transitorio 1.º).

Ahora bien, con base en la ausencia de una adecuada y eficaz investigación contra los responsables de la utilización de minas antipersonal en la jurisdicción ordinaria, la cantidad de miembros de la Fuerza Pública víctimas de ellas, y la implementación normativa de instrumentos de justicia transicional en el que se encuentra el Estado colombiano, cabría formularse las siguientes preguntas: ¿Los miembros de la Fuerza Pública que han sufrido las consecuencias nefastas de las minas antipersonal deben ser considerados víctimas de una violación grave al DIH? En caso afirmativo, ¿cómo se garantizará en el contexto de justicia transicional los derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral de los miembros de la Fuerza Pública víctimas de minas antipersonal?

Con el propósito de dar respuesta a los anteriores interrogantes, primero se analizarán las disposiciones relativas a las minas antipersonal como medio ilícito de combate y, en este sentido se establecerá que, al ser una grave infracción al DIH, su empleo constituye un crimen de guerra tanto en un conflicto armado internacional como en un conflicto armado no internacional. Una vez precisado lo anterior, se procederá a explicar que, en razón de ser las minas antipersonal un

medio prohibido por las leyes y usos de la guerra, los integrantes de la Fuerza Pública afectados por éstas son víctimas del conflicto armado interno. De esta manera, también se buscará visibilizar a los miembros de la Fuerza Pública como víctimas de las minas antipersonal.

Por último, se analizará el contenido y alcance del deber que tienen los Estados de investigar, juzgar y sancionar a los responsables por la comisión de violaciones a los derechos humanos e infracciones graves al DIH, en un contexto ordinario y en uno de justicia transicional. Esto, con el fin de mostrar la importancia que tiene el cumplimiento efectivo de dicho deber para efectos de la reparación de los miembros de la Fuerza Pública víctimas de minas antipersonal.

I. MEDIOS Y MÉTODOS ILÍCITOS DE COMBATE:

MINAS ANTIPERSONAL

Los principios y reglas del DIH no están orientados únicamente a la protección de quienes no participan directamente en las hostilidades o de aquellos que hayan depuesto las armas por enfermedad, herida, captura o cualquier otra causa análoga. El DIH también establece límites y prohibiciones respecto de los métodos y medios de combate con el fin de que se garantice un mínimo de humanidad en medio de los enfrentamientos armados. Tal garantía se traduce en el derecho que les asiste a quienes participan directamente en las hostilidades a no padecer sufrimientos innecesarios (SALMÓN, 2004, p. 54). En este sentido, el DIH consuetudinario consagra dicha salvaguarda en los siguientes términos:

Norma 70. Queda prohibido el empleo de medios y métodos de guerra de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios (CICR, 2007, p. 265).

Con la Declaración de San Petersburgo de 1868 se prohíbe por primera vez y de manera explícita el uso de determinados

proyectiles en tiempo de guerra¹⁰. Además, con base en los principios de necesidad militar y humanidad, dicho acuerdo permite esclarecer lo que debe entenderse por *mal superfluo* y *sufrimiento innecesario*. De acuerdo con esta declaración, el debilitamiento de las fuerzas militares del adversario como finalidad legítima de la guerra no puede ser sobrepasado por el empleo de armas que agraven inútilmente los sufrimientos de los hombres puestos fuera de combate, o que hagan que su muerte sea inevitable. En este sentido, las partes en conflicto no pueden respaldarse en el principio de necesidad militar para emplear armas cuyos efectos agraven innecesariamente los sufrimientos del adversario, contrariando así las leyes de humanidad¹¹.

Si bien la Declaración de San Petersburgo constituye el primer acuerdo formal para limitar ciertas armas de guerra, es a partir de la Convención de La Haya de 1907 relativa a

-
- 10 Declaración de San Petersburgo de 1868 (del 29 de noviembre al 11 de diciembre) con el objeto de prohibir el uso de determinados proyectiles en tiempo de guerra. Por medio de este acuerdo, “las Partes contratantes se comprometen a renunciar mutuamente, en caso de guerra entre ellas, al empleo por sus tropas de tierra o de mar de cualquier proyectil cuyo peso sea inferior a 400 gramos y que sea explosivo, o que esté cargado con materias explosivas o inflamables”.
- 11 De acuerdo con el Comité Internacional de la Cruz Roja, por medio del principio de necesidad militar se busca lograr un “equilibrio entre las necesidades de la guerra y los condicionamientos humanitarios, de forma que no se debe causar al adversario males desproporcionados en relación con el objetivo del conflicto armado, que es vencer al enemigo. Supone optar por el mal menor para no causar a la parte adversa mayor violencia que la exigida por el desarrollo de las hostilidades” (recuperado de http://www.cruzroja.es/portal/page?_pageid=878,12647079&_dad=portal30&_schema=PORTAL30). Citado por PAZ GLEN, 2016, p. 89). Por su parte, GEISS en relación con el principio de necesidad militar establece que “Aunque la noción de la ‘necesidad militar’ se invoca de vez en cuando como una justificación particular de las infracciones de las leyes de la guerra, actualmente es indudable que, en el DIH contemporáneo, el elemento de la necesidad militar debe equilibrarse con el principio de humanidad, y que las leyes de la guerra no son tan elásticas como para permitir invocar la necesidad militar como razón para apartarse de las normas humanitarias aprobadas” (GEISS, ROBIN. “Las estructuras de los conflictos asimétricos”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, diciembre de 2006, n.º 864 de la versión original, p. 12. Citado por PAZ GLEN, 2016, p. 90).

las leyes y costumbres de guerra terrestre, cuando se estipula en el DIH convencional el principio general sobre los límites a los medios y métodos de combate. La mencionada convención establece en su artículo 22 que los beligerantes no gozan de un derecho ilimitado en cuanto a la elección de los medios de ataque (artículo 22, Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre).

Así, a la luz de la anterior premisa se prohíbe de manera particular los siguientes medios y métodos de guerra: (i) el empleo de veneno o armas envenenadas; (ii) dar muerte o herir a traición; (iii) dar muerte o herir a un enemigo que habiendo depuesto las armas o no teniendo medios para defenderse se haya rendido; (iv) declarar que no se dará cuartel; y (v) el empleo de armas, proyectiles o materias propias para causar males innecesarios, entre otros (*cf.* artículo 23, Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre).

Por último, en relación con el artículo 22 de la Convención de La Haya de 1907, la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución 2444 (xxiii) de 19 de diciembre de 1968, manifestó la necesidad de aplicar los principios humanitarios básicos en todos los conflictos armados, como el principio según el cual las partes en conflicto no cuentan con un derecho ilimitado para la adopción de medios de guerra.

Posteriormente, en el Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales de 1977, se introduce la prohibición de emplear medios y métodos de guerra que causen sufrimientos innecesarios. El artículo 35 de dicho protocolo establece en sus dos primeros incisos que (i) en todo conflicto armado, el derecho de las partes en conflicto a elegir los métodos o medios de hacer la guerra no es ilimitado; y (ii) está prohibido el empleo de armas, proyectiles, materias y métodos de hacer la guerra de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios.

Tres años después, la Convención de 1980 sobre armas convencionales, establece prohibiciones y restricciones sobre el empleo de armas cuyos efectos sean indiscriminados o que generen daños superfluos o sufrimientos innecesarios¹². Este instrumento del DIH incorpora en su Preámbulo la cláusula de Martens¹³ al recordar que, aún en los casos no previstos por éste, en sus protocolos adicionales o en otros acuerdos internacionales, tanto la población civil como las partes en conflicto en todo momento se encuentran bajo la protección de los principios del derecho internacional derivados de la costumbre establecida, de las leyes de la humanidad y de los dictados de la conciencia pública¹⁴.

12 La Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, Ginebra (1980) y sus protocolos adicionales fueron aprobados en Colombia mediante la Ley 469 de 1999. El Protocolo II de 1983 Adicional a la Convención de 1980 define las minas como “toda munición colocada debajo, sobre o cerca de la superficie del terreno u otra superficie cualquiera y concebida para detonar o explotar por la presencia, la proximidad o el contacto de una persona o de un vehículo”. Sin embargo, no prohíbe absolutamente su uso. Haciendo referencia a las minas antipersonal, el artículo 5 del Protocolo II de 1983 permite su empleo siempre y cuando éstas se ajusten a lo dispuesto en el Anexo Técnico: (i) se realicen registros en relación con su ubicación, puntos de referencia, perímetros y extensiones; (ii) lleven incorporado un dispositivo que permita su detección y que dé una señal de respuesta equivalente a gramos, o más, de hierro en una sola masa homogénea. En caso de no ajustarse a lo dispuesto en el Anexo Técnico, toda mina antipersonal que no sea mina lanzada a distancia deberá colocarse en una zona con el perímetro marcado, vigilada por personal militar y protegida ya sea por cercas, señales de peligro o cualquier otra medida que garantice la exclusión de civiles de la zona. De acuerdo con lo anterior, la restricción en el uso de minas que no sean lanzadas a distancia, está orientada únicamente a la protección de la población civil dado que su uso se considerará permitido siempre y cuando se tomen las precauciones respectivas para alertar a los civiles de la existencia de una zona minada. Lo cual indica que, el Protocolo II de 1983 a pesar de hacer referencia a la prohibición de emplear medios y métodos de guerra que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios, permite el uso de minas antipersonal siempre y cuando los Estados Parte cumplan con los lineamientos establecidos para tal efecto.

13 Esta cláusula apareció por primera vez en el Preámbulo del Convenio de La Haya de 1899 relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre.

Con motivo de insistentes iniciativas de la comunidad internacional para la prohibición mundial de las minas antipersonal, se llevó a cabo la Conferencia Internacional sobre Estrategia - Hacia una prohibición mundial de las minas terrestres antipersonal (MASLEN y HERBY, 1998). Como resultado de esta conferencia, en diciembre de 1997 tuvo lugar en Ottawa (Canadá) la firma de la Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción¹⁵. Dicha convención se basa en el principio del DIH de acuerdo con el cual se prohíbe el empleo de armas, proyectiles, materiales y métodos de combate de naturaleza tal que causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios (principio de limitación)¹⁶; y en el principio de que se debe hacer una distinción entre civiles y combatientes (principio de distinción)¹⁷.

El Estado colombiano firmó la Convención de Ottawa el 3 de diciembre de 1997 (AICM, [s.f.]) y, la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-991 de 2000^[18] declaró exequible la

14 Texto original: "Confirming their determination that in cases not covered by this Convention and its annexed Protocols or by other international agreements, the civilian population and the combatants shall at all times remain under the protection and authority of the principles of international law derived from established custom, from the principles of humanity and from the dictates of public conscience".

15 Además de prohibir en toda ocasión y circunstancia el empleo de minas antipersonal, la Convención de Ottawa de 1997, se convirtió en el primer instrumento humanitario de desarme en reconocer los derechos de las víctimas (AICM [s.f.]).

16 En relación con el principio de limitación, el Comité Internacional de la Cruz Roja en su manual de normas internacionales que rigen las operaciones militares señaló que se trata de un principio fundamental del derecho de los conflictos armados y comprende "las armas en el sentido más amplio, así como la manera en que se las emplea" (CICR, 2016, p. 212).

17 En relación con el principio de distinción, el Comité Internacional de la Cruz Roja en su manual de normas internacionales que rigen las operaciones militares señaló que este principio exige que las partes en un conflicto distingan entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares, y en consecuencia, dirijan sus operaciones únicamente contra combatientes y objetivos militares (CICR, 2016, p. 58).

18 Corte Constitucional. Sentencia C-991 de 2000. En palabras de la Corte, el

mencionada convención y su ley aprobatoria (Ley 554 de 2000).¹⁹ Dentro de las consideraciones que fundamentaron dicha decisión, se destaca el reconocimiento que hace la Corte respecto al hecho de que la utilización de minas antipersonal contraría los principios humanitarios mencionados.

En la sentencia mencionada, la Corte Constitucional estableció que un tratado como el de Ottawa contiene reglas que son compatibles con el DIH las cuales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 93^[20] y el inciso 2 del artículo 214^[21] de la Constitución Política, deben respetarse y se encuentran incorporadas en el derecho interno²² (C-991 de 2000). Por medio de las sentencias C-179 de 1994 y C-225 de 1995 la Corte Constitucional ya había manifestado que las disposiciones del DIH “se han establecido con el fin de proteger la dignidad de la persona humana y para eliminar la barbarie

Estado colombiano suscribió la Convención de Ottawa “en desarrollo de una política de defensa de los derechos humanos de sus habitantes, de humanización de sus conflictos, de protección al medio ambiente sano y de búsqueda, consecución y mantenimiento de la paz”.

- 19 Ley 554 del 14 de enero de 2000, “por medio de la cual se aprueba la Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción”, hecha en Oslo el 18 de septiembre de 1997.
- 20 Artículo 93. Incisos 1 y 2. “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.”
- 21 Artículo 214. Inciso 2. “Los estados de excepción a que se refieren los artículos anteriores se someterán a las siguientes disposiciones: [...] 2. No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario. Una ley estatutaria regulará las facultades del Gobierno durante los estados de excepción y establecerá los controles judiciales y las garantías para proteger los derechos, de conformidad con los tratados internacionales. Las medidas que se adopten deberán ser proporcionales a la gravedad de los hechos.”
- 22 De acuerdo con la Corte, los principios del DIH “no pueden reducirse a simples enunciados teóricos de propósitos loables de la comunidad internacional” (Sentencia C-991 de 2000).

en los conflictos armados” (C-179 de 1994). Además, se trata de disposiciones que versan sobre derechos humanos que no pueden siquiera limitarse en los estados de excepción y que hacen parte del bloque de constitucionalidad (C-225 de 1995).²³ Al respecto, en la Sentencia C-802 de 2002 la Corte Constitucional estableció que los Estados tienen prohibido proferir medidas excepcionales que no sean compatibles con las demás obligaciones que impone el derecho internacional a los Estados, como es el caso de las establecidas por el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH)²⁴.

