

**VIOLACIONES AL DERECHO
INTERNACIONAL HUMANITARIO:
PREVENIR, ANTES QUE SANCIONAR***

**INTERNATIONAL HUMANITARIAN
LAW VIOLATIONS: PREVENTION
BEFORE SANCTION**

*María Cecilia Jaimes-Amado**
Rafael A. Prieto-Sanjuán****

*Fecha de recepción: 01 de marzo de 2012
Fecha de aceptación: 25 de marzo de 2012*

Para citar este artículo / To cite this article

Jaimes-Amado, María Cecilia & Prieto-Sanjuán, Rafael A., *Violaciones al derecho internacional humanitario: prevenir, antes que sancionar*, 124 *Vniversitas*, 119-145 (2012)

SICI: 0041-9060(201206)61:124<119:VDIHPS>2.0.TX;2-5

* El presente trabajo es resultado de investigación del Centro de estudios de derecho internacional y derecho global “Francisco Suárez S.J.” de la Pontificia Universidad Javeriana al que se encuentra adscrito el autor.

** Especialista en Ciencias Criminológicas, *Institut de Criminologie de Paris* – Universidad de París II (*Panthéon-Assas*), en Ciencia Política y en Derecho Internacional, por la misma universidad. Fiscal de la Unidad Nacional de DD.HH y DIH (Colombia). Las opiniones acá expresadas son realizadas a título personal y con una visión estrictamente académica. Por lo tanto, no podrán en ningún caso ser atribuidas a la Fiscalía General de la Nación o comprometer la responsabilidad de la autora como funcionaria de dicha entidad. Correo electrónico: undhdespacho19@gmail.com.

*** Doctor en Derecho, Universidad de París II (*Panthéon-Assas*), especialista y magíster en Derecho Internacional por la misma universidad, magíster en Estudios Latinoamericanos – Ciencia Política, por la Universidad de París III (*Sorbonne-Nouvelle*) y en Estudios Estratégicos, por la Universidad París XIII (*Paris-Nord*). Profesor investigador Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana. Correo electrónico: Rafael.Prieto@javeriana.edu.co.

RESUMEN

Frente a la sensación de un clima de impunidad relativo a las flagrantes, masivas y sistemáticas violaciones al derecho internacional humanitario (DIH), surge enseguida la pregunta de qué hacer para hacer menos gravosa la condición de las víctimas. Muchas veces se piensa en sancionar a los autores de dichas infracciones, cuando en realidad el problema es mucho más complejo. En nuestro sentir, sin desconocer el papel que juega la sanción en todo ordenamiento jurídico, es en la prevención del delito donde se encuentran las mayores dificultades para garantizar el respeto del DIH.

Es precisamente hacia allá a donde apuntan nuestras reflexiones. En tal sentido, nos proponemos abordar, antes que nada, el alcance y contenido de la obligación —no como un simple deber— de prevenir las violaciones o infracciones al DIH. No será sino en una segunda instancia que estudiaremos las obligaciones que tiene el Estado específicamente en esta materia. Finalmente, abordaremos la cuestión de las obligaciones relativas a la conducción de hostilidades y al derecho operacional en particular, por ser allí donde la norma encuentra su principal reto.

Palabras clave autor: Derecho internacional humanitario (DIH), delitos, infracciones o violaciones al DIH, prevención, derecho sancionatorio.

ABSTRACT

When facing a climate sensation of impunity concerning flagrant, massive and systematic violations of International Humanitarian Law (IHL), the question arises of what to do to make less burdensome the condition of the victims. Frequently, one thinks of punishing the perpetrators of these violations, when in fact the problem is much more complex. In our opinion, without prejudice to the role played by legal sanctions, is the prevention of the crime where the greatest difficulties appear to guarantee the respect for the IHL.

It is precisely where our reflections point. In this regard, we intend to address the scope and content of the obligation —not simply as a duty— to prevent violations or breaches of IHL. But it will be in a second instance where we will approach the obligations of the State specifically in this area. Finally, we will address the question of the obligations regarding to the conduct of hostilities and operational law, in particular; because it is there where the legal regulations find its biggest challenge.

Keywords author: International Humanitarian Law (IHL), Offenses, Breaches and/or Violations of International Humanitarian Law, Prevention, Disciplinary Law.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.- I. ¿QUÉ SIGNIFICA PREVENIR INFRACCIONES O VIOLACIONES AL DIH?.- *A. El significado de la obligación de respetar y hacer respetar.*- 1. Respeto como obligación de prohibición o de no hacer.- 2. Respeto como obligación de adoptar una determinada acción.- *B. Medidas nacionales de aplicación del DIH.*- 1. Ratificación e incorporación de los tratados relativos al DICA. 2. Reglamentación e implementación del DIH en el ámbito nacional.- II. OBLIGACIONES EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE INFRACCIONES AL DIH.- *A. Mecanismos de prevención y supervisión.*- 1. Difusión, enseñanza y promoción.- 2. Precaución, supervisión y control de ejecución.- *B. Medidas de carácter disciplinario.*- 1. Control interno (Fuerzas Armadas).- 2. Control externo (Ministerio Público).- *C. Responsabilidad penal y administrativa.*- 1. Intersección o competencia jurisdiccional (militar y ordinaria).- 2. Responsabilidad individual (penal y administrativa – acción de repetición).- III. CONDUCCIÓN DE HOSTILIDADES Y DERECHO OPERACIONAL.- *A. Importancia del “Derecho de La Haya” para el respeto del DIH.*- 1. Conducción de hostilidades y protección de las víctimas.- 2. Integración del “Derecho de La Haya” con el “Derecho de Ginebra”.- *B. Responsabilidad del superior jerárquico.*- 1. DICA, Convenios de Ginebra de 1949 y Protocolos adicionales de 1977.- 2. *Estatuto de la CPI (crímenes de guerra en la conducción de hostilidades.* - A MANERA DE CONCLUSIÓN, ALGUNAS RECOMENDACIONES.

INTRODUCCIÓN

Flagrantes, masivas y sistemáticas violaciones al derecho internacional humanitario (DIH, en adelante) constituyen el desolador panorama de la mayoría de los conflictos armados contemporáneos, de carácter —valga decir— esencialmente no internacionales. Y quizás sea precisamente dicho carácter lo que más incide en tan difícil situación. Efectivamente, en los conflictos irregulares, donde participan grupos armados ilegales, y donde suele ser común la utilización de estrategias y métodos ilícitos de hacer la guerra, el control de las infracciones al DIH se hace mucho más difícil.

No obstante lo anterior, también sabemos que el Estado, como entidad soberana, es quien posee la capacidad jurídica para celebrar tratados y contribuir a la formación de la costumbre internacional, erigiéndose así en el principal titular de las obligaciones relativas al DIH, en particular en lo que a prevención se refiere. Por este motivo, es a los diferentes estamentos del Estado que conciernen nuestras reflexiones. Pero, antes de continuar, conviene interrogarnos a propósito del significado de prevención en derecho humanitario. Según el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), se trata de “prevenir el sufrimiento humano, creando un entorno favorable (...) al respeto de la vida y la dignidad de las personas afectadas por los conflictos armados y otras situaciones de violencia”¹. Es por ello que su misión incluye “actividades encaminadas (...) a comunicar, desarrollar, aclarar y promover la aplicación del derecho internacional humanitario y de otros conjuntos de normas de derecho aplicables”².

