



La Cláusula Martens y sus implicaciones en la Jurisdicción Especial para la Paz

The Martens Clause and its implications for the Special Jurisdiction for Peace

José Fernando GONZÁLEZ ANTE*

<https://orcid.org/0000-0002-3215-8633>

Jurisdicción Especial para la Paz, Colombia

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Colombia

jose.gon.98@hotmail.com

DOI: 10.5294/aidih.2023.4.8



Para citar este artículo | To reference this article | Para citar este artigo

José Fernando GONZÁLEZ ANTE. “La Cláusula Martens y sus implicaciones en la Jurisdicción Especial para la Paz”, en Anuario Iberoamericano sobre Derecho Internacional Humanitario, 4 (2023), pp. 247-285. DOI: <https://doi.org/10.5294/aidih.2023.4.8>

Recibido: 29 de abril de 2023 | Envío a pares: 5 de junio de 2023 | Aprobado por pares: 22 de septiembre de 2023

* El artículo y las opiniones que figuran en el presente documento se hacen a título personal y no comprometen a ninguna institución a la cual el autor pertenezca o haya pertenecido.

Resumen

Alrededor de este texto se buscará brevemente señalar los orígenes, la evolución y los alcances dados a la Cláusula Martens a nivel internacional y nacional, haciéndose un estudio histórico, jurisprudencial y doctrinal de la disposición normativa. Pudiendo establecerse que esta, aunque no imponga fuentes de derecho autónomas en el Derecho Internacional Humanitario (DIH), sí impone un criterio interpretativo obligatorio en casos donde las reglas del DIH son laxas o hay aparentes vacíos, pues siempre se deben respetar y aplicar los requisitos de humanidad, y la interpretación de las reglas del DIH se debe realizar de forma estricta atendiendo en algunos casos a los desarrollos de los estándares internacionales de derechos humanos (DD. HH.).

Se pondrá igualmente de presente el mandato de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) de tener en consideración la Cláusula para la calificación de conductas de su conocimiento, especialmente aquellas que puedan revestir la calidad de crímenes de guerra. Para ello se pondrán de presente dos casos emblemáticos decididos en la Corte Penal Internacional y en la JEP donde la Cláusula ha demostrado ser una pieza clave para la determinación de la calidad de crímenes de guerra de conductas como la violencia sexual intrafilas y los ataques al medioambiente.

Palabras clave: Cláusula Martens; fuentes del DIH; crímenes de guerra; Jurisdicción Especial para la Paz; ataques al medioambiente; violencia sexual intrafilas; violencias basadas en género intrafilas.

Abstract

The purpose of this text is to briefly describe the origins, evolution, and scope of the Martens Clause at the international and national levels, making a historical, jurisprudential, and doctrinal study of the normative provision. It may be established that, although it does not impose autonomous sources of law on IHL, it does impose a mandatory interpretative criterion in cases where the rules of IHL are lax or where there are apparent gaps, since the requirements of humanity must always be respected and applied, and the interpretation of the rules of IHL must be carried out strictly, in some cases taking into account the developments of international human rights standards. The mandate of the Special Jurisdiction for Peace (SJP) to take into consideration the clause for the qualification of conducts under its jurisdiction, especially those that may constitute war crimes, will also be presented. To this end, two emblematic cases decided by the International Criminal Court and the SJP will be presented, in which the clause has proven to be a key element in determining whether conduct such as intra-party sexual violence and attacks to the environment are war crimes.

Keywords: Martens Clause; sources of IHL; war crimes; Special Jurisdiction for Peace; attacks to the environment; intra-party sexual violence; intra-party gender-based violence.