23 Existe un núcleo de derechos humanos que no son susceptibles de suspensión durante estados de excepción. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) establece como parte de este núcleo los derechos a la vida (art. 4), a la integridad personal (art. 5), a la libertad de conciencia y de religión (art. 12), al reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 3), a la nacionalidad (art. 20), los derechos del niño (art. 19), los derechos políticos (art. 23), la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre (art. 6), el principio de legalidad y de retroactividad (art. 9). Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos incluye dentro del núcleo inderogable el derecho a la vida (art. 6), la prohibición de la tortura (art. 7), la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre (art. 8, párrafos 1 y 2), el principio de legalidad y de retroactividad (art. 15), el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y de religión (art. 18), el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 16) y la prohibición de penas privativas de la libertad por deudas (art. 11). De igual forma, hacen parte de este llamado núcleo inderogable los mecanismos de protección de dichos derechos: el recurso de amparo (art. 25.1 CADH), el recurso de hábeas corpus (art. 7.6 CADH), el debido proceso legal (art. 8 CADH) y las garantías que se derivan de la forma democrática de Gobierno (art. 29 CADH). No obstante, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas estableció por medio de la Observación General n.º 29 de 31 de agosto de 2001 que adicional a los derechos no susceptibles de derogación consagrados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos existen otras disposiciones indeformables como lo son: el trato humano y digno de toda persona privada de libertad, la prohibición de la toma de rehenes, los secuestros o la detención no reconocida, los derechos de las personas pertenecientes a minorías, la deportación o el traslado forzoso de población sin motivos autorizados por el derecho internacional.

24 La CADH establece esta prohibición en su artículo 27: “Suspensión de garantías: 1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta

La Corte señala en la Sentencia C-991 de 2000 que la fuerza normativa del DIH se deriva de “la universal aceptación de sus contenidos normativos por los pueblos civilizados y de la evidencia de los valores de la humanidad que estos instrumentos normativos recogen” (C-991 de 2000). Por esta razón, establece que la Convención de Ottawa de 1997 no contradice los mandatos constitucionales sino que, por el contrario, armoniza con ellos y con los principios del DIH y normas imperativas del *ius cogens* (C-991 de 2000).

Por otra parte, la Corte Constitucional estableció en la citada sentencia que las minas antipersonal constituyen un medio ilícito de combate y que dicha acepción fue reconocida por el Estado colombiano por medio de la ratificación de la Convención de Ottawa de 1997. Para la Corte, la prohibición de ciertas armas corresponde al rechazo de los Estados respecto de medios de guerra desproporcionados, que exceden los fines bélicos y que desconocen la dignidad humana (C-991 de 2000).

Además, en la sentencia citada la Corte estableció respecto de las minas antipersonal lo siguiente: (i) constituyen un arma de guerra nociva y con efectos indiscriminados; (ii) están diseñadas para matar y, en su defecto, para mutilar partes del cuerpo humano, con repercusiones psicológicas profundas en sus víctimas; (iii) al permanecer activas inde-

Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social”. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece la misma prohibición en su artículo 4.1: “En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social”.

finidamente, los efectos nocivos se prolongan aún después de la situación de conflicto armado; y (iv) su empleo es incompatible con el DIH puesto que desconoce los principios relativos a la protección de la población civil y a la limitación de los medios y métodos de combate para evitar males innecesarios (*cfr.* C-991 de 2000).

Así mismo, el artículo 3.º común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 prohíbe los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios de las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las Fuerzas Armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa (*cfr.* inciso 1 y apartado a) del artículo 3.º común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949).

En este sentido, el Estatuto de Roma establece en el artículo 8.º, inciso 2.c^[25], que se entiende por “crímenes de guerra”, en el caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, toda violación grave del artículo 3.º común a los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949. Igualmente, en el artículo 8.º, inciso 2.e, dentro de la lista de actos que constituyen violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados no internacionales se incluyen los ataques intencionales contra la población civil como tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades.

25 Por medio de la Sentencia C-290 de 2012, la Corte Constitucional establece que sólo las siguientes disposiciones del Estatuto de Roma hacen parte del bloque de constitucionalidad: el Preámbulo (C-928 de 2005); el artículo 6.º, referido al crimen de genocidio (C-488 de 2009); artículo 7.º, relacionado con los crímenes de lesa humanidad (C-1076 de 2002); artículo 8.º, mediante el cual se tipifican los crímenes de guerra (C-291 de 2007, C-172 de 2004 y C-240 de 2009); el artículo 20, referido a la relativización del principio de la cosa juzgada (C-004 de 2003 y C-871 de 2003), al igual que los artículos 19.3, 65.4, 68, 75 y 82.4, concernientes a los derechos de las víctimas (C-936 de 2010).

Sin embargo, en el caso de los miembros de la Fuerza Pública que, sin haber depuesto las armas por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, son víctimas del empleo de minas antipersonal, no existe una disposición que expresamente tipifique dicha conducta como un crimen de guerra. En consecuencia, se pregunta: ¿La infracción de la regla que prohíbe el uso de minas antipersonal constituye un crimen de guerra conforme al DIH cuando el sujeto pasivo es un miembro de la Fuerza Pública y el contexto es el de un conflicto armado no internacional? A continuación, se dilucidará este interrogante.

El Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg²⁶ con el fin de determinar los actos objeto de su competencia, definió los crímenes de guerra como violaciones de las leyes o los usos de la guerra. Acto seguido, incluyó una serie de conductas constitutivas de dichas violaciones, con la salvedad de que no se trata de una lista exhaustiva²⁷.

26 El Estatuto de Londres del Tribunal Militar Internacional de Núremberg se firmó el 8 de agosto de 1945. Por medio de este acuerdo se creó el Tribunal Militar Internacional de Núremberg. Por su parte, el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente, también conocido como “Tribunal de Tokio”, se creó “mediante la Declaración del Comandante Supremo de las Fuerzas Aliadas en el extremo Oriente (general Douglas McArthur) el 19 de enero de 1946. El Estatuto de dicho tribunal fue redactado solamente por los norteamericanos y era muy similar al Estatuto de Núremberg en cuanto a la definición de los crímenes a enjuiciar enumerados en su art. 5, siendo ellos los crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad” (Universitat de les Illes Balears, “Los tribunales militares internacionales”: <http://fci.uib.es/Servicios/libros/veracruz/Fraschina/1.-Los-Tribunales-Militares-Internacionales..cid210831>).

27 Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg. Artículo 6, literal b: “Crímenes de Guerra: A saber, violaciones de las leyes o usos de la guerra. En dichas violaciones se incluye el asesinato, los malos tratos o la deportación para realizar trabajos forzados o para otros objetivos en relación con la población civil de un territorio ocupado o en dicho territorio, el asesinato o malos tratos a prisioneros de guerra o a personas en alta mar, el asesinato de rehenes, el robo de bienes públicos o privados, la destrucción sin sentido de ciudades o pueblos, o la devastación no justificada por la necesidad militar, sin quedar las mismas limitadas a estos crímenes”.

De manera similar, el Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda²⁸ estableció en su artículo 4.º la competencia que le asiste para perseguir a las personas que cometieron o dieron la orden de efectuar infracciones graves del artículo 3.º común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y al Protocolo II de 1977 adicional a dichos Convenios e incluye una lista no taxativa de las violaciones (Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda, artículo 4.º).

Por su parte, el artículo 3.º del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia²⁹ confiere al Tribunal *ad hoc* la facultad de perseguir a los responsables de violar las leyes o costumbres de guerra. En ese sentido, incluyó como parte de su lista no exhaustiva el “empleo de armas venenosas y otros armamentos calculados para causar sufrimientos innecesarios”³⁰ como crimen de guerra bajo su jurisdicción. Al respecto, la Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia en el caso *Tadic* (caso IT-94-1 [El Fiscal vs. Tadic], 1995, párr. 87, 91) señaló que el artículo 3.º funcionaba como una cláusula residual, diseñada para asegurar que ninguna violación grave al derecho internacional humanitario quedara por fuera de

28 El Tribunal Penal Internacional para Ruanda fue creado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas el 8 de noviembre de 1994 con el fin de juzgar a los presuntos responsables de violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda, así como a los ciudadanos ruandeses presuntamente responsables por tales actos o violaciones cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1.º de enero y el 31 de diciembre de 1994 (Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda, artículo primero).

29 El Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia fue creado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, con el fin de juzgar a los presuntos responsables de violaciones del derecho internacional humanitario cometidas a partir de 1991 en el territorio de la Antigua Yugoslavia (Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, artículo primero).

30 Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia. Artículo 3.º: “El Tribunal Internacional tendrá facultades para perseguir a las personas que violen el derecho o costumbres de la guerra. Dichas violaciones incluirán, pero no se limitarán a: (a) empleo de armas venenosas y otros armamentos calculados para causar sufrimiento innecesario”.

la jurisdicción del Tribunal³¹ (caso IT-95-17/1 [El Fiscal vs. Furundzija], párr. 132-133).

Ahora bien, no solo los mencionados estatutos determinan en qué consisten los crímenes de guerra. La norma 156 del DIH consuetudinario establece que, constituyen crímenes de guerra las violaciones graves al DIH, es decir, aquellos actos cometidos en violación de las leyes y los principios relativos a la conducción de hostilidades (CICR, 2007). Estos pueden comprender violaciones graves tanto de las normas consuetudinarias como de las convencionales del DIH (CICR, 2007, p. 648). El Comité Internacional de la Cruz Roja en su estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario establece que, conforme con la práctica de los Estados, la regla 156 constituye una norma aplicable tanto en los conflictos armados internacionales como en los conflictos armados no internacionales (CICR, 2007, p. 643).

En relación con el empleo de armas prohibidas como crimen de guerra, el CICR indica que en el contexto de los conflictos armados internacionales, la lista de crímenes de guerra del Estatuto de la Corte Penal Internacional refleja normas de derecho consuetudinario (CICR, 2007, p. 659). De acuerdo con el CICR, son varios los manuales militares que establecen como crimen de guerra el empleo de armas prohibidas (*v. gr.*, manuales militares de Alemania, Australia, Ecuador, Estados Unidos, Nigeria, Reino Unido, República de Corea, Sudáfrica y Suiza) (CICR, 2007, p. 660) y también son varios los países que han tipificado como delito el empleo de armas prohibidas en virtud del derecho internacional (*v. gr.*, la legislación de Colombia³², El Salvador, España, Etiopía,

31 “El artículo 3 tiene un ámbito muy amplio. Cubre cualquier violación grave a alguna norma de derecho internacional humanitario consuetudinario, que comprende, conforme al derecho internacional convencional o consuetudinario, la responsabilidad penal individual de la persona que viola la norma” (Caso IT-95-17/1 [El Fiscal vs. Furundzija], párr. 132-133).

32 Código Penal. Artículo 142: “El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto

Finlandia, Italia, Mozambique, Nicaragua, Noruega, Nueva Zelanda, Polonia, Rusia, Uzbequistán) (CICR, 2007, p. 660).

Por otra parte, cuando el contexto es el de un conflicto armado no internacional, el Estatuto de Roma no incluye el empleo de armas prohibidas dentro de la lista de crímenes de guerra.³³ Sin embargo, el CICR en su estudio sobre las normas consuetudinarias del DIH señala:

Si se tiene en cuenta el hecho de que los Estados por medio de sus prácticas reconocen la gravedad de violaciones no incluidas en el listado del Estatuto, un tribunal tendría una base suficiente para llegar a la conclusión que, en un conflicto armado no internacional, esos actos constituyen crímenes de guerra (CICR, 2007, p. 678)³⁴.

Por ejemplo, la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia estableció en el caso Tadic que las consideraciones elementales de humanidad y sentido común hacen inadmisibles que las armas prohibidas en el contexto de conflictos armados internacionales sean permitidas cuando el contexto es el de un conflicto armado no internacional (cfr. caso IT-94-1 [El Fiscal vs. Tadic], 1995,

armado, utilice medios o métodos de guerra prohibidos o destinados a causar sufrimientos o pérdidas innecesarios o males superfluos incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses, multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento ochenta (180) meses”.

- 33 En relación con este tema, ESTUPIÑAN SILVA (2012, p. 191) establece lo siguiente: “[...] la incorporación, en el Estatuto de Roma, de los elementos de definición de los crímenes de guerra y el establecimiento de una lista exhaustiva de incriminaciones, fueron considerados como los medios más pertinentes para garantizar el respeto del principio *nullum crimen, nulla poena, sine lege*”.
- 34 Por ejemplo, en el caso de los tratados que prohíben el empleo de ciertas armas en cualquier tipo de conflicto, el CICR establece que dichos tratados requieren que ese empleo sea punible penalmente (*v. gr.*, la Convención de Ottawa relativa a las minas antipersonal y la Convención sobre las armas químicas) (CICR, 2007, p. 678).

párr. 71-89). Así mismo, la sala concluyó en dicha sentencia que aquello que es inhumano y, por lo tanto, está prohibido en los conflictos armados internacionales, no puede sino ser inhumano e inadmisibles en un conflicto de carácter interno (cfr. caso IT-94-1 [El Fiscal vs. Tadic], 1995, párr. 71-89).

El Estatuto de la Corte Penal Internacional define los crímenes de guerra como infracciones graves de los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados internacionales³⁵. Respecto de los conflictos armados no internacionales, el Estatuto de la Corte los define como violaciones graves del artículo 3.º común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 cometidos contra personas que no participen directamente de las hostilidades, incluyendo a los miembros de las Fuerzas Armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida o cualquier otra causa análoga³⁶.

Además, el Estatuto de Roma en el artículo 8-2-e tipifica las conductas constitutivas de violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no son de índole internacional. Dentro de ese listado no figura el empleo de armas que causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios, de manera que, de acuerdo con el Estatuto

35 Estatuto de Roma. Artículo 8, inciso 2, literales a y b.

36 Estatuto de Roma. Artículo 8, inciso 2, c: "En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las Fuerzas Armadas que hayan depuesto las armas y las que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa: i) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura; ii) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; iii) la toma de rehenes; iv) las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin previo juicio ante un tribunal regularmente constituido con todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables".

de Roma la señalada violación a las leyes y los usos de la guerra constituye un crimen de guerra únicamente para el caso de los conflictos armados internacionales (artículo 8-2-b-xx)³⁷. Según David (2009) (citado por ESTUPIÑÁN, 2013, p. 37), el Estatuto de Roma establece una lista exhaustiva de los crímenes de guerra objeto de su competencia como Tribunal Internacional, como una “garantía de respeto de la legalidad y de las reglas de procedimiento en materia internacional penal”.