Como se puede intuir, pese a su importancia, la prevención mediata, en el sentido de la creación de condiciones políticas, sociales y psicológicas que permitan prevenir crisis e infracciones de derecho humanitario³, no hace parte de las obligaciones convencionales. Esto, en la medida que dichas condiciones constituyen por lo esencial una expresión de las políticas públicas de cada Estado, prerrogativa a la cual los estados difícilmente renunciarían por vía de tratado.

1 Comité Internacional de la Cruz Roja, *Doctrina del CICR en materia de prevención*, CICR, Buenos Aires, p. 5 (2010).

2 Ib.

3 Cfr. Daniel Muñoz-Rojas y Jean-Jacques Frésard, *El origen del comportamiento en la guerra: comprender y prevenir las violaciones del DIH*, 86 *Revista Internacional de la Cruz Roja* 853, pp. 169-187 (mar., 2004).

Pero aún así, la obligación de prevención resulta demasiado amplia. Aunque el DIH tiene por vocación general la de aplicarse en situaciones de conflicto armado, existen diferentes obligaciones que corresponden a ciertas etapas previas o, incluso, posteriores al conflicto mismo, como por ejemplo, en lo que toca a la incorporación de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico interno o, *a posteriori*, con relación a las personas privadas de la libertad con ocasión de un conflicto armado. Ahora bien, nuestra preocupación central en esta oportunidad la origina el desconocimiento o incomprensión de la obligación multidimensional de prevención como factor de incumplimiento de otras obligaciones del DIH, pero también, especialmente, como elemento generador de violaciones o infracciones al derecho internacional de los conflictos armados, también conocido como DICA.

En consecuencia, obligaciones como la de adoptar medidas de aplicación nacional tendientes a la prevención de crisis humanitarias y, en caso de conflicto armado, orientadas a la salvaguarda o el restablecimiento de los derechos de aquellas personas que llegasen a encontrarse en poder de alguna de las partes o convertirse en sus víctimas, es algo que no tiene discusión. Lo realmente necesario ahora es la reflexión acerca de la obligación general de prevención, su contenido y alcances; de tal suerte que su estudio e interiorización permitan garantizar la aplicación correcta del derecho humanitario en situaciones de conflicto armado y, así, evitar o limitar las infracciones al DIH.

En fin, sin más consideraciones preliminares, es importante destacar que todas las obligaciones en DIH derivan, de una u otra manera, del compromiso asumido por los Estados en el artículo 1° común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 (en adelante, CG), a saber el de “respetar y hacer respetar” el conjunto de normas humanitarias. Es por ello que la obligación de prevención de infracciones juega un papel determinante en la regulación jurídica de los conflictos armados y, en tal sentido, habrá que distinguir los diferentes componentes y momentos de dicha obligación: la ratificación e incorporación de los tratados de DIH, la contribución de los Estados a la formación y el respeto del derecho consuetudinario, la adopción de medidas legislativas y reglamentarias, y demás acciones complementarias (promoción y formación) que permiten integrar y prevenir las infracciones al DIH en el seno de nuestra sociedad, especialmente, en las fuerzas armadas, protagonistas de su respeto y garantía.

En ese orden de ideas, el DIH no puede estar aislado del derecho relativo a la conducción de hostilidades (métodos y medios de combate) y, especialmente, del denominado derecho operacional; es decir, las reglas tendientes a limitar o reducir al máximo los efectos de las operaciones militares sobre los bienes y personas que no participan directamente en las hostilidades. De hecho, el fin del presente artículo tiene por objeto identificar y proponer medidas que permitan, sobre una base realista, adoptar prácticas efectivas tendientes a prevenir las infracciones susceptibles de cometerse en el teatro o campo de hostilidades.

Nos proponemos entonces desarrollar este ensayo en tres ejes o partes principales. Antes que nada se precisará el concepto y la obligación general de prevención de infracciones al DIH (I), para luego abordar las obligaciones específicas en la materia (II) y, finalmente, el estudio de las obligaciones relativas a la conducción de hostilidades y al derecho operacional en particular (III).

I. ¿QUÉ SIGNIFICA PREVENIR INFRACCIONES O VIOLACIONES AL DIH?

Para comprender el concepto o el significado de la obligación de prevención, así como para definir sus alcances, debemos partir de la comprensión de la obligación general de respeto y garantía, común a todos los tratados de derechos humanos (DD.HH, en adelante) y DIH, muchas veces traducida en una obligación de no hacer y, otras, en una de hacer (A). En tal sentido, las primeras medidas que deben adoptar los Estados son aquellas relacionadas con la ratificación, incorporación e implementación de los tratados aplicables a los conflictos armados (B).

A. El significado de la obligación de respetar y hacer respetar

Como ya lo anotábamos en nuestra introducción, el artículo primero común a los cuatro CG, dispone que “[l]as Altas Partes Contratantes se comprometen *a respetar y a hacer respetar* el presente Convenio en todas las circunstancias” (énfasis añadido). Además del carácter consuetudinario reconocido a estos convenios, es importante señalar que tan sencilla formulación constituye empero la base de todas las

demás obligaciones humanitarias⁴. De esa manera, la naturaleza de la obligación de prevención no puede ser ajena a dicha lógica, tanto en el plano de la prohibición como el de la acción positiva.

1. Respeto como obligación de prohibición o de no hacer

El respeto del DIH se da, en primer lugar, por vía de restricción o limitación del uso de la fuerza en la conducción de las hostilidades, o inclusive con la prohibición expresa de dirigir las acciones militares contra objetivos o personas que no poseen dicha naturaleza. Asimismo, cuando las personas, civiles o militares caen bajo el poder del adversario, el DIH impone otras tantas obligaciones de no hacer o, lo que es lo mismo, prohíbe que se atente contra la vida y la integridad de quienes no participan directamente en las hostilidades, o quienes han cesado su participación por haber depuesto las armas, haber sido capturados, o encontrarse enfermos, heridos o náufragos.

Los actos contrarios a dichas obligaciones generalmente serán constitutivos de lo que los cuatro CG y el primer Protocolo Adicional (PI, en adelante) denominan como *infracciones graves*, sobre las cuales cabría el ejercicio de una competencia o jurisdicción internacional. Para ser más precisos, simplemente podríamos citar a manera de ejemplo aquellas prohibiciones comunes a los CG y cuya violación las convierte en infracción grave: homicidio intencional, tortura o tratos inhumanos, experimentos biológicos, causar deliberadamente grandes sufrimientos, atentar gravemente contra la integridad física o la salud o destrucción y apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente⁵.