**Introducción**

La Cláusula Martens, desde finales del siglo XIX, fue considerada globalmente una norma pilar del DIH donde se expresaba que, más allá de las normas escritas, la protección del DIH se mantenía. Desde esa época se ha mantenido vigente como una de las normas de derecho internacional de mayor relevancia para

la regulación y el desarrollo de las normas de la guerra. De tal importancia ha sido que la Cláusula fue incluida en el preámbulo del Acuerdo Final firmado entre la extinta guerrilla de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP) y el Estado colombiano, siendo una norma que deberá guiar todo el trabajo jurisdiccional de la JEP.

La relevancia de la Cláusula recae en que ella puede ser la base jurídica que da luz para determinar si una conducta está o no conforme con el DIH ante aparentes reglas laxas o vacíos hasta el punto de calificar dicha conducta como crimen de guerra. Por ello entender sus alcances e implicaciones es de suma relevancia para la JEP en su tarea de calificar las conductas cometidas durante el conflicto armado. Este texto buscará hacer un análisis sistemático de esta disposición desde sus orígenes, desarrollos históricos, jurisprudenciales y doctrinales, tanto internacionales como nacionales, y de su alcance e interpretación, poniendo de presente la importancia de los estándares internacionales de DD. HH. a los que la Cláusula misma remite, para así ilustrar con dos casos que muestran cómo esta disposición ha sido y debe seguir siendo la base para considerar conductas como crímenes de guerra al interior de la JEP.

1. Historia y desarrollo de la Cláusula Martens

La Cláusula Martens apareció por primera vez en el Preámbulo del II Convenio de La Haya de 1899, relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, por sugerencia del jurista Fyodor Fyodorovich Martens, en representación del zar ruso, quien había iniciado la Conferencia de Paz y a quien se le debe el nombre de la Cláusula que quedó plasmada de la siguiente manera¹:

Mientras que se forma un Código más completo de las leyes de la guerra, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos

1 Rupert Tischenurst, "La Cláusula Martens y el derecho de los conflictos armados", en *Revista Internacional De La Cruz Roja*, 12 (1997). DOI: <https://doi.org/10.1017/S0250569X00021919>

entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública².

Martens propuso esta Cláusula después de que los delegados de la Conferencia no lograran ponerse de acuerdo sobre diferentes puntos concernientes a las normas de ocupación bélica. Un grupo de Estados europeos pequeños encabezado por Bélgica criticó las reglas de ocupación beligerante en el proyecto de convención porque otorgaba amplios poderes a los países ocupantes, como el derecho a cambiar las leyes del Estado ocupado, a utilizar sus funcionarios públicos, así como a recaudar nuevos impuestos. Para empeorar las cosas para los Estados más pequeños, que tenían más probabilidades de estar sujetos a la ocupación extranjera, el proyecto de convención no preveía ningún derecho para la población del país ocupado a resistir la ocupación³, dado que, en lo concerniente al estatus de las personas civiles que portaban armas contra una fuerza ocupante, gran parte de las potencias militares pensaban que debían ser consideradas como francotiradores y que su actuación era punible con la ejecución, mientras que los Estados europeos pequeños sostenían que debía considerárseles como combatientes legítimos⁴. En ese orden, el delegado belga, apoyado también por Gran Bretaña, propuso eliminar varias disposiciones sobre los derechos de las potencias ocupantes y solicitó que se insertaran nuevas reglas sobre los derechos de la población ocupada. Frente a ello, Rusia y Alemania se opusieron firmemente⁵.

Al ser la Cláusula adoptada de forma unánime, Martens logró superar la oposición de los Estados más pequeños sin ninguna concesión concreta por parte de Rusia y Alemania⁶. La Cláusula Martens en su momento no tuvo un propósito humanitario, sino que fue una estrategia diplomática hábil para burlar a los países más pequeños, pues, entre otras cosas, solo hasta 1949 en

2 Preámbulo de la Convención II de La Haya de 1899 relativa a las leyes y usos de la guerra terrestre, 1899.

3 Jochen VON BERNSTORFF, "Martens Clause", en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2009), en <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e327?prd=EPIL>, fecha de consulta: 9 de mayo de 2022.