No obstante, lo anterior no significa que los miembros de la Fuerza Pública que han sufrido las consecuencias del empleo de minas antipersonal por parte de las FARC-EP y el ELN³⁸ no sean considerados víctimas de un crimen de guerra. A la luz del DIH consuetudinario, el empleo de minas antipersonal contraviene, además de las disposiciones que establecen la protección de la población civil y de aquellos miembros de las Fuerzas Armadas que por enfermedad, herida o cualquier otra causa análoga hayan depuesto las armas, las disposiciones relativas a la prohibición de emplear

37 No obstante algunos Estados Parte han sugerido la realización de enmiendas al Estatuto de Roma con el propósito de ampliar el grupo de armas prohibidas, teniendo en cuenta las prohibiciones contenidas en Tratado tales como, la Convención de Ottawa de 1997 sobre el uso de minas antipersonal, ninguna ha sido aprobada (ESTUPIÑÁN, 2013, p. 90).

38 Según el informe de 2017 *La guerra escondida* del Centro Nacional de Memoria Histórica, las FARC y el ELN encontraron en las minas antipersonal “una herramienta insustituible para detener o retrasar el avance de las Fuerzas Militares y para tratar de defender el control territorial en disputa. El denominado Plan Renacer de las FARC planteaba precisamente la necesidad de aumentar los movimientos defensivos de la guerrilla y la movilidad de sus tropas para frenar el avance de las Fuerzas Armadas: ‘[...] ya conocemos que las minas son el único factor que los detiene y los intimida’ puesto que ellas ‘equilibran las cargas frente a un enemigo numeroso, bastante equipado, y con gran poder de fuego’, como puede leerse en un documento de la guerrilla donde precisamente se consignan los principios de dicho plan (Observatorio de la Consejería Presidencial para los Derechos Humanos, 2015, pp. 196-197)” (CNMH, 2017, p. 66).

medios y métodos de combate que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios.

La prohibición dirigida a limitar las armas y la manera como estas se emplean tiene por objeto proteger tanto a quienes no participan directamente en las hostilidades como a quienes participan directamente en ellas, de manera que no sean objeto de ataques encaminados a generar males superfluos o sufrimientos innecesarios. En razón de esto último, se puede establecer que, en efecto, la infracción de la regla que prohíbe el uso de minas antipersonal constituye un crimen de guerra conforme al DIH cuando el sujeto pasivo es un miembro de la Fuerza Pública.

Tal como lo estableció la Corte Constitucional en la Sentencia C-290 de 2012, “el legislador colombiano puede ir más allá de lo regulado por el Estatuto de Roma. En determinados casos, y actuando con base en su facultad de configuración normativa y su deber de protección de bienes jurídicos (art.2 superior), el legislador colombiano puede extender la protección de las víctimas a ciertos casos no regulados por el Estatuto de Roma (*v. gr.*, genocidio contra grupos políticos), sin que por ello se desconozca el objeto y fin del tratado internacional” (C-290 de 2012). Así mismo, la Corte estableció en la citada sentencia que las disposiciones contenidas en el Estatuto de Roma “no remplazan ni modifican las leyes nacionales de tal manera que a quien delinca en el territorio nacional se le aplicará el ordenamiento jurídico interno y las autoridades competentes al efecto son las que integran la administración de justicia colombiana” (C-290 de 2012). De acuerdo con lo anterior, el Congreso, en virtud de su libertad de configuración normativa, puede extender la protección a víctimas respecto de ciertos casos no regulados por el Estatuto de Roma, lo cual, en el caso que compete a este artículo, corresponde a la protección de los miembros de la Fuerza Pública víctimas de minas antipersonal.

El hecho de que en el Estatuto de Roma no se incluyeran dichos artefactos explosivos como parte del listado de me-

dios y métodos ilícitos de combate, cuando el contexto es el de un conflicto armado no internacional y, cuando, el sujeto pasivo de la infracción es un miembro de la Fuerza Pública no desplaza la normatividad penal interna que sanciona: (i) el empleo de todo medio y método de guerra prohibido o destinado a causar sufrimientos o pérdidas innecesarios o males superfluos (artículo 142, Código Penal)³⁹; (ii) el empleo, producción, comercialización, cesión y almacenamiento de minas antipersonal o vectores específicamente concebidos como medios de lanzamiento o dispersión de minas antipersonal (artículo 367 A, Código Penal); y (iii) la ayuda e inducción al empleo, producción y transferencia de minas antipersonal (artículo 367 B, Código Penal).

En consecuencia, el Estado colombiano tiene la obligación de perseguir y, de ser procedente, sancionar, conforme lo establece la normatividad penal interna, a los responsables por la comisión de dicha violación grave al DIH. En palabras de Estupiñán (2012, p. 207), los Estados tienen la obligación positiva de “protección de la población civil y de persecución y sanción de los responsables de los crímenes de guerra que se cometan hasta el fin de las hostilidades”. Por lo tanto, no obstante la existencia de la Corte Penal Internacional, ésta tiene un carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales (artículo 1.º, Estatuto de Roma),⁴⁰ de manera que, le corresponde en primer lugar al Estado la obligación de perseguir y sancionar a los responsables de los crímenes de guerra.

39 Código Penal colombiano. Artículo 142, cit.

40 Estatuto de Roma. Artículo 1.º. “La Corte. Se instituye por el presente una Corte Penal Internacional (‘la Corte’). La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales. La competencia y el funcionamiento de la Corte se regirán por las disposiciones del presente Estatuto.”

Por otra parte, en los casos relacionados con crímenes de guerra que están por fuera de la competencia de la Corte Penal Internacional, como lo es el uso de medios o métodos de guerra prohibidos o destinados a causar sufrimientos o pérdidas innecesarios o males superfluos (artículo 142, Código Penal) cuando el contexto es el de un conflicto armado no internacional⁴¹, el Estado tiene una obligación exclusiva y positiva de persecución y sanción de los responsables (ESTUPIÑÁN, 2013, p. 30)⁴².

II. MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA COMO VÍCTIMAS DE MINAS ANTIPERSONAL EN EL CONTEXTO DEL CONFLICTO ARMADO COLOMBIANO

Si bien los integrantes de la Fuerza Pública están constantemente expuestos a altos riesgos debido a la labor que les corresponde por mandato constitucional (Constitución Política, artículos 217 y 218)⁴³, ello no significa que toda lesión sufrida o privación de su vida corresponda a una consecuencia inexorable de la misión desempeñada.

41 En el marco de la configuración de este tipo penal y demás actos punibles que integran los “Delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario”, para la legislación penal colombiana no es relevante la naturaleza del conflicto armado.

42 Según ESTUPIÑÁN SILVA (2013, p. 30), en el ámbito del derecho internacional deben diferenciarse tres circunstancias, a saber: (i) las infracciones al DIH que no constituyen crímenes de guerra de derecho internacional. Casos en los cuales el Estado tiene una obligación exclusiva de protección de la población civil y de persecución y sanción de los responsables; (ii) los actos que, por su gravedad, constituyen crímenes de guerra aunque nunca se hayan considerado infracciones graves al DIH; y (iii) las infracciones al DIH que, en algunos casos, pueden ser la base de los elementos materiales de crímenes de guerra en el sentido internacional de la categoría, sin que importen las causas que hayan dado origen al conflicto armado.

43 Constitución Política de Colombia. Artículo 217. “La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. [...]”

Sobre el particular, el Centro de Investigación en Conflicto y Memoria Histórica Militar [CICMHM] (2016, p. 59) señala que, conforme a la actual legislación en la materia de víctimas en el contexto del conflicto armado se establece el reconocimiento de la condición de víctima de los miembros de la Fuerza Pública, así:

Se considerarán como víctimas a los miembros de la Fuerza Pública que hayan sufrido lesiones transitorias o permanentes que ocasionen algún tipo de discapacidad física, psíquica y/o sensorial (visual o auditiva), o menoscabo de sus derechos fundamentales, como consecuencia de las acciones de algún integrante o miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley (Congreso de la República de Colombia, Ley 975 de 2005, artículo 5).

Cuando los miembros de la Fuerza Pública sean víctimas en los términos del presente artículo, su reparación económica corresponderá por todo concepto a la que tengan derecho de acuerdo al régimen especial que les sea aplicable. De la misma forma, tendrán derecho a las medidas de satisfacción y garantías de no repetición señaladas en la presente ley (Congreso de la República de Colombia, Ley 1448 de 2011, artículo 3.º, parágrafo 1).

En razón de lo anterior, la noción de *víctimas* incluye también a los miembros de la Fuerza Pública que con ocasión y en desarrollo del conflicto armado interno han sido afectados por métodos y medios de guerra prohibidos por las normas del DIH, como es el caso de las minas antipersonal (cfr. CICMHM, 2016, p. 59).

En el periodo comprendido entre los años 1990 y 2018, 7.053 miembros de la Fuerza Pública han sido víctimas de la utilización de minas antipersonal por parte de los grupos armados organizados⁴⁴ (AICM, 2018).⁴⁵ Dado que el empleo

44 El Centro Nacional de Memoria Histórica destaca en su informe *La guerra*

de tales artefactos explosivos viola el principio básico del DIH de limitación del derecho de las partes en conflicto a elegir sus medios y métodos de combate, los integrantes de la Fuerza Pública afectados por tales artefactos explosivos son víctimas de un crimen de guerra.

Al respecto, la Corte Constitucional estableció en la Sentencia C-1076 de 2002 que la noción de *crimen de guerra* está estrechamente relacionada con los medios y métodos de combate, es decir, las armas que los combatientes emplean y la forma en que hacen uso de éstas durante la conducción de hostilidades. En consecuencia, la noción de *crimen de guerra* abarca tanto a civiles como a combatientes como sujetos pasivos.

Por su parte, la Ley 1448 de 2011^[46], por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno, reconoce explícita-

-
- escondida* el hecho de que Colombia ocupa el segundo lugar en el mundo en número de víctimas de Minas Antipersonal (MAP) y Remanentes Explosivos de Guerra (REG) y el primero en número de víctimas de la Fuerza Pública por estos artefactos explosivos. Por su parte, la Fundación Seguridad y Democracia señaló en el informe titulado “Conflicto armado y minas antipersonal en Colombia” que las Fuerzas Militares admiten que una de cada tres víctimas en enfrentamientos contra insurgentes se debe a la acción de las minas antipersonal. Recuperado de http://www.acnur.org/t3/uploads/media/col_1699.pdf.
- 45 Cifra obtenida de la Dirección para la Acción Integral contra Minas Antipersonales. Periodo comprendido entre 1990 y 2018. En el ámbito internacional, Colombia es el país con mayor número de víctimas militares, seguido por Siria; en 2014 ocupó el segundo lugar en nuevas víctimas de minas antipersonal, después de Afganistán donde se presentaron 1296 víctimas y seguido por Myanmar con 251; y es el tercer país con mayor número de víctimas en los últimos 15 años, antecedido por Camboya y Afganistán (Alta Consejería Presidencial para el Posconflicto, Dirección para la Acción Integral contra Minas Antipersonal, Plan Estratégico de Acción Integral contra Minas Antipersonal 2016-2021 “Colombia Libre de Sospecha de Minas Antipersonal a 2021”. Bogotá, mayo de 2016, p. 5).
- 46 Ley 1448 del 10 de junio de 2011, por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones. Esta ley está reglamentada por los decretos 4800 de 2011 y 3011 de 2013.

mente en el párrafo primero del artículo 3.º que los miembros de la Fuerza Pública pueden ser víctimas del conflicto armado interno en los términos señalados por aquella, es decir, cuando individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1.º de enero de 1985⁴⁷, como consecuencia de infracciones al DIH o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de derechos humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno⁴⁸.

Así las cosas, al ser reconocida su condición de víctimas, los miembros de la Fuerza Pública⁴⁹ tienen derecho a que se

47 La Corte Constitucional mediante la Sentencia C-250 de 2012 declaró exequible la expresión “a partir del primero de enero de 1985”. Al respecto estableció lo siguiente: “La limitación temporal no resulta desproporcionada respecto de los derechos de las víctimas pues, por una parte, la fecha del primero de enero de 1985 precisamente cubija el periodo histórico en el cual se produce el mayor número de víctimas y se agravan las violaciones al derecho internacional humanitario y las normas internacionales de derechos humanos, por otra parte las víctimas anteriores a ese periodo resultan cubijadas por otro tipo de medidas de reparación, señaladas en el párrafo cuarto del artículo tercero de la ley, a saber: el derecho a la verdad, medidas de reparación simbólica y a las garantías de no repetición previstas en la presente ley, como parte del conglomerado social y sin necesidad de que sean individualizadas”.

48 Mediante la Sentencia C-781 de 2012, la Corte Constitucional declaró exequible la expresión “ocurridas con ocasión del conflicto armado interno”. Al respecto la Corte estableció lo siguiente: “La expresión ‘con ocasión del conflicto armado’, inserta en la definición operativa de ‘víctima’ establecida en el artículo 3.º de la Ley 1448 de 2011, delimita el universo de víctimas beneficiarias de la ley de manera constitucional y compatible con el principio de igualdad, como quiera que quienes lleguen a ser consideradas como tales por hechos ilícitos ajenos al contexto del conflicto armado, aun cuando no sean beneficiarios de la Ley 1448 de 2011, pueden acudir a la totalidad de las herramientas y procedimientos ordinarios de defensa y garantía de sus derechos provistos por el Estado colombiano y su sistema jurídico”.