Tratándose de tan manifiestas infracciones al DIH, ¿cuál sería el significado de la obligación de prevención? A nuestro juicio, el conocimiento claro de la norma y de las órdenes militares por parte de quienes tienen la capacidad de producir un daño, pues lo que exigen los CG es la abstención rotunda de llevar a cabo actos como los efectuados contra personas que no participan directamente en las hostilidades o cuya

4 Cfr. Laurence Boisson de Chazournes y Luigi Condorelli, *Nueva interpretación del artículo 1 común a los Convenio de Ginebra: protección de los intereses colectivos*, Revista Internacional de la Cruz Roja, 837, pp. 67-87 (2000).

5 Arts. 50, 51, 130 y 147 de los CG I a IV respectivamente, aunque es importante anotar que la última disposición citada (destrucción y apropiación de bienes) no se encuentra incluida en el artículo. 130 del III CG.

participación ha cesado. El problema acá ya es de otra índole, a saber, la eventual dificultad de distinguir entre quiénes participan o no en las hostilidades, cuestión que se agrava especialmente cuando se trata de un conflicto armado de carácter no internacional, el cual se encuentra regido básicamente por el artículo tres común a los cuatro CG y por el Protocolo Adicional II (PII, en adelante).

Ahora bien, sabemos que, tratándose de conflictos internos, el concepto de infracción no ha sido adoptado convencionalmente sino por el Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI) bajo la denominación de *crimen de guerra*; motivo por el cual ha correspondido a la costumbre y a la jurisprudencia adaptar las infracciones graves (CG y PI) bajo la expresión ampliada de *violaciones graves*⁶. En conflictos armados como el que ha padecido Colombia por casi medio siglo es muy importante que, en materia de prevención, los combatientes se familiaricen con una fórmula sencilla, pero de gran trascendencia: los derechos de las personas y los bienes protegidos por el DIH son prácticamente los mismos en un conflicto internacional como interno, y su violación genera responsabilidad tanto nacional como internacional, sin importar su denominación particular.

Sin embargo, en otras ocasiones el DIH exige una acción o un deber de actuar y, en caso de omisión, también se podría estar en presencia de una infracción o violación graves.

2. Respeto como obligación de adoptar una determinada acción

Retomando el mencionado artículo 1° común a los CG, todos los Estados parte de dichos convenios —hoy en día 194— tienen el deber no solamente de respetar sino también de *hacer respetar* las diferentes obligaciones humanitarias, lo cual implica tanto obligaciones en la persona del Estado como en la de los individuos, personas naturales, de carácter público o privado.

En cuanto al Estado, es evidente que todas las ramas del poder público poseen algún grado de responsabilidad en materia de prevención. En primer lugar, el Legislativo, a quien incumbe incorporar los tratados

6 Un estudio acerca de estos conceptos y del régimen aplicable, puede ser consultado en Rafael A. Prieto Sanjuán, *Crímenes de guerra: infracciones y violaciones graves al derecho internacional humanitario*, Pontificia Universidad Javeriana-Grupo Editorial Ibáñez/Ediciones Depalma, Bogotá/Buenos Aires (2010).

internacionales en el ordenamiento interno, esencialmente a través de leyes aprobatorias de los primeros y demás leyes complementarias⁷. En segundo lugar, el Ejecutivo, por intermedio de su poder reglamentario, de una parte, pero, de otra, especialmente en virtud de su jerarquía y mando militar. Por su parte, corresponde al poder jurisdiccional y a los órganos de control, vigilar el cumplimiento e imponer las sanciones derivadas del incumplimiento de la ley.

En lo que respecta a las personas naturales, es necesario destacar que es a ellas a quienes se dirige particularmente el DIH, bien sea como titular de obligaciones o derechos, es decir, como combatiente o como víctima del conflicto armado. Es por ello que el conocimiento de las obligaciones en materia de prevención adquiere vital significado, un cuidado y entrenamiento especial, tanto más cuando el DIH impone que se respete el principio de distinción y el de proporcionalidad, de tal manera que se preserve la inmunidad de la población civil y se limiten las operaciones a aquellas que representen en sentido estricto una ventaja militar y reduzcan al máximo los efectos o daños colaterales.

Ahora, es muy importante señalar que, ciertamente, la responsabilidad primordial de las obligaciones en materia de prevención de infracciones al DIH corresponde al Estado y a sus funcionarios, pero también, aunque se descarte cualquier posibilidad de cambio en el estatus o condición jurídica de las partes en conflicto, aquellas que no tengan una naturaleza oficial o legal (grupos irregulares o no estatales) también *son* sujetos del DIH y *están* sujetos por el mismo. En efecto, buena parte de las obligaciones humanitarias se dirige por igual a las “partes” en conflicto, transmitiendo a sus integrantes todas las obligaciones que implica su participación directa en las hostilidades⁸.

No obstante lo anterior, existen ciertas obligaciones que solo pueden ser cumplidas o adelantadas por el Estado en virtud de su capacidad jurídica o su aptitud para producir derecho.

7 Cfr. CICR, *Aplicar el derecho internacional humanitario: participación de los Estados americanos en los tratados de relevancia para el derecho internacional humanitario y su aplicación nacional. Informe 2007*, Servicio de Asesoramiento del CICR, Buenos Aires (2007).

8 Por supuesto, no resulta fácil, ni en la teoría ni en la práctica, lograr que los grupos armados irregulares cumplan con el DIH. Cfr. Michelle Mack y Jelena Pejic, *Mejorar el respeto del derecho internacional humanitario en los conflictos armados no internacionales*, CICR, Ginebra (2008).

B. Medidas nacionales de aplicación del DIH

Como ya lo evocábamos, corresponde al Estado adelantar todo el proceso convencional con sus pares, pero asimismo incorporar en su ordenamiento interno las respectivas obligaciones internacionales.

1. Ratificación e incorporación de los tratados relativos al DICA

En pocas palabras, el proceso convencional comprende las etapas de negociación, adopción y ratificación de los tratados internacionales. Estas se dan por lo general en un plano multilateral (conferencias de plenipotenciarios) durante periodos más o menos largos, y en interacción con procesos internos. Esto significa que, una vez negociado y adoptado un tratado internacional, con la participación del Ejecutivo, deberá incorporarse en el orden interno el respectivo tratado, con el ánimo de que tenga aplicabilidad nacional⁹, pero además para que pueda notificarse a las demás partes contratantes que el Estado en cuestión entiende vincularse u obligarse jurídicamente en virtud de la ratificación del respectivo tratado.

Ahora bien, cabe anotar que en el caso colombiano, a la Corte Constitucional le corresponde llevar a cabo un control de oficio, automático y previo a la ratificación de los tratados¹⁰; este es el momento oportuno para evitar incompatibilidades entre el tratado y el ordenamiento interno, pero también para sugerir al Ejecutivo que adopte las reservas o declaraciones interpretativas en el acto de ratificación. Sabemos sin embargo que esta posibilidad es bastante reducida en lo que respecta a tratados relativos a derechos humanos y derecho humanitario, pues como bien lo señaló la Corte Internacional de Justicia (CIJ), lo que se busca preservar en ellos son los derechos de las personas y no los intereses de los Estados en particular¹¹.