49 En entrevista realizada por la *Revista Semana*, María Elisa Pinto, encargada de la investigación para el informe *La guerra escondida* realizado por el Centro Nacional de Memoria Histórica, comentó: “Semana.com: ¿De dónde surge la necesidad de hacer este informe? María Elisa Pinto (M. E. P.): El informe comenzó a hacerse en 2015 porque el Centro Nacional de Memoria Histórica (CNMH) se dio cuenta que en el informe Basta Ya (2013) no se ahondó lo suficiente en el tema de minas siendo Colombia, en esa época, el segundo país más afectado por estos explosivos. Además había un llamado muy fuerte de la

les garanticen los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y la garantía de no repetición de los actos que, con ocasión del conflicto armado, violaron manifiestamente sus derechos humanos. Bajo esta premisa, el Estado colombiano tiene el deber de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de la comisión de los crímenes. Tal como lo estableció la Corte Constitucional en la Sentencia C-912 de 2013 y reiteró en la Sentencia C-161 de 2016, una parte esencial de la reparación integral de las víctimas es el reconocimiento público del crimen cometido y el reproche de este y, por lo tanto, el hecho de desconocer o minimizar los crímenes cometidos significaría vulnerar nuevamente sus derechos (C-912 de 2013 y C-161 de 2016).

En el caso de las minas antipersonal, este tipo de arma tiene dos particularidades, a saber: (i) están diseñadas principalmente para herir de gravedad al adversario, es decir, ocasionarle un enorme sufrimiento y no necesariamente su muerte (CNMH, 2017, p. 99); y (ii) las víctimas sufren las consecuencias de la atrocidad sin saber quién la ocasionó.

En relación con la primera particularidad, se encuentra que cuando un miembro de la Fuerza Pública la activa y logra sobrevivir a su efecto mortal, este debe atravesar un arduo y largo proceso de recuperación física y psicológica⁵⁰. Al respecto, los testimonios de hombres desmovilizados de las FARC-EP sobre el objetivo principal del empleo de minas

Fuerza Pública por reconocer a sus miembros afectados por esta problemática como víctimas del conflicto. *Semana.com*: ¿Por qué pueden considerarse como víctimas en este caso? M. E. P.: Porque usar minas antipersonal está prohibido por el derecho internacional humanitario entonces usarlas es un crimen de guerra y por ende quienes caigan en ellas son víctimas. Y este informe fue la oportunidad perfecta para reconstruir la memoria histórica de las víctimas de la Fuerza Pública, algo que hasta el momento el CNMH no había hecho" (*Revista Semana*, 2017).

50 Según el informe *La guerra escondida*, del Centro Nacional de Memoria Histórica, las guerrillas, a través del uso de minas antipersonal, "han buscado más que matar al adversario, herirlo y causarle una discapacidad" (CNMH, 2017, p. 100).

antipersonal, contenidos en el informe del CNMH *La guerra escondida*, de 2017, permiten entrever con gran claridad la crueldad detrás de la siembra de estos artefactos explosivos:

[...] uno ya tiene esa vaina en la mente que uno tiene que acabar con el enemigo así de esa forma y para *sicologizarlo*, asustarlo ¿entiende? porque [...] lo importante es que queden sin patas [...] que queden sin piernas, sin nada, más sicología para ellos [...] porque saben que una minita de esas, sea como sea, le mocha, tiene que mocharlo (Fundación Prolongar, hombre retirado de las FARC, entrevista, Villavicencio, 2015, citado por CNMH, 2017, p. 99).

En primer lugar, la discapacidad se ha usado como un ataque directo sobre el cuerpo del adversario, no propiamente para aniquilarlo o acabar con su existencia, sino para dejarlo “lisiado”: “el interés de la guerrilla no es matar al Ejército sino dejarlo lisiado de guerra”. (Fundación Prolongar, hombre retirado de las FARC, sobreviviente de Minas Antipersonal, entrevista, Medellín, 2015, citado por CNMH, 2017, p. 100).

Si se va hacer la mina TNT, ¿entonces qué vamos hacer? Si vamos a reforzar esa mina entonces le revolvemos cordón detonante, a eso le metemos cadena de motosierra, balines, etc., cosa que se produjo la explosión y no solamente mochó, amputó la pata o el pie, sino que esa esquirla perjudica a los demás ¿no? Al que vaya cerquita, entonces no solamente quedó él amputado, sino que atrás o adelante hay otros heridos que esa esquirla produjo más daño (Fundación Prolongar, ex comandante de las FARC desmovilizado, entrevista, Apiay, 2015, citado CNMH, 2017, p. 100).

Según las investigaciones y entrevistas realizadas, el CNMH concluyó en el mencionado informe que el empleo de minas antipersonal “busca poner a las personas afectadas en una situación de debilidad, marginalidad e inferioridad. Se trata entonces de producir la discapacidad como un arma de guerra que debilita a la contraparte tanto física como psicológicamente” (CNMH, 2017, p. 100).

De acuerdo con lo anterior, se puede establecer que, en efecto, las minas antipersonal son sembradas con la intención de causar graves sufrimientos a los integrantes de la Fuerza Pública. Sobre este aspecto en particular, un ex comandante de las FARC-EP desmovilizado en entrevista con el CNMH y dos militares sobrevivientes de mina antipersonal, en entrevista con el Comando General de las Fuerzas Militares, expresaron lo siguiente:

Porque qué decía Marulanda, decía que [...] con artefactos de grande potencia, grande poder, pues se mataba al enemigo pero no quedaba un factor que lo llaman allá “el factor psicológico”, que el factor psicológico es lo que influye mucho dentro de la guerra. ¿Cómo cuál? el soldado muere y se acabó la historia [...] mientras el soldado queda mocho o la persona que sea queda mocho, tiene mucho que contar, tiene mucho el mismo país que ver, queda el factor psicológico no en él sino en el resto de tropas (Fundación Prolongar, ex comandante de las FARC desmovilizado, entrevista, Apiay, 2015, citado por CNMH, 2017, p. 103).

Al principio uno no acepta verse mutilado. Se llega a pensar para qué sirve la vida así, cuando las metas, los sueños y las esperanzas ya no están. Surgen preguntas: ¿qué va a pasar con la carrera? Me sentía con la autoestima más baja; [...] (Comando General de las Fuerzas Militares, 2008, p. 58).

Un artefacto explosivo de esas características puede generar entre tres y cuatro mil grados centígrados de temperatura que, sumados a la tierra y a las esquirlas que me cayeron en los ojos, hicieron que perdiera la vista (Comando General de las Fuerzas Militares, 2008, p. 66).

Por su parte, la segunda particularidad de las minas antipersonal podría resumirse así: las víctimas no saben quién las hirió, sus familiares no saben quién les quitó la vida. Las víctimas de dichos artefactos explosivos además de tener que pasar por un extenso y doloroso proceso de recuperación, difícilmente pueden ver satisfecho a plenitud su

derecho a conocer la verdad sobre lo ocurrido. En el caso de los miembros de la Fuerza Pública víctimas de minas antipersonal, el hecho de no reconocer lo ocurrido a estos como una violación grave al derecho internacional humanitario impide la identificación de los responsables y por ende, el adecuado restablecimiento de sus derechos.

En otras palabras, quienes han activado minas antipersonal no son víctimas de un accidente. Estos artefactos explosivos son sembrados por los grupos armados con la intención de causar graves daños a la vida e integridad personales. En consecuencia, cada una de las víctimas de dicho flagelo tiene el derecho a conocer las circunstancias en la que se desarrolló tal violación grave de sus derechos humanos y los responsables de su comisión (*cf.* ICTJ, s.f.).

En palabras de AUDOIN-ROUZEAU (2006), citado por CNMH (2017, p. 201), las minas antipersonal son “capaces de matar y mutilar sin presencia enemiga alguna”, como ya se mencionó, una de sus particularidades es que con ellas “no se sabe quién te mata”. Debido a ello, muchas de las víctimas recaen en la autoinculpación, especialmente cuando se trata de un miembro de la Fuerza Pública.

De acuerdo con el informe *La guerra escondida* de 2017, la autoinculpación tiene su origen en el hecho de “no poder encontrar explicación al hecho violento que transforma sus cuerpos, sus relaciones sociales y vínculo con el territorio” (CNMH, 2017, p. 202). Inclusive, el hecho de denominar al hecho victimizante “accidente” permite entrever la adjudicación de responsabilidad en la persona que activa el artefacto explosivo y no en el grupo guerrillero que lo implantó con la intención de generar daños atroces (CNMH, 2017, p. 202). El CNMH denomina a esta situación “una asignación de la culpa perversa de los verdaderos responsables hacia las víctimas” (CNMH, 2017, p. 201).

En el informe “Esa mina llevaba mi nombre” del CNMH de 2016, se observa cómo militares sobrevivientes asumieron

en algún momento la responsabilidad por haber activado varias minas antipersonal:

Vi a un guerrillero muerto, me fui a quitarle el fusil y ahí pisé la mina. Era una de esas que llaman tipo candonga o araña, se pisa una y se activan todas. Y yo, el puntero de una escuadra de doce, fui quien las activó. Con la explosión, la tierra tembló. Solo dos sobrevivimos. Fue una carnicería brava [...] (CNMH, 2016, pp. 34-36). Me sentía culpable. ¡Es que yo activé los explosivos! ¡Casi toda mi escuadra murió ahí mismo! [...]. Mientras estuve en el Batallón de Sanidad tuve tratamiento psicológico [...]. Entonces entendí: nadie tuvo la culpa. Fue un accidente. Ese día tocaba y ya. ¿No ve que las minas tienen nombre propio? Claro que lo tienen. Pregúntele a otros, van a decir lo mismo. [...] El primero de mayo de 2008, en la vereda La Cristalina de Puerto Rico, Caquetá, había una mina con mi nombre (CNMH, 2016, p. 40).

¡Me dolió tanto! Quería explicarle que no era mi culpa, pero, a la vez, me sentía culpable de todo lo que ocurría. Hidaldí siempre me pidió que me saliera del Ejército y ahí estaba, sufriendo por cuenta mía y yo ni siquiera podía asegurarle que iba a sobrevivir. (CNMH, 2016, p. 59).

Debido a la impunidad general que rodea a este crimen de guerra (CNMH, 2017, p. 201), son muchas las víctimas que asumen lo sucedido como algo que tenía que ocurrirles o lo adjudican a errores tácticos, negligencia en la ejecución de normas de seguridad, agotamiento o distracción de su parte (CNMH, 2016, p. 206). Es en este aspecto donde se advierte la importancia que tiene para la reparación de estas víctimas la conducción de una investigación *ex officio*, seria, eficaz y sin dilación con el objeto de otorgarles un rostro a los verdaderos responsables de dicha atrocidad y como consecuencia de ello, proceder al juzgamiento y a la imposición de las sanciones del caso.

Al respecto, se encuentra que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) en el caso

Perozo y otros vs. Venezuela, sentencia del 28 de enero de 2009, estableció que dada la naturaleza y gravedad de ciertos hechos, especialmente cuando se trata de un contexto de violación sistemática de derechos humanos, los Estados Partes están obligados a realizar una investigación *ex officio*, sin dilación, seria, imparcial y efectiva, de acuerdo con las exigencias del debido proceso. En caso de incumplimiento, se genera responsabilidad internacional del Estado (Caso Perozo y otros vs. Venezuela, sentencia del 28 de enero de 2009, párr. 298).

Por último, se abordará en el siguiente acápite la normatividad pertinente sobre la obligación que le corresponde al Estado colombiano de perseguir y sancionar a los responsables de emplear, producir, almacenar o transferir minas antipersonal. De acuerdo con esto, se analizará el contenido y alcance de dicha obligación en un contexto ordinario y en una situación excepcional como lo es la justicia transicional⁵¹.

III. EL DEBER DE INVESTIGAR, JUZGAR Y SANCIONAR

LAS VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS GRAVES INFRACCIONES AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Colombia como Estado Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH) tiene la “obligación general de respetar los derechos humanos y el deber de adoptar medidas internas para garantizarlos” (Comisión Colombiana de Juristas, 2007, p. 16). Específicamente, la CADH en su artículo 1.º, inciso 1, establece que los Estados Partes están obligados a respetar los derechos y libertades

51 Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, 24 de noviembre de 2016. Acto Legislativo 01 de 4 de abril de 2017, “por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones”.

reconocidos en la Convención y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción⁵².

Dicha obligación general, en términos de la Corte IDH, comprende⁵³:

El deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos (Caso Velásquez Rodríguez, 1988, párr. 166).

Como consecuencia de dicha obligación de respeto y garantía de los derechos humanos, la Corte IDH estableció en el caso

-
- 52 Así mismo, establece en su art. 25 que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o por la misma Convención.
- 53 Como intérprete autorizado de la CADH, las interpretaciones efectuadas por la Corte IDH, en relación con la obligación general de respeto de los derechos humanos, resulta fuente vinculante para el Estado colombiano en razón de lo establecido en el inciso segundo del artículo 93 de la Constitución Política, a saber: “Los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. Conforme lo establecido por la Corte Constitucional en las sentencias C-551 de 2003, C-038 de 2004 y C-488 de 2009, el inciso segundo del señalado artículo cumple una función interpretativa, puesto que, al elevar a rango constitucional todos los tratados de derechos humanos que han sido ratificados por Colombia que, a su vez, se refieren a derechos consagrados en la Constitución, el intérprete, en virtud de la regla hermenéutica de favorabilidad, debe escoger y aplicar la regulación que sea más favorable a la vigencia de los derechos humanos (C-551 de 2003, C-038 de 2004 y C-488 de 2009). Es, entonces, en razón de la función interpretativa del bloque de constitucionalidad como la Corte Constitucional ha acogido las decisiones y recomendaciones de instancias internacionales encargadas de interpretar los tratados de derechos humanos, como lo son la Corte IDH, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, los comités de monitoreo de tratados de Naciones Unidas, los comités de monitoreo de Naciones Unidas, entre otras (C-715 de 2012 y C-327 de 2016) como un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido y alcance de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales (C-327 de 2016).

Velásquez Rodríguez vs. Honduras, sentencia del 29 de julio de 1988, que los Estados Partes tienen el deber de prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y, de ser posible, procurar el restablecimiento del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos (Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, 1988, párr. 166). En ese sentido, la Corte IDH estableció en el citado caso, que la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se limita a la existencia de un orden normativo orientado a su cumplimiento, sino que ésta requiere, a su vez, acciones gubernamentales que aseguren la real y eficaz garantía de esos derechos (Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, 1988, párr. 167).

De igual forma, en el caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia, sentencia del 14 de noviembre de 2014, la Corte IDH indicó que a la luz de los artículos 1.1 y 2 de la Convención, los Estados Partes tienen una obligación general de garantizar el respeto de los derechos humanos protegidos por la Convención y de esta obligación se deriva el deber de perseguir conductas ilícitas que contravengan derechos reconocidos en la misma. Para la Corte IDH, la obligación de investigar comprende la investigación, identificación, el procesamiento, el juicio y, en su caso, la sanción de los responsables (Caso Rodríguez Vera y otros [Desaparecidos del Palacio de Justicia] vs. Colombia, 2014, párr. 460).

Así mismo, en cumplimiento de la obligación general estipulada en el artículo 1.1 de la CADH, los Estados Partes también deben observar lo dispuesto por la CADH en los artículos 8.1 y 25. El primero, comprende el derecho de toda persona a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial. El segundo establece el derecho de toda persona a un recurso sencillo y rápido, o a cualquier otro recurso efectivo, ante los jueces o tribunales compe-

tentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales.

En igual sentido, la Corte IDH señaló en el caso *Durand y Ugarte vs. Perú*, sentencia del 16 de agosto de 2000, que el artículo 8.1 de la Convención en relación con el artículo 25 de este mismo instrumento confiere a los familiares de las víctimas de desaparición y ejecución extrajudicial el derecho a que las violaciones sufridas “sean efectivamente investigadas por las autoridades del Estado; se siga un proceso contra los responsables de estos ilícitos; en su caso se les impongan las sanciones pertinentes, y se reparen los daños y perjuicios que dichos familiares han sufrido” (Caso *Durand y Ugarte s. Perú*, 2000, párr. 130).

La relación entre los artículos 1.1, 8.1 y 25 de la CADH es explicada por la Corte IDH con mayor claridad en el caso *Yvon Neptune vs. Haití* (sentencia del 6 de mayo de 2008):

La Corte ha sostenido que, según la Convención Americana, los Estados Parte están obligados a suministrar recursos judiciales efectivos a las personas que aleguen ser víctimas de violaciones de los derechos humanos (artículo 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8.1), todo ello dentro de la obligación general, a cargo de los mismos estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1.1) (Caso *Yvon Neptune vs. Haití*, 2008, párr. 77).

Por otra parte, la Corte IDH ha establecido que la investigación de la violación de determinado derecho constituye un medio para amparar, proteger o garantizar ese derecho (Caso *Perozo y otros vs. Venezuela*, 2009, párr. 298). De acuerdo con la Corte IDH, la obligación de investigar adquiere mayor relevancia ante la gravedad de los delitos cometidos y la naturaleza de los derechos lesionados (Caso *Perozo y otros vs. Venezuela*, 2009, párr. 298). Por ejemplo, en los casos de afectación de derechos como la libertad personal,

la integridad personal y la vida, la realización de una investigación *ex officio*, sin dilación, seria, imparcial y efectiva, constituye un elemento fundamental y condicionante para la protección de aquellos (Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, 2006, párr. 145).

Además de los anteriores criterios para la conducción de una investigación seria, eficaz y respetuosa de la protección de los derechos de las víctimas de violaciones de derechos humanos, la Corte IDH también ha manifestado que, en lo concerniente al proceso de investigación y el trámite judicial, las víctimas o sus familiares deben contar con “amplias oportunidades para participar y ser escuchados, tanto en el esclarecimiento de los hechos y la sanción de los responsables, como en la búsqueda de una justa compensación” (Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia, 2005, párr. 219).

Además de constituir un medio para el respeto, protección y garantía del ejercicio libre y pleno de los derechos consagrados en la CADH, la conducción de una investigación a la luz de los parámetros establecidos por la Corte IDH, en donde se determinen las responsabilidades individuales penales y de otra índole, permite: (i) reparar a las víctimas por medio del esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes (Caso Rodríguez Vera y otros [Desaparecidos del Palacio de Justicia] vs. Colombia, 2014, párr. 511); (ii) erradicar la impunidad⁵⁴ en relación con las violaciones de derechos humanos (Caso Perozo y otros

54 La Corte Interamericana de Derechos Humanos define la impunidad como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares” (Caso Paniagua Morales y otros contra Guatemala, sentencia del 8 de marzo de 1998, párr. 173).

vs. Venezuela, 2009, párr. 298)⁵⁵; y (iii) prevenir la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas (Caso Perozo y otros vs. Venezuela, 2009, párr. 173)⁵⁶.

No obstante lo anterior, hasta el momento en Colombia solo existen dos condenas por el empleo de minas antipersonal (las cuales ya fueron referenciadas al inicio de este escrito). La primera corresponde a la sentencia del 8 de octubre de 2012, proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Ibagué (Tolima) en donde se condena a Oswaldo Puentes Ramírez y a José Ovidio Enciso

55 Mediante la Sentencia SU-254 de 2013, la Corte Constitucional de Colombia sintetizó los lineamientos establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con el derecho a la justicia, en los siguientes puntos: (i) una obligación de prevención de los atentados y violaciones de derechos humanos, y de otra, (ii) una vez ocurrida la violación, la garantía de acceso a un recurso judicial sencillo y eficaz por parte de las víctimas, lo cual supone a su vez (iii) la obligación de los Estados partes de investigar y esclarecer los hechos ocurridos, así como (iv) la de perseguir y sancionar a los responsables, (v) accionar que debe desarrollarse de manera oficiosa, pronta, efectiva, seria, imparcial y responsable por parte de los Estados. Así mismo, (vi) ha establecido la CIDH que estos recursos judiciales se deben adelantar con respeto del debido proceso, (vii) dentro de un plazo razonable, y (viii) que figuras jurídicas tales como la prescripción penal, la exclusión de la pena o amnistías son incompatibles con graves violaciones de los derechos humanos. Finalmente, (ix) ha insistido la CIDH que todas estas obligaciones se dirigen a cumplir con el deber de los Estados de prevenir y combatir la impunidad, la cual es definida por la Corte como la falta de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana. En el mismo sentido, (x) ha insistido la Corte en la gravedad de las consecuencias que apareja la impunidad, tales como la repetición crónica de las violaciones y la indefensión de las víctimas y sus familiares.

56 En la citada sentencia la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció: “[...] que en Guatemala existió y existe un estado de impunidad respecto de los hechos del presente caso entendiéndose como impunidad la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares”.

Clavijo por la comisión de los delitos de empleo, producción, comercialización y almacenamiento de minas antipersonal y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones (sentencia del 8 de octubre de 2012, p. 1). En esta sentencia el Juzgado determinó que los acusados conocían la antijuricidad de su conducta puesto que los artefactos explosivos tipo mina antipersonal hallados en su posesión estaban destinados para herir a las personas que transitaran por la zona (sentencia del 8 de octubre de 2012, p. 7).

Dicha decisión fue confirmada por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Ibagué (Tolima) en sentencia del 25 de septiembre de 2014. El Tribunal confirmó que, en efecto, los condenados fueron sorprendidos en situación de flagrancia, sembrando el artefacto explosivo en un camino transitado tanto por personas civiles como por militares (sentencia del 25 de septiembre de 2014, p. 14).

En dicha sentencia confirmatoria la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Ibagué señaló, a su vez, que la conducta desplegada por lo imputados

corresponde al flagelo que viene azotando al país entero, sobre todo utilizando medios de guerra prohibidos por los convenios internacionales por su gran poder de daño tanto a las partes en conflicto como a la población civil, valga decir, su indeterminación de víctimas, máxime como en el asunto que ocupa la atención del Despacho, el artefacto ya estaba plantado, y apto para afectar los bienes jurídicos más importantes (pp. 16-17) [énfasis agregado].

La segunda es la sentencia del 18 de marzo de 2015, por medio de la cual el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado dictó condena por preacuerdo en contra de Oscar Mauricio Pinto Cordero, alias el “Silencioso”, por los delitos de rebelión, terrorismo y utilización de medios y métodos de guerra ilícitos. Durante catorce años, el acusado había hecho parte de las Redes de Apoyo al Terrorismo (RAT) del frente 21 de las

FARC-EP y tenía a su cargo la realización de acciones terroristas contra la Fuerza Pública como lo fue la instalación de campos minados en el sector del sur del Tolima (pp.1-5). En relación con la conducta desplegada por alias el “Silencioso”, el citado Juzgado Penal manifestó lo siguiente:

Se encuentra demostrada la responsabilidad del señor Oscar Mauricio Pinto Cordero[,] quien hacía parte de las FARC, en calidad de miliciano, actuar delictivo que consistía en instalar artefactos u [sic] explosivos por el sector del sur del Tolima, métodos ilícitos de guerra, así como también contribuir a las extorsiones llamadas “vacunas” exigidas por las FARC a la población, [...] debe responder por haber transgredido los bienes jurídicos que atentan contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, de la seguridad pública y contra el régimen constitucional y legal. [...] (pp. 4-5).

Como se puede observar, en las citadas sentencias se reconoce que las minas antipersonal constituyen un medio de guerra prohibido que atenta no solo contra las personas y los bienes protegidos por el DIH sino también, contra las partes en conflicto⁵⁷. Al tratarse de un acto prohibido por las leyes y costumbres de la guerra así como por el ordenamiento jurídico interno, el Estado colombiano debe aunar esfuerzos en el establecimiento de responsabilidades por el empleo de

57 Acorde con lo establecido por las disposiciones del DIH consuetudinario, el empleo de medios y métodos de guerra prohibidos constituye un crimen de guerra, ya sea que la víctima haga parte de la categoría de persona protegida conforme lo dispone el artículo 3.º común a los Convenios de Ginebra de 1949 o se trate de un miembro de las Fuerzas Militares. Por otra parte, conforme lo establece la legislación penal interna en el artículo 142, se sanciona la utilización de medios o métodos de guerra prohibidos o destinados a causar sufrimientos o pérdidas innecesarios o males superfluos. Así mismo, se sanciona por medio de los artículos 367 A y 367 B del Código Penal, el empleo, producción, comercialización, cesión, almacenamiento, directo o indirecto de minas antipersonal o vectores específicamente concebidos como medios de lanzamiento o dispersión de minas antipersonal así como la ayuda e inducción al empleo, producción y transferencia de dichos artefactos explosivos.

minas antipersonal en aras de satisfacer los derechos a la verdad, a la justicia, a la reparación y a la garantía de no repetición de todas las víctimas de dichos artefactos explosivos.

IV. EL DEBER DE INVESTIGAR, JUZGAR Y SANCIONAR A LOS RESPONSABLES POR LA COMISIÓN DE VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS Y GRAVES INFRACCIONES AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO EN EL MARCO DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL⁵⁸

El Protocolo II de 1977 Adicional a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 establece en su artículo 6.5 que, una vez han cesado las hostilidades, las autoridades deben procurar conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado interno o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con este.

Sin embargo, la citada norma del DIH convencional debe aplicarse bajo los términos de la norma consuetudinaria 159 del DIH⁵⁹, mediante la cual se exceptúa la concesión de amnistías a las personas sospechosas o acusadas de haber cometido crímenes de guerra o que se encuentren condenadas por este motivo. Igualmente, las señaladas amnistías deben ser

58 De acuerdo con lo establecido por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, los mecanismos de justicia transicional están orientados a “resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de lograr que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación” (“El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos”, Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, 4. Citado en Corte Constitucional. Sentencia C-579 de 28 de agosto de 2013).

59 Norma 159: “Cuando hayan cesado las hostilidades, las autoridades en el poder se esforzarán por conceder la amnistía más amplia posible a quienes hayan participado en un conflicto armado no internacional o a las personas privadas de libertad por razones relacionadas con el conflicto armado, salvo a las personas sospechosas o acusadas de haber cometido crímenes de guerra, o que estén condenadas por ello”.

compatibles con lo establecido por la norma consuetudinaria 158 del DIH sobre la obligación que tienen los Estados de investigar los crímenes de guerra que sean de su competencia y encausar, en caso de procedencia, a los imputados⁶⁰.

Como se puede observar, las mencionadas normas del DIH consuetudinario establecen la obligación de investigar y juzgar a los responsables de los crímenes de guerra, y la prohibición de conceder amnistías e indultos a personas que en razón de un conflicto armado interno sean sospechosas o hayan sido condenadas por la comisión de aquellos. En este sentido, en la sentencia del 25 de octubre de 2012, caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, la Corte IDH estableció que la norma sobre amnistía consagrada en el Protocolo II de 1977 no es absoluta puesto que existe en el DIH una obligación de los Estados de investigar y juzgar los crímenes de guerra, establecida en las normas 158 y 159 del DIH consuetudinario.

La Corte IDH concluyó en la mencionada sentencia que una vez cesado el conflicto armado interno, el Estado de El Salvador tenía la obligación de investigar y sancionar, por medio de los tribunales de justicia ordinarios, las graves violaciones de derechos humanos que estableciera la Comisión de la Verdad, de manera que dichos crímenes no quedaran impunes y se evitara su repetición (Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, 2012, párr. 288).

Por su parte, el juez García Sayán, en voto concurrente del citado caso, señaló que no obstante estar permitidas las

60 En relación con la obligación de investigar, juzgar y sancionar a los responsables por la comisión de infracciones a las leyes y los usos del DIH, el DIH consuetudinario establece en las normas 158 y 159 dicho deber, aplicable tanto en los conflictos armados de carácter internacional como en los no internacionales (cfr. CICR, 2007, p. 692). Norma 158: "Los Estados deberán 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. Deberán asimismo investigar otros crímenes de guerra que sean de su competencia y encausar, si procede, a los imputados".

amnistías “como componente de la finalización de un conflicto armado no internacional, ellas tienen un límite cual es los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, de modo tal que esos hechos no pueden quedar en la impunidad o en el olvido” (Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, 2012, voto concurrente, párr. 18).