Con la celebración y entrada en vigor del tratado, así como a través de su incorporación legislativa, podríamos decir que se da el primer paso en materia de prevención, o sea, que se dispone de un instrumento internacional que deberá no obstante ser desarrollado en el plano interno.

9 CICR, *Aplicar el derecho internacional humanitario...*, op. cit., n. 7.

10 Art. 241, num. 10 de la Constitución Política (CP) de Colombia.

11 *Reservas a la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio*, Opinión consultiva del 28 de mayo de 1951, en: *ICJ Reports/Recueil CIJ 1951*, p. 15.

2. Reglamentación e implementación del DIH en el ámbito nacional

El desarrollo de la norma internacional en el ordenamiento jurídico interno puede darse, de ser necesario, a partir de un desarrollo o reforma de orden constitucional, especialmente, a través de leyes, decretos y demás normas que permitan la implementación de la obligación internacional, trátese de resoluciones, directivas, órdenes, instrucciones, etc.

En ese sentido, podríamos afirmar que Colombia dispone prácticamente de un arsenal jurídico muy completo: disposiciones constitucionales donde prevalece el derecho internacional sobre el derecho interno al que se integra por vía del denominado “bloque de constitucionalidad”¹²; ratificación de la mayoría de tratados de DIH e incorporación de los mismos, a través de leyes y demás normas complementarias que ya señalamos. Por motivos de espacio, no podríamos entrar en el detalle, pero sí podemos afirmar que el Estado colombiano cumple con el primer requisito en materia de prevención, el cual consiste en disponer de las normas que reconocen e incorporan el DIH en el ámbito interno.

Otro asunto, un tanto más complejo, es lo que implica la adopción de la normativa humanitaria en el plano burocrático, de instrucción y de control. Con tantas entidades del orden nacional que están concernidas por el DIH, se requiere de una sofisticada organización administrativa, con una delimitación de competencias supremamente clara y precisa, pues el riesgo de burocratización conlleva de manera inherente el de ineficacia. Además, en el terreno de las hostilidades, el combatiente difícilmente podrá tener presente todo el aparataje normativo al que hicimos referencia, y mucho menos la compleja organización del Estado; lo que él o ella deben tener claro, como una especie de acto reflejo, es el respeto del DIH, aun en circunstancias tan difíciles como las que implica una situación de conflicto armado.

Así pues, es a quienes podrían verse confrontados directamente a una situación de conflicto armado que van dirigidas las reflexiones de nuestra segunda parte, teniendo siempre en mente la obligación principal de prevenir eventuales infracciones o violaciones al DIH.

12 Art. 93 de la CP.

II. OBLIGACIONES EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE INFRACCIONES AL DIH

Una vez incorporado e implementado todo el andamiaje jurídico y, a semejanza del concepto de prevención en materia de DD.HH, podríamos identificar tres modalidades o etapas claves con relación a la obligación de prevención de infracciones al DIH. Una, muy temprana, de prevención y supervisión, desde antes de que surja el conflicto armado (A). El otro momento o instancia, tiene que ver específicamente con el control militar y disciplinario (B) y el tercero, con la responsabilidad (C) como garantía de no repetición.

A. Mecanismos de prevención y supervisión

Haciendo abstracción de los mecanismos de prevención social, ética y psicológica¹³, los CG y sus protocolos adicionales obligan a los Estados parte a llevar a cabo actividades de promoción, difusión y enseñanza o instrucción en materia de DIH, así como a realizar un seguimiento y control de dichas actividades.

1. Difusión, enseñanza y promoción

El artículo 83 del PI resume y actualiza en dos numerales el contenido de la obligación de difusión en los siguientes términos:

“1. Las Altas Partes contratantes se comprometen a difundir lo más ampliamente posible, tanto en tiempo de paz como en tiempo de conflicto armado, los Convenios y el presente Protocolo en sus países respectivos y, especialmente, a incorporar su estudio en los programas de instrucción militar y a fomentar su estudio por parte de la población civil, de forma que esos instrumentos puedan ser conocidos por las fuerzas armadas y la población civil.

2. Las autoridades militares o civiles que, en tiempo de conflicto armado, asuman responsabilidades en cuanto a la aplicación de los Convenios y del presente Protocolo deberán estar plenamente al corriente de su texto¹⁴”.

¹³ Supra, nota 3.

¹⁴ Ver, en el mismo sentido, los artículos 47, 48, 127 y 144 de los respectivos CG, así como la fórmula, aún escueta del artículo 19 del PI, el cual implicaría la misma obligación para la disidencia armada, en la media en que establece que “[e]l presente Protocolo deberá difundirse lo más ampliamente posible”.

Esta cita merece algunas observaciones. Primero, que la obligación de difusión existe para el Estado, tanto en tiempos de paz como de guerra. Lo segundo, la obligación de incorporar el estudio del DIH en la instrucción militar, pero, adicionalmente, a fomentarlo entre la población civil¹⁵. La idea, por supuesto es la de socializar y, sobre todo, garantizar que las partes conozcan sus obligaciones y derechos, así como la población civil, en caso de conflicto armado¹⁶.

Asimismo, tratándose de un asunto tan delicado y especializado, el mismo protocolo establece en su artículo 82 que se disponga de asesores jurídicos a nivel de la comandancia militar:

“Las Altas Partes contratantes en todo tiempo, y las Partes en conflicto en tiempo de conflicto armado, cuidarán de que, cuando proceda, se disponga de asesores jurídicos que asesoren a los comandantes militares, al nivel apropiado, acerca de la aplicación de los Convenios y del presente Protocolo y de la enseñanza que deba darse al respecto a las fuerzas armadas”.

Finalmente, es de resaltar el papel protagónico del Comité Internacional de la Cruz Roja en la aplicación del DIH y, especialmente, en las actividades de asistencia humanitaria, difusión y asesoría¹⁷, o incluso como “potencia protectora”, en caso de conflicto armado. Esta idea nos conduce a pensar en una segunda instancia o momento de la obligación de prevención.

2. Precaución, supervisión y control de ejecución

Corresponde a cada una de las partes llevar a cabo las actividades o diligencias de supervisión y control en la ejecución de las diferentes obligaciones relativas a los conflictos armados y, para ello, podrán contar siempre con la asesoría, la neutralidad y la reserva del CICR, como ya lo anotábamos. Ahora bien, en materia de prevención, por supuesto que

15 Cfr. las actividades de promoción (formación, educación y sensibilización) del cicr en su sitio web [<http://www.icrc.org>].

16 Entre el abundante material pedagógico, destacaremos la obra de Marco Sassòli y Antoine Bouvier, *Un droit dans la guerre?*, Tomo 2, Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra (2003).