En el ámbito interno, la Corte Constitucional en las sentencias C-695 de 2002 y C-290 de 2012 estableció respecto de las amnistías y los indultos que, no obstante el Congreso tiene la facultad de concederlos por delitos políticos, ésta debe ser ejercida con “estricto respeto de la Constitución Política y los Tratados internacionales de Derechos Humanos y de derecho internacional humanitario” (Corte Constitucional, C-290 de 2012).

Por otra parte, el Acuerdo Final entre el Gobierno Nacional y las FARC-EP estableció la creación de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) (Acto Legislativo 01 de 2017, artículo transitorio 5).⁶¹ La JEP se diseñó para investigar, juzgar y sancionar a quienes habiendo participado de manera directa o indirecta en el conflicto armado interno, cometieron delitos con ocasión y en razón de éste: “(i) los miembros de grupos guerrilleros que suscriban un acuerdo final de paz con el Gobierno, una vez hayan dejado las armas; (ii) los agentes del Estado que hayan cometido delitos en el contexto y en razón del conflicto armado; y (iii) las personas que sin formar parte de las organizaciones o grupos armados hayan participado de manera indirecta (financiadores o colaboradores) en el conflicto armado y hayan tenido responsabilidad en la comisión de los crímenes más graves y representativos” (ABC del Acuerdo Final, 2016, p. 20).

En aplicación del artículo 6.5 del Protocolo II de 1977 Adicional a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, la

61 La JEP empezó a funcionar formalmente el 15 de marzo de 2018.

JEP cuenta con una Sala de Amnistía e Indulto⁶². Conforme a lo establecido en el punto 40 del Acuerdo Final, el párrafo del artículo 23 de la Ley 1820 de 2016, “Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones”, y en el artículo 3.º del Acto Legislativo 01 de 2017⁶³, “Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la

62 Acto Legislativo 01 del 4 de abril de 2017, inciso 1, artículo transitorio 7. “Conformación. La Jurisdicción estará compuesta por la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, la Sala de Definición de las situaciones jurídicas, salas que desarrollarán su trabajo conforme a criterios de priorización elaborados a partir de la gravedad y representatividad de los delitos y del grado de responsabilidad en los mismos; la Sala de Amnistía o Indulto; el Tribunal para la Paz; la Unidad de Investigación y Acusación, y la Secretaría Ejecutiva. La Jurisdicción contará además con un Presidente”. La Corte Constitucional mediante la Sentencia C-007 de 2018 estableció que la Sala de Amnistía e Indulto tiene la obligación de excluir los crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio, y “debe actuar en un marco jurídico, constitucional y legal, y no de manera discrecional, ajena al debido proceso y al principio de legalidad en sentido amplio” (Corte Constitucional, C-007 de 2018).

63 Acto Legislativo 01 de 2017. Artículo 3. “Modifíquese el inciso 4 del artículo transitorio de la Constitución Política introducido por el Acto Legislativo 01 de 2012, de la siguiente manera: Tanto los criterios de priorización como los de selección son inherentes a los instrumentos de justicia transicional. El Fiscal General de la Nación determinará criterios de priorización para el ejercicio de la acción penal, salvo en los asuntos que sean de competencia de la Jurisdicción Especial para la Paz. Sin perjuicio del deber general del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos y al derecho internacional humanitario, en el marco de la justicia transicional, el Congreso de la República, por iniciativa del Gobierno Nacional, podrá mediante ley estatutaria determinar criterios de selección que permitan centrar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables de todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática; establecer los casos, requisitos y condiciones en los que procedería la suspensión de la ejecución de la pena; establecer los casos en los que proceda la aplicación de sanciones extrajudiciales, de penas alternativas, o de modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena; y autorizar la renuncia condicionada a la persecución judicial penal de todos los casos no seleccionados, siempre sin alterar lo establecido en el Acuerdo de creación de la JEP y en sus normas de desarrollo. La ley estatutaria tendrá en cuenta la gravedad y representatividad de los casos para determinar los criterios de selección.”

Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones”, no serán objeto de amnistía ni de indulto, entre otras conductas, los crímenes de guerra.

Inicialmente, el Acto Legislativo 01 de 2017 y la Ley 1820 de 2016 establecían por *grave crimen de guerra* toda infracción del DIH cometida en forma sistemática. Ahora bien, ¿qué significa el que una infracción del DIH sea cometida en forma sistemática para efectos de ser categorizada como crimen de guerra?

Este interrogante fue dilucidado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-579 de 2013. Según la Corte Constitucional, el elemento sistemático implica la existencia de un nexo del crimen con el conflicto armado como parte de un plan o política, de manera que, el conflicto armado debe desempeñar un papel sustancial en la decisión del perpetrador, en su habilidad para cometer el crimen o en la manera como la conducta fue finalmente cometida (C-579 de 2013).

Según Cote Barco y Tarapués Sandino, la Corte Constitucional equiparó la expresión “cometidos de manera sistemática” del artículo transitorio 66 al elemento conceptual material que caracteriza a los crímenes de guerra pues, por definición, se trata de conductas ligadas a una situación de guerra que, a diferencia de los crímenes de lesa humanidad, no exigen para su configuración la existencia de un patrón (*cfr.* COTE BARCO y TARAPUÉS SANDINO, 2014, p. 251).

Por su parte, la fiscal de la Corte Penal Internacional, Fatou Bensouda, manifestó a través de escrito de *amicus curiae* enviado el 18 de octubre de 2017 a la Corte Constitucional, los puntos de la normativa de la JEP (Ley 1820 de 2016 y Acto Legislativo 01 de 2017) que podrían generar impunidad. En este sentido, la fiscal señaló que la exigencia del elemento sistemático “podría llevar a que se dicten amnistías u otras medidas similares a individuos responsables por crímenes de guerra que, si bien no fueron cometidos en forma sistemática, podrían no obstante estar abarcados por

la jurisdicción de la CPI” (CORTE PENAL INTERNACIONAL, 2017, párr. 29). Así mismo, para la fiscal Bensouda, la definición de *crímenes graves* contenida en el Acto Legislativo 01 de 2017 pasa por alto otros factores relevantes para determinar la gravedad de un crimen, como su naturaleza, modo de comisión e impacto sobre las víctimas (CORTE PENAL INTERNACIONAL, 2017, párr. 33).

Finalmente, lo anterior fue dilucidado por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-007 de 2018, en donde determinó que la definición de crímenes de guerra contenida en la Ley 1820 de 2016, según la cual debe entenderse “[...] por ‘grave crimen de guerra’ toda infracción del derecho internacional humanitario cometida de forma sistemática”, se aparta, en efecto, del concepto establecido por el DIH y el derecho penal internacional respecto de dichos crímenes: “infracciones graves al derecho internacional humanitario” (*cfr.* Corte Constitucional. Sentencia C-007 de 2018)⁶⁴. Por lo tanto, genera incertidumbre al momento de definir las conductas no susceptibles de amnistía (*cfr.* Corte Constitucional. Sentencia C-007 de 2018).

De conformidad con lo establecido por la Corte Constitucional en la citada sentencia, el calificativo de “grave” referido al crimen de guerra “implica la introducción de un factor de incertidumbre” al poder inferirse que “habría infracciones graves al derecho internacional humanitario que podrían ser objeto de amnistías, indultos o tratamientos penales especiales, cuando no presentan un estándar adicional de gravedad, sin que ese estándar se encuentre definido, ni existan criterios ciertos para su determinación” (Corte Constitucional. Sentencia C-007 de 2018).

64 En efecto, dicha definición no incluye un componente adicional de gravedad ni mucho menos un elemento “sistemático”, como los contenidos en artículos de la Ley 1820 de 2016 referidos al crimen de guerra.

Respecto del elemento “sistemático”, la Corte Constitucional estableció que este no hace parte de la estructura del crimen de guerra y que, al interior de su jurisprudencia, lo ha interpretado como el nexo entre los crímenes de guerra con el conflicto armado, excluyendo de esta manera hechos aislados a dicho contexto (*cf.* Corte Constitucional. Sentencia C-007 de 2018 y Sentencia C-579 de 2013).

En consecuencia, la Corte Constitucional por medio de la Sentencia C-007 de 2018 declaró la inexecutable de la expresión “graves” contenida en los artículos 23 (parágrafo, literal a), 30.1, 46.1, 47 (inciso 4), 52.2 y 57.2. Igualmente, declaró la inexecutable del inciso final del parágrafo del artículo 23 de la Ley 1820 de 2016, con fundamento en que el elemento “sistemático” no hace parte de la definición de crimen de guerra.

Consecuentemente, se puede establecer que los miembros de la Fuerza Pública víctimas de las minas antipersonal sembradas por las FARC-EP son, a su vez, víctimas de una infracción grave del DIH puesto que las minas antipersonal violan el principio del DIH sobre la prohibición de emplear medios y métodos de combate que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios. Por lo tanto, la práctica de minas antipersonal implementada por las FARC-EP integra el grupo de delitos no amniables. Así, además de efectuarse las investigaciones respectivas e identificación de los máximos responsables⁶⁵, éstos deberán ser juzgados

65 Por medio de la Sentencia C-579 de 2013, la Corte Constitucional estableció que el “máximo responsable” es aquella persona que tiene un rol esencial en la organización criminal para la comisión de cada delito, es decir, que haya: dirigido, tenido el control o financiado la comisión de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática (Corte Constitucional. Sentencia C-579/2013). Así mismo, señaló que la renuncia condicionada a la persecución penal contemplada en el Acto legislativo 01 de 2012 (inciso 4, artículo 1) autoriza la renuncia condicionada de todos los casos no seleccionados, a saber: (i) Personas que no siendo máximos responsables hayan participado en la comisión de delitos de lesa humanidad,

y, de ser procedente, sancionados conforme a lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2012^[66], la Ley 1820 de 2016^[67], el Acto Legislativo 01 de 2017^[68] y la Ley 1957 de 2019^[69].

genocidio o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática; (ii) Personas que hayan cometido delitos que no sean considerados como crímenes de lesa humanidad, genocidio ni crímenes de guerra. Se encuentran en esta categoría por ejemplo las lesiones personales, el hurto, la extorsión, la falsedad en documento, las falsedades personales, la interceptación de comunicaciones, el allanamiento de domicilio, la utilización de prendas de uso privativo de las Fuerzas Armadas, la rebelión, el irrespeto a cadáveres, la estafa, la usurpación (invasión) de inmuebles, la falsedad de moneda, el contrabando, el lavado de activos, las amenazas, el concierto para delinquir, los delitos contra la propiedad intelectual, el apoderamiento de hidrocarburos, el daño en bien ajeno, el incendio, el porte ilegal de armas, el enriquecimiento ilícito, la usurpación de funciones públicas, el encubrimiento, la fuga de presos, el fraude procesal, la traición a la patria, la injuria y calumnia, entre otros; y, (iii) Crímenes de guerra que no sean cometidos de manera sistemática, es decir, sin un nexo con el conflicto (cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-579/2013). En relación con el concepto de “máximo responsable”, la fiscal de la Corte Penal Internacional Fatou Bensouda señaló en documento enviado a la Corte Constitucional el 18 de octubre de 2017 que el artículo correspondiente a la responsabilidad de mando contenido en el Acto Legislativo 01 de 2017 puede generar impunidad. En este sentido, Bensouda expresó lo siguiente: “Un tribunal que aplique el Artículo transitorio 24 del Acto Legislativo 01 de 4 de abril de 2017 (‘Acto Legislativo 01’), tal como está formulado, podría verse impotente para hacer cumplir el derecho internacional consuetudinario frente a los jefes militares con autoridad de facto pero no de jure, si solamente puede aceptar como prueba del grado de mando exigido un nombramiento formal” (Corte Penal Internacional, 2017, párr. 3). Para Bensouda, esto implicaría que “las personas con capacidad material de prevenir o de castigar los crímenes de los subordinados, y que hubiesen omitido hacerlo a sabiendas, podrían quedar impunes” (Corte Penal Internacional, 2017, párr. 3).

- 66 Mediante el Acto Legislativo 01 de 31 de julio de 2012 se establecen los instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.
- 67 Mediante el Decreto 277 de 2017 se establece el procedimiento para la efectiva implementación de la Ley 1820 de 30 de diciembre de 2016, “por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones”. El objeto del Decreto 277 de 2017 consiste en regular la amnistía de iure concedida por la Ley 1820 del 30 de diciembre de 2016 para las personas privadas de la libertad por delitos políticos conexos con éstos, así como el régimen de libertades condicionales para los supuestos del artículo 35 de la Ley 1820 de 2016 (artículo 1.º, Decreto 277 del 17 de febrero de 2017). La Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-025 de 2018, declaró la exequibilidad de dicho decreto.

Por otra parte, además de constituir una obligación clara en el marco de la justicia transicional, la investigación, el juzgamiento y la sanción de los máximos responsables por la comisión de crímenes de guerra en el contexto del conflicto armado colombiano, adquiere una mayor connotación en cuanto a la reparación integral de los miembros de la Fuerza Pública víctimas de minas antipersonal. Dada la carencia de rostro de dichos artefactos explosivos⁷⁰, gran parte de los sobrevivientes consideran lo sucedido una consecuencia del conflicto armado o el resultado de una negligencia o un descuido de su parte. En consecuencia, una efectiva reparación y verdadera transformación de la situación de los militares víctimas de minas antipersonal supone la obtención de la verdad para la identificación de los máximos responsables y el posterior juzgamiento y sanción.

68 En lo concerniente al componente sancionatorio, el artículo transitorio 11 determina que en los casos en que no procede la renuncia a la persecución penal, “la Sala de Revisión del Tribunal para la Paz, a solicitud de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, decidirá sobre la sustitución de la sanción penal proferida por la justicia ordinaria, imponiendo las sanciones propias o alternativas de la Jurisdicción Especial para la Paz”, siempre y cuando el condenado reconozca de manera completa, detallada y exhaustiva la verdad y cumpla las demás condiciones del sistema en relación con la satisfacción de los derechos de las víctimas a la reparación y a la no repetición. Por su parte, el artículo transitorio 13 establece: “Las sanciones que imponga la JEP tendrán como finalidad esencial satisfacer los derechos de las víctimas y consolidar la paz. Deberán tener la mayor función restaurativa y reparadora del daño causado, siempre en relación con el grado de reconocimiento de verdad y responsabilidad. Las sanciones podrán ser propias, alternativas u ordinarias y en todos los casos se impondrán en los términos previstos en los numerales 60, 61, 62 y en el listado de sanciones del subpunto 5.1.2 del Acuerdo Final”.

69 Ley 1957 de 6 de junio de 2019 estatutaria de la administración de justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz.

70 Al respecto, en entrevista con el *Diario El País* un miembro del Ejército Nacional expresó lo siguiente: “Las minas están ahí, sembradas, y en cualquier momento uno las puede pisar. ¿Cómo se puede defender uno de ellas? Siendo muy cuidadoso con su equipo antiexplosivos, y sin embargo, vea. Y lo peor es que cuando algún soldado pisa una mina, ¿qué hace uno? ¿A quién le dispara? Uno lucha contra un enemigo que no tiene nada que perder” (*El País*, 2015b).

Tal como lo señaló el juez García Sayán en voto concurrente del caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, los derechos a la verdad, la justicia y la reparación deben ser entendidos como interdependientes. Como ejemplo de ello, García Sayán expresó lo siguiente:

[...] la simple aplicación de sanciones penales, sin que ellas impliquen un serio esfuerzo de encontrar y decir la verdad en su conjunto, podría convertirse en un proceso burocrático que no satisfaga la pretensión válida de las víctimas de llegar a la mayor verdad posible. Por otro lado, el otorgamiento de reparaciones sin que se sepa la verdad de las violaciones ocurridas, y sin sentar condiciones para una paz duradera, sólo produciría un aparente alivio en la situación de las víctimas, pero no una transformación de las condiciones que permiten la recurrencia de las violaciones. (Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, voto concurrente, párr. 23).

No obstante lo anterior, el deber de juzgar y sancionar varía en el escenario de la justicia transicional. Al respecto, en la Sentencia C-579 de 2013 la Corte Constitucional estableció que en procesos de transición el deber de juzgar y condenar a penas adecuadas y proporcionales a los responsables de los crímenes investigados, puede tener excepciones cuando se trata de “procesos de justicia transicional en los cuales se investiguen a fondo las violaciones de derechos humanos y se restablezcan los derechos mínimos de las víctimas a la verdad y a la reparación integral y se diseñen medidas de no repetición destinadas a evitar que los crímenes se repitan” (Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, voto concurrente, párr. 3.1.12).

Acorde con lo anterior, el juez García Sayán en el voto concurrente del fallo de Masacres de El Mozote y lugares aledaños de la Corte IDH establece que en dichos contextos de transición aún si se dificulta la aplicación de sanciones penales, la actividad orientada a investigar y esclarecer los hechos y, la identificación de las responsabilidades indivi-

duales no deben verse afectados o diferidos (Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, voto concurrente, párr. 28).

En igual sentido, la Corte Constitucional mediante las sentencias C-771 de 2011 y C-286 de 2014 resaltó que, independientemente de las particularidades de la justicia transicional, “los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas frente a un pasado de graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos” deben hacerse efectivos, al mayor nivel posible (Corte Constitucional, sentencias C-771 de 2011 y C-286 de 2014).

En consecuencia, conforme a lo establecido por la Corte Constitucional mediante las sentencias C-771 de 2011, C-579 de 2013, C-286 de 2014 y C-674 de 2017⁷¹, y por el juez García Sayán en el voto concurrente del fallo de Masacres de El Mozote y lugares aledaños, en los contextos de transición a la paz, el deber de juzgar y sancionar a los responsables de violaciones a los derechos humanos e infracciones graves al DIH puede concretarse de una manera diferente. Sin embargo, ello no implica que el deber de investigar y esclarecer la verdad sobre las violaciones ocurridas sea truncado⁷².

71 Al respecto véanse, entre otras, las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: C-370 de 2006 (MP: Manuel José Cepeda y otros); C-715 de 2012 (MP: Luis Ernesto Vargas Silva); SU-254 de 2013 (MP: Luis Ernesto Vargas Silva); C-694 de 2015 (MP: Alberto Rojas Ríos).

72 En relación con este aspecto, los incisos 1, 2, 5, 7 y 8 del numeral 60 del subpunto 5.1.2 del Acuerdo Final establecen, respectivamente, lo siguiente: “(i) Las sanciones tendrán como finalidad esencial satisfacer los derechos de las víctimas y consolidar la paz. Deberán tener la mayor función restaurativa y reparadora del daño causado, siempre en relación con el grado de reconocimiento de verdad y responsabilidad que se haga ante el componente de Justicia del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición mediante declaraciones individuales o colectivas; (ii) las sanciones propias de la JEP, que se impondrán a quienes reconozcan verdad y responsabilidad ante la Sala de Reconocimiento, respecto a determinadas infracciones muy graves, tendrán un mínimo de duración de cumplimiento de las funciones reparadoras y restauradoras de la sanción de cinco años y un máximo de ocho años. El periodo máximo de cumplimiento de sanciones propias, por la totalidad de

Por el contrario, las excepciones que del deber de sancionar se realicen deben hacerse dentro de un proceso que garantice el respeto de los derechos de las víctimas a la verdad, a la reparación y a las garantías de no repetición. En el caso colombiano, el Acto Legislativo 01 de 2017 establece en el artículo transitorio 13 que las sanciones que imponga la JEP “tendrán como finalidad esencial satisfacer los derechos de las víctimas y consolidar la paz” y también “deberán tener la mayor función restaurativa y reparadora del daño causado, siempre en relación con el grado de reconocimiento de verdad y responsabilidad” (artículo transitorio 13, Acto Legislativo 01 de 2017)⁷³.

las sanciones impuestas, incluidos los concursos de delitos, será de ocho años. Comprenderán restricciones efectivas de libertades y derechos, tales como la libertad de residencia y movimiento, que sean necesarias para su ejecución, y además deberán garantizar la no repetición; (iii) las sanciones alternativas para infracciones muy graves que se impondrán a quienes reconozcan verdad y responsabilidad ante la Sección de enjuiciamiento, antes de Sentencia, tendrán una función esencialmente retributiva de pena privativa de la libertad de 5 a 8 años. El periodo máximo de cumplimiento de sanciones alternativas, por la totalidad de las sanciones impuestas, incluidos los concursos de delitos, será de 8 años; (iv) las sanciones ordinarias que se impondrán cuando no exista reconocimiento de verdad y responsabilidad, cumplirán las funciones previstas en las normas penales, sin perjuicio de que se obtengan redenciones en la privación de libertad, siempre y cuando el condenado se comprometa a contribuir con su resocialización a través del trabajo, capacitación o estudio durante el tiempo que permanezca privado de libertad. En todo caso la privación efectiva de libertas no será inferior a 15 años ni superior a 20 en el caso de conductas muy graves. El periodo máximo de cumplimiento de sanciones ordinarias, por la totalidad de las sanciones impuestas, incluidos los concursos de delitos, será de 20 años; y (v) las denominadas sanciones alternativas y ordinarias, si incluirán privaciones efectivas de la libertad como cárcel o prisión y/o cualquier medida de aseguramiento”.

73 Conforme a lo establecido en el inciso primero del artículo transitorio 11 del Acto Legislativo 01 de 2017, lo mismo se exige respecto de los casos en los que no proceda la renuncia a la persecución penal, a saber: “Cuando no proceda la renuncia a la persecución penal, la Sala de Revisión del Tribunal para la Paz, a solicitud de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, decidirá sobre la sustitución de la sanción penal proferida por la justicia ordinaria, imponiendo las sanciones propias o alternativas de la Jurisdicción Especial para la Paz, siempre y cuando el condenado reconozca verdad completa, detallada y

CONCLUSIONES

Primera. Las minas antipersonal hacen parte de la categoría de medios de guerra ilícitos. Además de violar la máxima del DIH que establece la protección de la población civil de los efectos de las hostilidades, esta clase de artefactos explosivos viola el principio del DIH que prohíbe todo medio y método de combate que cause males superfluos o sufrimientos innecesarios (norma 70 del DIH consuetudinario). En efecto, cuando se aprobó la Convención sobre ciertas armas convencionales y la Convención de Ottawa relativa a las minas antipersonal, los Estados declararon que se basaban, entre otras cosas, en la prohibición de emplear medios y métodos de guerra de tal índole que causasen males superfluos o sufrimientos innecesarios (CICR, 2007, p. 267).

Dado que el principio que limita los medios y métodos de combate se refiere a los efectos de un arma sobre los combatientes (CICR, 2007, p. 269), a diferencia del principio de distinción, este principio extiende su protección a quienes participan directamente en las hostilidades. Así las cosas, de acuerdo con el mencionado principio, está prohibido usar cualquier arma que cause males superfluos o sufrimientos innecesarios a los combatientes (CICR, 2016, p. 194).

Si bien dicha prohibición es aplicable tanto en el contexto de un conflicto armado internacional como en el de un conflicto armado no internacional, en lo que respecta al DIH convencional ésta solo ha sido incluida en el Protocolo I Adicional a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (en concreto, los incisos 1 y 2 del

exhaustiva, dependiendo del momento en el que efectúe tal reconocimiento, y siempre que cumpla las demás condiciones del sistema respecto a la satisfacción de los derechos de las víctimas a la reparación y no repetición. Dicha sustitución nunca podrá agravar la sanción previamente impuesta”.

artículo 35)⁷⁴. El artículo 3.º común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo II Adicional a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, no incluyen como parte de sus prohibiciones el empleo de medios y métodos de guerra que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios.

La anterior distinción también es evidente en el Estatuto de Roma⁷⁵, en donde el empleo de medios y métodos de combate que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios está incluido en la lista de crímenes de guerra que son competencia de la Corte Penal Internacional, cuando el contexto es el de un conflicto armado de índole internacional; pero no cuando es el caso de un conflicto armado no internacional.

No obstante, el que las disposiciones del DIH convencional relativas a los conflictos armados no internacionales no incluyan la prohibición de emplear medios y métodos de combate que causen sufrimientos innecesarios no significa que la disposición del DIH consuetudinario carezca de valor

74 El Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales establece en los incisos 1 y 2 del artículo 35 lo siguiente: "(i) en todo conflicto armado, el derecho de las Partes en conflicto a elegir los métodos o medios de hacer la guerra no es ilimitado; (ii) queda prohibido el empleo de armas, proyectiles, materias y métodos de hacer la guerra de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios".

75 Resulta permitido recordar que por medio de la Sentencia C-290 de 2012 la Corte Constitucional estableció que sólo las siguientes disposiciones del Estatuto de Roma hacen parte del bloque de constitucionalidad: el Preámbulo (C-928 de 2005); el artículo 6, referido al crimen de genocidio (C-488 de 2009); artículo 7, relacionado con los crímenes de lesa humanidad (C-1076 de 2002); el artículo 8, mediante el cual se tipifican los crímenes de guerra (C-291 de 2007, C-172 de 2004 y C-240 de 2009); el artículo 20, referido a la relativización del principio de la cosa juzgada (C-004 de 2003 y C-871 de 2003), al igual que los artículos 19.3, 65.4, 68, 75 y 82.4, concernientes a los derechos de las víctimas (C-936 de 2010). En consecuencia, la Corte ha preferido determinar, caso por caso, qué artículos del Estatuto de Roma hacen parte del bloque de constitucionalidad y para qué efectos.

o no sea vinculante. Las normas consuetudinarias tienen su origen en las prácticas generalizadas, representativas y uniformes de los Estados. Ello significa que su carácter vinculante deriva de aquellas prácticas que una vez manifestadas (HEYCK, 2010, p. 281) son llevadas a cabo de manera similar por Estados pertenecientes a distintas regiones geopolíticas y cuyos sistemas jurídicos difieren entre sí (O'DONELL, 2001, p. 31) y que, respecto de éstas existe una opinión generalizada sobre su carácter obligatorio, permisivo o prohibitivo (HEYCK, 2010, p. 281).

En el caso particular de las disposiciones del DIH consuetudinario, se ha establecido que su aplicación es universal, es decir, independientemente de la aplicación del derecho convencional y se basa en prácticas estatales extensas y virtualmente uniformes consideradas derecho (CICR, 2010). Al respecto, HENCKAERTS (2010), jefe del proyecto del CICR sobre derecho internacional humanitario consuetudinario, establece que el DIH consuetudinario complementa la protección otorgada a las víctimas de los conflictos por el derecho convencional, y cubre ciertas lagunas ocasionadas por la falta de ratificación de los tratados o por la ausencia, en el derecho convencional, de normas detalladas en materia de conflictos armados no internacionales (CICR, 2010). En ese sentido, todas las partes en un conflicto armado, sea éste de índole internacional o no, deben respetar el derecho consuetudinario de los conflictos armados (CICR, 2016).

Si bien quienes participan directamente en las hostilidades no gozan del estatuto de protección concedido a los civiles y a aquellos que por enfermedad, herida, captura o cualquier otra causa análoga hayan depuesto las armas, éstos en virtud del principio que limita los medios y métodos de combate tienen derecho a que no se le ocasione males superfluos o sufrimientos innecesarios.

Acorde con lo anterior, el empleo de minas antipersonal en el contexto de un conflicto armado no internacional constituye, en efecto, una grave infracción al DIH. Esto significa

que los miembros de la Fuerza Pública como parte del conflicto armado colombiano están protegidos por la norma que prohíbe el uso de armas que causen sufrimientos innecesarios y, en consecuencia, aquellos cuya vida e integridad personal ha sido afectada por las minas antipersonal sembradas por las FARC-EP son víctimas de un crimen de guerra.

Segunda. Colombia, como Estado que ha adoptado una prohibición plena del empleo de minas antipersonal (Convención de Ottawa de 1997), sanciona en su legislación penal (artículos 367 A y 367 B de la Ley 599 de 2000) el empleo, producción, adquisición y almacenamiento de minas antipersonal así como la ayuda, promoción o inducción en la participación de dichas actividades. Así mismo, sanciona la utilización de medios o métodos de guerra prohibidos o destinados a causar sufrimientos o pérdidas innecesarios o males superfluos, con ocasión y en desarrollo del conflicto armado (artículo 142 de la Ley 599 de 2000).