17 Ver la ficha técnica del cicr sobre “La obligación de difundir el derecho internacional humanitario”, Servicio de asesoramiento en derecho internacional humanitario, Ginebra, 28 de febrero de 2003, así como la ficha “Asesores jurídicos en las fuerzas armadas”, de enero del mismo año y *Aplicar el derecho internacional humanitario...*, op. cit., *supra* n. 7 y Jean-Luc Blondel, *El papel del cicr en la prevención de los conflictos armados: sus posibilidades y sus límites*, Revista Internacional de la Cruz Roja, 844, pp. 923-946 (2001).

será necesario hacer un seguimiento a los programas de instrucción en DIH, tanto en la pertinencia de su diseño como en la efectividad de su implementación.

En sentido estrictamente preventivo o destinado a salvaguardar la población civil de los efectos de las hostilidades, se hace necesaria la existencia de un asesor operacional y de un control tanto previo (antes de lanzar cualquier operación) como posterior, a fin de evaluar el desarrollo de las operaciones militares en correspondencia con la norma jurídica¹⁸.

Así, el PI dispone de medidas de precauciones en el ataque y contra los efectos de los mismos que se hace necesario que citeamos *in extenso*:

- “1. Las operaciones militares se realizarán con un cuidado constante de preservar a la población civil, a las personas civiles y a los bienes de carácter civil.
2. Respecto a los ataques, se tomarán las siguientes precauciones:
 - a) quienes preparen o decidan un ataque deberán:
 - i) hacer todo lo que sea factible para verificar que los objetivos que se proyecta atacar no son personas civiles ni bienes de carácter civil, ni gozan de protección especial, sino que se trata de objetivos militares en el sentido del párrafo 2 del artículo 52 y que las disposiciones del presente Protocolo no prohíben atacarlos;
 - ii) tomar todas las precauciones factibles en la elección de los medios y métodos de ataque para evitar o, al menos, reducir todo lo posible el número de muertos y de heridos que pudieran causar incidentalmente entre la población civil, así como los daños a los bienes de carácter civil;
 - iii) abstenerse de decidir un ataque cuando sea de prever que causará incidentalmente muertos o heridos en la población civil, daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista;
 - b) un ataque será suspendido o anulado si se advierte que el objetivo no es militar o que goza de protección especial, o que es de prever que el ataque causará incidentalmente muertos o heridos entre la población civil, daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista;
 - c) se dará aviso con la debida antelación y por medios eficaces de cualquier ataque que pueda afectar a la población civil, salvo que las circunstancias lo impidan.

18 Hacemos referencia especial al derecho relativo a la conducción de hostilidades y, en especial al derecho operacional. Ver entre otros, Instituto Internacional de Derecho Humanitario, *Manual de reglas de enfrentamiento*, San Remo (2009, trad., 2010), Rafael A. Prieto Sanjuán, (ed. académico), *Conducción de hostilidades y Derecho Internacional Humanitario. A propósito del centenario de las convenciones de La Haya de 1907*, Pontificia Universidad Javeriana/Biblioteca Jurídica Díké, Bogotá/ Medellín (2007) y República de Colombia, *Disposición número 056 del 7 de diciembre de 2009, (p)or la cual se aprueba el 'Manual de derecho operacional'*, Comando General de las Fuerzas Armadas, Manual FF.MM 3-41 Público.

3. Cuando se pueda elegir entre varios objetivos militares para obtener una ventaja militar equivalente, se optará por el objetivo cuyo ataque, según sea de prever, presente menos peligro para las personas civiles y los bienes de carácter civil.
4. En las operaciones militares en el mar o en el aire, cada Parte en conflicto deberá adoptar, de conformidad con los derechos y deberes que le corresponden en virtud de las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados, todas las precauciones razonables para evitar pérdidas de vidas en la población civil y daños a bienes de carácter civil.
5. Ninguna de las disposiciones de este artículo podrá interpretarse en el sentido de autorizar ataque alguno contra la población civil, las personas civiles o los bienes de carácter civil¹⁹.

Pero, además,

“Hasta donde sea factible, las Partes en conflicto:

- a) se esforzarán, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 49 del IV Convenio, por alejar de la proximidad de objetivos militares a la población civil, las personas civiles y los bienes de carácter civil que se encuentren bajo su control;
- b) evitarán situar objetivos militares en el interior o en las proximidades de zonas densamente pobladas;
- c) tomarán las demás precauciones necesarias para proteger contra los peligros resultantes de operaciones militares a la población civil, las personas civiles y los bienes de carácter civil que se encuentren bajo su control²⁰.

Sin embargo, cuando la precaución, así como la supervisión, vigilancia o control ordinario no resultan suficientes para evitar que se cometan desviaciones, abusos o infracciones al DICA, se impone la necesidad de entrar en una segunda etapa, a fin de prevenir y garantizar su no repetición.

B. Medidas de carácter disciplinario

El control y las medidas de carácter disciplinario pueden ser un asunto de la competencia interna de las Fuerzas Armadas y de Policía, así como de la entidad externa constitucionalmente instituida para dicho efecto.

19 Art. 57, pl.

20 Ib., art. 58.

1. Control interno (Fuerzas Armadas)

Se trata del control disciplinario que deben ejercer permanentemente los comandantes militares y de policía sobre las personas bajo su mando. Por supuesto, dicho control es propio de la actividad castrense y de la disciplina, pero no necesariamente ligado a operaciones militares. Ahora, lo que cuenta en este caso es que dicho control sea de tal naturaleza que permita, sin desmedro de la disciplina y la efectividad militares, prevenir infracciones o violaciones al DIH.

En caso de faltas a los manuales militares o de policía, directivas u órdenes, además de las medidas inmediatas que debe adoptar el superior jerárquico para la cesación de la infracción, puede hacerse necesaria una investigación o auditoría interna, lo cual suele ser objeto de una reglamentación precisa. Sin embargo, de manera concomitante o preferente, la investigación puede ser asumida por una entidad de control externa.

2. Control externo (Ministerio Público)

Se trata del Ministerio Público, es decir de un organismo de control destinado a vigilar el cumplimiento de las obligaciones de los funcionarios o servidores públicos en un Estado de derecho. A dicho efecto, puede muy bien tratarse de un control preventivo, como de uno de carácter disciplinario o sancionatorio. En Colombia, por ejemplo, existe una Procuraduría Delegada para los asuntos militares, así como otra, para los Derechos Humanos, que ejerce un control, tanto de carácter preventivo como disciplinario.

No obstante todo lo anterior, como expresión de diferentes formas de prevención (instrucción, control interno y externo), es posible que no se logre evitar que ocurran infracciones al DIH. No queda sino la opción de reparar a través de la sanción penal y civil o administrativa, que podrá servir de elemento disuasorio y garantía de no repetición, como manifestación de la tercera etapa o momento de la obligación de prevención.

C. Responsabilidad penal y administrativa

En materia de responsabilidad se distinguen al menos dos o tres modalidades que se relacionan con las infracciones al DIH. Una, desde luego, es la responsabilidad individual, es decir la que recae directamente en el

funcionario o el particular y, otra, la del Estado, cuando está incurso la del primero, lo que implica ciertas intersecciones entre la jurisdicción militar y la ordinaria.

1. Intersección o competencia jurisdiccional (militar y ordinaria)

Se da básicamente por la existencia de dos legislaciones penales; de una parte la militar y de otra la ordinaria o civil. En principio, la distinción es clara; corresponde a la primera conocer de todos aquellos hechos susceptibles de infringir la ley penal, pero que revisten un carácter militar, tanto por el carácter oficial del autor del delito como por la naturaleza misma de este, es decir, correspondiente a un comportamiento típicamente militar. Mientras tanto, corresponderá a la jurisdicción ordinaria juzgar a los particulares, aunque sean los autores de delitos contrarios al DIH. Es por ello que dentro de la jurisdicción ordinaria suelen existir unidades o tribunales especializados, ya que no corresponde a los militares juzgar a los civiles. Sin embargo, lo contrario sí puede suceder.

Cuando el personal militar o de policía comete infracciones graves contra el DIH, así como violaciones masivas o sistemáticas de derechos humanos, considera la jurisprudencia colombiana que no se trata de un acto propio del servicio o de la función pública; por este motivo no podrá ser la jurisdicción militar quien conozca estos delitos o juzgue a los militares o policías, en detrimento del fuero que habitualmente les es reconocido, ni siquiera cuando efectivamente se hayan configurado crímenes de guerra.

Ahora bien, la solución no es tan uniforme en derecho comparado. En Suiza, por ejemplo, es la jurisdicción militar la que juzga incluso a civiles, cuando a estos se les reconoce su capacidad para cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad²¹. Lo anterior, por cuanto los investigadores y jueces militares se encontrarían más aptos para examinar y calificar las circunstancias en las cuales aquellos fueron cometidos, lo cual puede ser perfectamente válido en un Estado como

21 Cfr. las contribuciones de Robert Roth y Marc Henzelin, *La répression des violations du droit international humanitaire en Suisse*, pp. 184-201 y J. van Wijnkoop, *A propos de la poursuite en Suisse de personnes soupçonnées d'avoir commis des crimes de guerre*, pp. 202-216, CICR, *Répression nationale des violations du droit international humanitaire (systèmes romano-germaniques). Rapport de la réunion d'experts (Genève, 23-25 septembre 1997)* preparado por Cristina Pellandini, CICR –Services consultatifs en droit international humanitaire, pp. 217-226 (1998).

el suizo. Pero en uno como Colombia, ¿cuál sería la justificación para adoptar la posición contraria? Esto es difícil de resolver en este artículo, pues requeriría un verdadero ejercicio de orden comparativo, histórico y sociológico. Por ahora, las recomendaciones internacionales, así como la estructura judicial, la actividad política y la jurisprudencia nacional, dejan entrever un grado de desconfianza en la independencia de la jurisdicción penal militar, la cual depende del Ejecutivo y no del poder jurisdiccional en sentido estricto. La pregunta que queda abierta es la de saber, en materia de prevención, cuál jurisdicción podría resultar más eficaz. Por ahora, mejor concentrémonos en los aspectos relativos a la responsabilidad penal.

2. Responsabilidad individual (penal y administrativa – acción de repetición)

La responsabilidad penal tiene dos objetivos centrales, a saber, un aspecto retributivo o sancionatorio para el autor del delito, y un carácter reparador, la idea de que se habría obtenido justicia para la víctima, en la medida en que su victimario habría sido sancionado y que la víctima o sus familiares se habrían constituido en parte civil o habrían obtenido reparación administrativa por parte del Estado, quien podría repetir contra el funcionario²².

Ahora bien, el verdadero significado en materia de prevención no lo constituye en sí la reparación o la restitución integral, pues evidencia que se falló precisamente en materia de prevención. A nuestro juicio, además de la cesación del ilícito, es el carácter disuasivo y ejemplarizante de la sanción penal el que podría servir como garantía de no repetición, o al menos de advertencia a quienes participan directamente en las hostilidades, de acuerdo con la idea de que las violaciones al DIH no quedarán impunes²³.

Yendo aun más lejos en esta lógica, en las actividades de difusión conviene enseñar que frente a la eventual deficiencia del Estado para investigar y administrar justicia, el mismo PI pone a disposición de las partes el mecanismo internacional de encuesta²⁴. Pero, asimismo, otros Estados podrían reivindicar el ejercicio de una competencia universal, o

22 Art. 90 de la CP.

23 Cfr. Anne-Marie La Rosa, *Eficacia de las sanciones como medio para lograr un mayor respeto del derecho humanitario*, Revista Internacional de la Cruz Roja, 870, pp. 221-247.

24 Art. 89 y 90 del PI.

también puede suceder que los presuntos responsables sean requeridos por una jurisdicción (tribunal) internacional.

Expuesto lo anterior, no debemos perder de vista que la prevención de infracciones al DIH se da básicamente antes de trabar la confrontación armada, lo que nos conduce a explicitar la cuestión del otrora denominado “Derecho de La Haya”.

III. CONDUCCIÓN DE HOSTILIDADES Y DERECHO OPERACIONAL

Teniendo presente la distinción clásica entre el DIH, de una parte, y de otra el derecho relativo a la conducción de las hostilidades, a veces también llamado “Derecho de la guerra”, resultará fácil de entender que la prevención se debe dar, por lo esencial, en el segundo más que en el primero. En efecto, planear las operaciones militares con riguroso apego a la Ley será determinante para evitar infringir el DIH (A), al tiempo que la responsabilidad del superior jerárquico será fundamental en materia de prevención de comportamientos ilícitos del personal a su cargo (B).

A. Importancia del “Derecho de La Haya” para el respeto del DIH

Aunque tradicionalmente separados para efectos de su sistematización y estudio, tanto la conducción de hostilidades como la protección de las víctimas, son en realidad especialidades interdependientes.

1. Conducción de hostilidades y protección de las víctimas

Es muy probable que en la historia de la humanidad haya aparecido la preocupación por una búsqueda de efectividad en las acciones bélicas antes que la protección de las víctimas, pero la primera construcción convencional (derecho de los tratados) manifiesta su preocupación especial por las personas directamente afectadas por la acción del adversario, es decir, por los combatientes heridos o caídos en el campo de batalla²⁵. Así, en la segunda mitad del siglo XIX, nace lo que daría en llamarse

25 Convenio de Ginebra del 22 de agosto de 1864 para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos en los ejércitos en campaña.

el “Derecho de Ginebra”, pero hacia finales del mismo siglo, durante la primera Conferencia Mundial de Paz, el interés en regular los métodos y medios de combate se traduce en importantes convenciones y declaraciones que daría nacimiento al que por muchos años sería identificado como el “Derecho de La Haya”²⁶.