En este sentido, se observa que el Estado colombiano establece en su ordenamiento jurídico interno que el empleo de armas prohibidas o destinadas a causar sufrimientos o pérdidas innecesarios constituye una violación del DIH (artículo 142 de la Ley 599 de 2000), tal como lo establece la norma 70 del DIH consuetudinario. En consecuencia, al ser el empleo de minas antipersonal una violación grave del derecho internacional humanitario, dicha actividad constituye un crimen de guerra (norma 156 del DIH consuetudinario).

Lo anterior implica que el Estado colombiano tiene el deber de investigar y juzgar el citado crimen de guerra cometido en su jurisdicción (norma 158 del DIH consuetudinario). Deber que permanece aun después de haber cesado las hostilidades, puesto que no se puede conceder ninguna amnistía a las personas sospechosas o acusadas de haber cometido crímenes de guerra o que estén condenadas por ello (norma 159 del DIH consuetudinario).

Además de dar cumplimiento a las disposiciones respectivas del DIH consuetudinario, se siguen las obligaciones

establecidas en la CADH sobre el suministro de recursos judiciales efectivos a las personas víctimas de violaciones de los derechos humanos (artículo 25) y el respeto de las reglas del debido proceso legal (artículo 8.1), las cuales se desprenden de la obligación general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención (artículo 1.1).

En el caso de los integrantes de la Fuerza Pública víctimas de minas antipersonal la investigación, el esclarecimiento de los hechos y la adjudicación de responsabilidades adquiere una connotación mucho mayor en cuanto a la satisfacción de sus derechos a la verdad, la justicia, la reparación y garantía de no repetición se refiere⁷⁶. El empleo de minas antipersonal representa perfectamente la despersonalización de la muerte y de la guerra que se manifiesta en el hecho de no poder poner un rostro detrás de quien la instala (CNMH, 2017, pp. 201-202), lo cual en muchos casos ocasiona que la víctima se autoinculpe al no encontrar explicación al hecho violento que transforma sus cuerpos, sus relaciones sociales y vínculos con el territorio (CNMH, 2017, p. 201).

Tal como se señaló en el acápite correspondiente al deber de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de las violaciones a los derechos humanos e infracciones graves del DIH en el marco de la justicia transicional, en ningún caso serán objeto de amnistía o indulto los crímenes de guerra. En atención a esto, los esfuerzos en la investigación penal se centrarán en los máximos responsables de todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio, cometidos en relación y con ocasión del conflicto armado interno.

76 La Dirección para la Acción Integral contra Minas Antipersonal señaló la existencia de 11.481 víctimas de minas antipersonal y otros elementos explosivos entre 1990 y marzo de 2017, de los cuales 7028 son de la Fuerza Pública y 4453, civiles; hasta el momento, solo existen dos personas condenadas por ello.

BIBLIOGRAFÍA

Libros, artículos y monografías

- ALTA CONSEJERÍA PRESIDENCIAL PARA EL POSCONFLICTO, DIRECCIÓN PARA LA ACCIÓN INTEGRAL CONTRA MINAS ANTIPERSONAL (2016). *Plan Estratégico de Acción Integral contra Minas Antipersonal 2016-2021 "Colombia Libre de Sospecha de Minas Antipersonal a 2021"*. Bogotá.
- CARTILLA PEDAGÓGICA. *ABC del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera* (2016).
- CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA (2016). *Esa mina llevaba mi nombre*.
- CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA (2017). *La guerra escondida. Minas antipersonales y remanentes explosivos en Colombia*.
- COMANDO GENERAL FUERZAS MILITARES (2008). *Testigos fieles. Víctimas del horror de las minas antipersonal*. Bogotá.
- COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS (2007). *Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones*. Compilación de documentos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Bogotá.
- COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (2007). *El Derecho Internacional Humanitario consuetudinario*, vol. I, HENCKAERTS, JEAN-MARIE y DOSWALD-BECK, LOUISE (eds.).
- COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (2016). *Manual de normas internacionales que rigen las operaciones militares*.
- COTE BARCO, GUSTAVO y TARAPUÉS SANDINO, DIEGO (2014). *Justicia de transición y Constitución. Análisis de la Sentencia C-570 de 2013 de la Corte Constitucional*. KAI AMBOS (coord.). Bogotá, Temis.
- ESCUELA SUPERIOR DE GUERRA, CENTRO DE INVESTIGACIÓN SOBRE EL CONFLICTO Y LA MEMORIA HISTÓRICA MILITAR (2016). *Miembros de las Fuerzas Militares, víctimas de minas antipersonales (MAP), municiones sin explosionar (MSE) y artefactos explosivos (AEI)*.

- ESTUPIÑÁN SILVA, ROSMERLIN (2013). *Derecho Internacional y Crímenes de Guerra en Colombia*. Bogotá, Temis.
- ESTUPIÑÁN SILVA, ROSMERLIN (2012). *La "gravedad" de los crímenes de guerra en la jurisprudencia internacional penal*, 20 *International Law*. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*.
- ESTUPIÑÁN SILVA, ROSMERLIN (2011). *El Derecho Internacional y las víctimas de crímenes de guerra en Colombia*. *Revista de Derecho*, Universidad del Norte.
- HENCKAERTS, JEAN-MARIE (2010). *Derecho Internacional Humanitario consuetudinario: reducir el costo humano de los conflictos armados*. Comité Internacional de la Cruz Roja.
- HEYCK PUYANA, ANA CATERINA (2010). *Derecho Internacional, acuerdo humanitario y resolución pacífica del secuestro*. Granada, Universidad de Granada, Instituto de la Paz y los Conflictos.
- MASLEN, STUART y HERBY, PETER (1998). *Prohibición internacional de las minas antipersonal-Historial y negociación del "Tratado de Ottawa"*. *Revista Internacional de la Cruz Roja*.
- O'DONELL, DANIEL (2001). *Introducción al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional. Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional*, vol. I. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
- PAZ GLEN, MICHELLE (2016). *Obligaciones del Estado al momento de conjurar una situación de toma de rehenes en el marco de un conflicto armado no internacional, de acuerdo con el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (trabajo de grado sin publicar). Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- SALMÓN, ELIZABETH (2004). *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Comité Internacional de la Cruz Roja.

Legislación nacional

Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera (24 de noviembre de 2016).

Congreso de Colombia (4 de abril de 2017). Acto Legislativo 01 de 2017. Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones.

Congreso de Colombia (31 de julio de 2012). Acto Legislativo 01 de 2012. Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.

Congreso de Colombia (30 de diciembre de 2016). Ley 1820 de 2016. Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones.

Congreso de Colombia (10 de junio de 2011). Ley 1448 de 2011. Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones.

Congreso de Colombia (25 de julio de 2002). Ley 759 de 2002. Por medio de la cual se dictan normas para dar cumplimiento a la Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción y se fijan disposiciones con el fin de erradicar en Colombia el uso de las minas antipersonal.

Congreso de Colombia (24 de julio de 2000). Ley 599 de 2000. Por la cual se expide el Código Penal, artículos 142, 367 A y B.

Congreso de Colombia (14 de enero de 2000). Ley 554 de 2000. Por medio de la cual se aprueba la “Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción”, hecha en Oslo el 18 de septiembre de 1997.

Constitución Política de Colombia (1991). Artículos 93, 214 y 217, 33.ª ed., Bogotá, Legis.

Presidencia de la República (17 de febrero de 2017). Decreto 277 de 2017. Mediante el cual se establece el procedimiento para la efectiva implementación de la Ley 1820 del 30 de diciembre de 2016 (“por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones”).

Convenios y otros instrumentos internacionales

Asamblea General de las Naciones Unidas (3 de febrero de 2011). *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*. A/HRC/16/22.

Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (31 de agosto de 2001). Observación General n.º 29.

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia.

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda.

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (26 de septiembre de 2017). *Informe final sobre la implementación del mandato de la Misión de las Naciones Unidas en Colombia*. S/2017/801.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) (1969).

Convención sobre Ciertas Armas Convencionales (10 de octubre de 1980).

Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que puedan Considerarse Excesivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminados (1980).

Convenio de La Haya de 1899 relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre.

Declaración de San Petersburgo (1868). *Con el objeto de prohibir el uso de determinados proyectiles en tiempo de guerra.*

Declaración y el Plan de Acción de Nairobi (5 de noviembre de 2004). APLC/CONF/2004/L.4/Rev.1.

Declaración y el Plan de Acción Cartagena para la aplicación de la Convención de Ottawa durante el período 2009-2014.

Declaración y el Plan de Acción de Maputo (junio de 2014).

Estatuto de Londres del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (8 de agosto de 1945).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (16 de diciembre de 1966). Resolución 2200 A (XXI).

Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales de 1977.

Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados no internacionales de 1977.

Protocolo II de 1983 Adicional a la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales (1980).

Jurisprudencia nacional

Corte Constitucional (14 de noviembre de 2017). Comunicado n.º 55, exp. RPZ-003 - Sentencia C-674/17 (14 de noviembre), MP: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Corte Constitucional (22 de junio de 2016). Sentencia C-327 de 2016, MP: Gloria Stella Ortiz Delgado.

- Corte Constitucional (7 de abril de 2016). Sentencia C-161 de 2016, MP: Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Constitucional (3 de diciembre de 2013). Sentencia C-912 de 2013, MP: María Victoria Calle Correa.
- Corte Constitucional (28 de agosto de 2013). Sentencia C-579 de 2013, MP: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Corte Constitucional (24 de abril de 2013). Sentencia SU-254 de 2013, MP: Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Constitucional (10 de octubre de 2012). Sentencia C-781 de 2012, MP: María Victoria Calle Correa.
- Corte Constitucional (13 de septiembre de 2012). Sentencia C-715 de 2012, MP: Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Constitucional (29 de abril de 2012). Sentencia C-253A de 2012, MP: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Corte Constitucional (18 de abril de 2012). Sentencia C-290 de 2012, MP: Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional (28 de marzo de 2012). Sentencia C-250 de 2012, MP: Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional (5 de diciembre de 2002). Sentencia C-1076 de 2002, MP: Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional (2 de agosto de 2000). Sentencia C-991 de 2000, MP: Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional (27 de octubre de 2008). Auto 284 de 2008. Referencia: Sentencia T-025 de 2004, MP: Manuel José Cepeda.
- Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado con función de conocimiento (18 de marzo de 2015). Sentencia 1100160000 97201400037 NI 32346 (juez Diego Fernando Caballero P.).

Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado con función de conocimiento (8 de octubre de 2012). Sentencia 731686000 451201180052 NI 17293 (juez Diego Fernando Caballero P.).

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, Sala de Decisión Penal (25 de septiembre de 2014). Sentencia 731686000 451201180052 NI 172293 (MP: María Cristina Yepes Avivi).

Jurisprudencia internacional

Corte Interamericana de Derechos Humanos (28 de enero de 2012). *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (25 de octubre de 2009). *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (6 de mayo de 2008). *Caso Yoon Neptune vs. Haití*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (31 de enero de 2006). *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (15 de septiembre de 2005). *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (16 de agosto de 2000). *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (29 de julio de 1998). *Caso Paniagua Morales y otros contra Guatemala*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (29 de julio de 1988). *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, Sala de Primera Instancia (10 de diciembre de 1998). Caso n.º IT-95-17/1 (*El Fiscal vs. Furundzija*).

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, Sala de Apelaciones (2 de octubre de 1995). Resolución sobre la Moción de la Defensa para una Impugnación Interlocutoria a la Jurisdicción. Caso n.º IT-94-1 (*El Fiscal vs. Tadic*).

Páginas de internet

Acción Integral contra Minas (30 de septiembre de 2017). *Víctimas de Minas Antipersonal y Municiones sin Explosionar. Información en progreso por monitoreo y/o nuevos reportes a la fecha del corte*. Recuperado de [www.accioncontraminas.gov.co/estadisticas/Paginas/victimas-minas-antipersonal.aspx].

Acción Integral contra Minas (s. f.). Tratado de Ottawa. Recuperado de [www.accioncontraminas.gov.co/accion/Paginas/Tratado-de-Ottawa.aspx].

Convención sobre la Prohibición de Minas Antipersonal (8 de junio de 2017). Reunión Antiminas en Ginebra conmemora 20 años de su histórica prohibición. Recuperado de [www.apminebanconvention.org/es/sala-de-noticias/comunicados-de-prensa/detail/article/1496858227-reunion-antiminas-en-ginebra-conmemora-20-anos-de-su-historica-prohibicion/].

Ejército Nacional de Colombia, Departamento Jurídico Integral. Víctimas de minas antipersonal (9 de septiembre de 2016). Recuperado de [www.ejercito.mil.co/departamento_juridico_integral/memoria_historica_victimas_401810/nuestras_victimas_militares/victimas_minas_antipersonal].

El Espectador (20 de octubre de 2017). Los “peros” de la fiscal de la CPI a la Jurisdicción Especial de Paz. Recuperado de [<https://colombia2020.elespectador.com/jep/los-peros-de-la-fiscal-de-la-cpi-la-jurisdiccion-especial-de-paz>].

El País (29 de abril de 2015a). Colombia es el segundo país del mundo más afectado por minas antipersonas. Recuperado de [www.elpais.com.co/judicial/colombia-es-el-segundo-pais-del-mundo-mas-afectado-por-minas-antipersonas.html].

El País (4 de abril de 2015b). Testigos de la guerra: relatos desde el terror de los campos minados. Recuperado de [www.elpais.com.co/judicial/testigos-de-la-guerra-relatos-desde-el-terror-de-los-campos-minados.html].

Fundación Seguridad y Democracia (s. f.). Conflicto Armado y Minas Antipersona en Colombia. Recuperado de [www.acnur.org/t3/uploads/media/COI_1699.pdf].

Revista Semana (24 de abril de 2017). Las Bacrim están instalando minas antipersonales. Recuperado de [www.semana.com/nacion/articulo/minas-antipersonal-en-colombia-centro-nacional-de-memoria-historica/523088].