También es cierto que durante el curso de toda la primera mitad del siglo pasado, el “Derecho de la guerra”²⁷ imperó en detrimento de la protección de las víctimas o de la asistencia humanitaria, pues solo hasta 1949 se adoptaron los cuatro CG. Después de esta fecha, los dos regímenes especializados continuarían teniendo un desarrollo separado, sin que resulte tan claro entender su diferencia e independencia, toda vez que múltiples factores los atan, tal y como se reconocería tres décadas después.

2. Integración del “Derecho de La Haya” con el “Derecho de Ginebra”

Nos referimos a los protocolos adicionales a los CG que fueron adoptados por la Conferencia de plenipotenciarios en Ginebra en 1977, donde se reconoce que vana sería la intención de proteger a las víctimas de los conflictos armados sin una visión realista de las necesidades militares. En sentido inverso, también resultaría iluso concebir el empleo de ciertos métodos de guerra o el desarrollo de los medios de combate en desconocimiento de las obligaciones que las partes tienen con respecto a las personas que no participan directamente en las hostilidades.

Ahora, es importante señalar que la interdependencia entre los dos regímenes no es artificial, sino evidente y necesaria, lo que conduce a que la distinción entre “Derecho de La Haya” y “Derecho de Ginebra” tienda a diluirse y se mantenga solamente para efectos de instrucción o enseñanza de una especialidad mucho más englobante que, en el lenguaje

26 A ese propósito llamaremos la atención de la Mesa Redonda llevada a cabo con ocasión del bicentenario de la Segunda Conferencia de Paz; Instituto Internacional de Derecho Humanitario, *The Conduct of Hostilities. Revisiting the Law of Armed Conflict 100 Years after the 1907 Hague Conventions and 30 Years after the 1977 Additional Protocol*, San Remo (Italia), 6 al 8 de septiembre de 2007, así como la obra bajo nuestra coordinación, Rafael A. Prieto Sanjuán (ed. académico), *Conducción de hostilidades y Derecho internacional humanitario. A propósito del Centenario de las Convenciones de La Haya de 1907*, op. cit., *supra*, nota 18.

27 Ver CICR, *Derecho internacional relativo a la conducción de las hostilidades: colección de Convenios de La Haya y de algunos otros tratados*, *supra*, nota 18 2ª ed. revisada y actualizada, Ginebra (1996).

militar se conoce mejor como DICA, esto es, el Derecho Internacional de los Conflictos Armados²⁸.

El ejemplo más claro o la materialización de lo que precede, lo constituye el derecho operacional, como traducción práctica y precisa de las reglas tendientes a limitar o reducir al máximo los efectos de las operaciones militares sobre los bienes y personas que no participan directamente en las hostilidades; tiene tal importancia que representa, en nuestra opinión, una de las mejores posibilidades de prevenir las infracciones susceptibles de cometerse en el teatro o campo de batalla. Sin embargo, para terminar este ensayo, veremos que tanto la instrucción y el entrenamiento, así como el papel de los superiores o comandantes, resultan fundamentales en materia de prevención de eventuales violaciones al DIH.

B. Responsabilidad del superior jerárquico

Abstracción hecha de la responsabilidad de las personas que participan directamente en las hostilidades, así como de la responsabilidad que incumbe al Estado y eventualmente a los grupos armados irregulares, es importante señalar que la inmediatez de las hostilidades implica una mayor responsabilidad de los comandantes militares en materia de prevención. Tan es así, que las infracciones cometidas por los hombres y mujeres sometidos a su mando podrán ser transmitidas al superior jerárquico; motivo por el cual este siempre tendrá un interés legítimo en que se respete el DIH.

1. DICA, Convenios de Ginebra de 1949 y Protocolos adicionales de 1977

La responsabilidad por las acciones bélicas ha sido tradicionalmente reconocida en cabeza del Estado, al disponer no solamente de la soberanía y el monopolio de la fuerza —al menos teóricamente—, sino además, por ser quien ha adquirido las obligaciones en materia de DICA y del DIH, específicamente²⁹. Dicha responsabilidad, puede ser constatada tanto en el plano internacional, como civil y administrativo.

28 Mientras que el Derecho Internacional de los Conflictos Armados, o *ius in bello* (una vez proscrito el *ius ad bellum*) sería el género, el Derecho Internacional Humanitario (DIH) y el derecho relativo a la conducción de hostilidades (métodos y medios de combate) serían especies o divisiones del primero.

29 Cfr. Marco Sassòli, *La responsabilidad del Estado por las violaciones del derecho internacional humanitario*, Revista Internacional de la Cruz Roja, 846, pp. 401-434 (2002).

Así, el DIH establece que las Partes “deberán reprimir las infracciones graves y adoptar las medidas necesarias para hacer que cesen todas las demás infracciones de los Convenios y del presente Protocolo que resulten del incumplimiento de un deber de actuar”³⁰. En el mismo sentido, también se entiende la responsabilidad de los superiores por omisión a su deber de vigilancia sobre sus subordinados.

“El hecho de que la infracción de los Convenios o del presente Protocolo haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria, según el caso, a sus superiores, si éstos sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción”³¹.

Importa entonces recordar cuáles son los deberes de los jefes militares.

“1. Las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto exigirán que los jefes militares, en cuanto se refiere a los miembros de las fuerzas armadas que están a sus órdenes y a las demás personas que se encuentren bajo su autoridad, impidan las infracciones de los Convenios y del presente Protocolo y, en caso contrario, las repriman y denuncien a las autoridades competentes.

2. Con el fin de impedir y reprimir las infracciones, las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto exigirán que los jefes, según su grado de responsabilidad, tomen medidas para que los miembros de las fuerzas armadas bajo sus órdenes tengan conocimiento de las obligaciones que les incumben en virtud de lo dispuesto en los Convenios y en el presente Protocolo.

3. Las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto obligarán a todo jefe que tenga conocimiento de que sus subordinados u otras personas bajo su autoridad van a cometer o han cometido una infracción de los Convenios o del presente Protocolo a que se tome las medidas necesarias para impedir tales violaciones de los Convenios o del presente Protocolo y, en caso necesario, promueva una acción disciplinaria o penal contra los autores de las violaciones”³².

Ahora bien, es necesario notar que la redacción de los artículos recién citados, se da bajo la premisa de una aplicación nacional y del autocontrol conferido por los CG y los PA a los Estados parte. Sin embargo, al crearse

30 Art. 86.2 del PI.

31 Ib.

32 Ib., art. 87.

tribunales ad hoc, así como una jurisdicción de carácter permanente para el juzgamiento de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, estos deberes, al igual que la responsabilidad del superior, adquieren especial relevancia.

2. Estatuto de la CPI (crímenes de guerra en la conducción de hostilidades)

En la materia que nos interesa (prevención de infracciones al DIH) se trata esencialmente de los crímenes de guerra en la perspectiva de las “violaciones a las leyes y usos de la guerra”, conceptos desarrollados consuetudinaria y jurisprudencialmente durante el siglo pasado hasta su consagración convencional en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI)³³, estatuto que dedica todo un acápite a la definición de dichos crímenes, discriminando si estos fueron cometidos en el curso de un conflicto armado internacional o en uno de carácter interno.

En esta oportunidad, simplemente reproduciremos la respectiva disposición del Estatuto de Roma, destacando el hecho de que allí también se considera la responsabilidad del superior jerárquico, no solamente militar, sino también civil o político.

Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte:

- a) El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando:
 - i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y
 - ii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.
- b) En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando:

33 Art. 8 del ER de la CPI.

- i) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos;
- ii) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y
- iii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento³⁴.

No nos queda entonces sino tratar de concluir con una síntesis del significado y el alcance de la obligación de prevención de infracciones al DIH, sin perjuicio de identificar algunas tensiones y formular algunas recomendaciones.

A MANERA DE CONCLUSIÓN, ALGUNAS RECOMENDACIONES

A lo largo de este escrito hemos podido constatar que la obligación de prevención contiene una naturaleza multifacética y que por lo esencial constituye una obligación de medio más que de resultado. Sin embargo, ello no implica que las partes en un conflicto armado deban demostrar simplemente algún esfuerzo en prevenir; al contrario, es importante que ellas comprendan y asuman un compromiso real, adoptando todas las medidas que sean necesarias para el cumplimiento de las obligaciones humanitarias que se derivan de los tratados y de la costumbre internacional.

En el plano jurídico es posible distinguir tres momentos principales de la obligación de prevención de infracciones al DIH. Esto es, antes que nada, adoptar e implementar la normatividad que permita adelantar las labores de prevención; en otras palabras, formalizar, llenar de contenidos y dar vida a dicha obligación en el ordenamiento jurídico y en las actividades militares, tanto en su planeamiento como en su ejecución. La segunda instancia o momento se refiere a las actividades de control, tanto preventivo en sentido estricto, es decir, de precaución y supervisión a dichas actividades, como disciplinario, bien sea interno o externo. El tercer momento, definitivamente a posteriori, tiene que

34 Ib., art. 28 (Responsabilidad de los jefes y otros superiores).

ver con el fracaso mismo de la obligación de prevención, pues nos hemos referido a la obligación que deriva de la comisión de infracciones al DIH, no obstante el haber adoptado todas las demás medidas. En tal sentido la responsabilidad del autor de la infracción o de las partes al conflicto, podrían facilitar la cesación del ilícito y servir de garantía de no repetición.

Ahora bien, eso es todo lo que puede hacer el derecho específicamente destinado a prevenir las infracciones al DIH, pero su prevención general, aunque sea de forma mediata, no puede ignorar que lo ideal sería precisamente prevenir que tenga lugar el conflicto armado. Sin embargo, ello depende de otros factores que desbordan el objeto de este ensayo, como sería comprender los orígenes del conflicto y de los comportamientos adoptados en el mismo, para poder actuar o incidir de manera apropiada en las condiciones políticas y sociales de los Estados, de los grupos armados y de los combatientes³⁵, lo cual escapa evidentemente de nuestras manos.

No se puede pretender que la norma lo resuelva todo o que entre un mayor número de disposiciones habrá mayores posibilidades de prevenir infracciones al DIH; aunque nunca sobran, es la aprehensión del significado de esta obligación lo que permitiría aspirar a un efectivo respeto y garantía del DIH. Dicho en otros términos, es necesario que en el diseño de las políticas públicas y en la implementación de las normas humanitarias, pero también en la planeación, aplicación y evaluación de las operaciones militares, se incluyan elementos de orden antropológico, ético y psicológico.

En efecto, muchas veces se olvida que quienes tienen el poder de destrucción o de violar el DIH, también son seres humanos, individuos con un contexto social y personal en el que la norma no suele interesarse. Por supuesto, no se trata de resolver todo el cuadro social o eventualmente clínico (traumas anteriores, coetáneos o derivados de la prestación militar) de quienes habrían de participar directamente en las hostilidades, pero sí de considerar al ser humano, con sus virtudes y defectos. En otras palabras, hay que conservar todos los avances normativos, la difusión, la formación y el entrenamiento, buscando la universalidad de sus destinatarios, pero con la consideración del individuo, especialmente en su formación y en el plano psicosocial, pues,

35 Es lo que el CICR conoce de alguna manera como “propiciar el entorno” (pp. 7-10) o “contextualización” (p. 11).

en buena medida, de ello depende su comportamiento en una situación de conflicto armado.

En conclusión, si existe la norma y si existe una preparación profesional (ética y psicológica) de los eventuales combatientes, que permita su apropiación e interiorización —y no simplemente una repetición memorística³⁶—, estamos convencidos que se podría avanzar de manera mucho más efectiva en la prevención de infracciones y violaciones al DIH.

36 Se trata de evitar precisamente, lo que Daniel Muñoz-Rojas y Jean-Jacques Frésard (*El origen del comportamiento en la guerra*, supra, n. 3) llama el abismo entre conocimientos, actitudes y comportamientos, p. 177.

BIBLIOGRAFÍA

- Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), *Aplicar el derecho internacional humanitario: participación de los Estados americanos en los tratados de relevancia para el derecho internacional humanitario y su aplicación nacional. Informe 2007*, Servicio de Asesoramiento del CICR, Buenos Aires (2007).
- *Doctrina del CICR en materia de prevención*, trad. (ed. en inglés), *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 874, pp. 415-430.
- & Unión Interparlamentaria, *Respetar y hacer respetar el derecho internacional humanitario*, Colección Guía práctica para los parlamentarios, 1, Ginebra (1999).
- Instituto Internacional de Derecho Humanitario, *Manual de reglas de enfrentamiento*, San Remo (2009, trad., 2010).
- Michelle Mack, & Jelena Pejic, *Mejorar el respeto del derecho internacional humanitario en los conflictos armados no internacionales*, CICR, Ginebra (2008).
- Daniel Muñoz-Rojas & Jean-Jacques Frésard *El origen del comportamiento en la guerra: comprender y prevenir las violaciones del DIH*, trad. del francés, 86 *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 853, pp. 169-187 (marzo, 2004),
- Rafael A. Prieto Sanjuán (dir.), *Čelebići: crímenes en un campo prisión y responsabilidad del superior jerárquico*, Colección Grandes Fallos de la Justicia Penal Internacional, 3, Pontificia Universidad Javeriana–Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá–Medellín (2009).
- *Crímenes de guerra: infracciones y violaciones graves al derecho internacional humanitario*, Colección Monografías, 13, Pontificia Universidad Javeriana/Grupo Editorial Ibáñez/Ediciones Depalma, Bogotá/Buenos Aires (2010).
- (ed. académico), *Conducción de hostilidades y Derecho internacional humanitario. A propósito del Centenario de las Convenciones de La Haya de 1907*, Colección Estudios de Derecho Internacional, 9, Pontificia Universidad Javeriana–Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá–Medellín (2007).
- República de Colombia, *Disposición número 056 del 7 de diciembre de 2009, '(p)or la cual se aprueba el 'Manual de derecho operacional'*, Comando General de las Fuerzas Armadas, Manual FF.MM 3-41 Público.