4 Rupert TICEHURST, *op. cit.*

5 Jochen VON BERNSTORFF, *op. cit.*

6 Jochen VON BERNSTORFF, *op. cit.*

los Convenios de Ginebra el estatuto de combatientes legítimos le fue otorgado a las poblaciones civiles alzadas en armas contra las potencias ocupantes⁷.

Desde entonces, la Cláusula Martens ha sido incorporada en diversos instrumentos internacionales que regulan los conflictos armados⁸. Su incorporación en los Convenios de Ginebra (en adelante CG) de 1949 se hizo en las disposiciones relativas al derecho de denuncia⁹. En estas disposiciones, los Convenios afirmaron el derecho de las Altas Partes Contratantes a denunciar los Convenios. Sin embargo, al hacerlo, tal denuncia no absuelve a la Alta Parte Contratante de continuar comportándose de conformidad con el derecho internacional, particularmente el derecho consuetudinario¹⁰.

En 1977, la Cláusula fue incluida en los Protocolos Adicionales a los CG con modificaciones relevantes. En el Protocolo Adicional I sería incluida en el artículo 1 referente a los principios generales y su ámbito de aplicación introduciendo la expresión “usos establecidos”¹¹ en reemplazo de “usos establecidos entre naciones civilizadas”, expresión que evidencia el contexto colonial donde se originó la Cláusula. En el Protocolo Adicional II sería incluida en el preámbulo señalando que “en los casos no previstos por el derecho vigente, la persona humana queda bajo la salvaguardia de los principios de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública”¹², disposición que, a diferencia de la del Protocolo Adicional I y a otros instrumentos, no hace referencia a “las personas civiles y los combatientes”, sino a “la persona humana”, lo cual tiene explicación desde el ámbito de aplicación de este protocolo que son los conflictos armados no internacionales (CANI) donde las personas que participan en las hostilidades no son consideradas “combatientes”, dado que este concepto y

7 Antonio CASSESE, “The Martens Clause: Half A Loaf or Simply Pie in The Sky?”, en *European Journal of International Law*, 11 (2000), pp. 187-216.

8 Preámbulo del Reglamento de La Haya, 1907; Convenio de Ginebra I, 1949, art. 63; Convenio de Ginebra II, 1949, art. 62; Convenio de Ginebra III, 1949, art. 142; Convenio de Ginebra IV, 1949, art. 158; Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra, 1977, art. 1(2); Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra, 1977, preámbulo; Convenio sobre ciertas armas convencionales, 1980, preámbulo.

9 Convenio de Ginebra I, 1949, art. 63; Convenio de Ginebra II, 1949, art. 62; Convenio de Ginebra III, 1949, art. 142; Convenio de Ginebra IV, 1949, art. 158.

10 Emily CRAWFORD, “The Modern Relevance of the Martens Clause”, en *ISIL Yearbook of International Humanitarian and Refugee Law*, 6 (2006), pp. 1-18.

11 Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 1977, art. 1.

12 Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 1977, Preámbulo.

sus implicaciones jurídicas, como son el estatuto de combatiente, son propios de los conflictos armados internacionales (CAI)¹³. Asimismo, en este protocolo no se hace referencia a “usos establecidos” también por su ámbito de aplicación, dado que el intento de establecer reglas para los CANI solo se remonta a 1949 y la aplicación del art. 3 común en la práctica de los Estados para 1977 no se había desarrollado de tal manera que se pudiera hablar de “usos establecidos” en relación con los CANI¹⁴. Posteriormente, en 1980, en la Convención sobre ciertas armas convencionales sería incluida en su preámbulo con un cambio del término de “usos establecidos” por “la costumbre”¹⁵.

Por su lado, la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de la ONU en 1994 señaló que, si bien la Cláusula Martens en un principio fue incluida en diferentes tratados y convenios de DIH, ya para la época tenía el status de derecho internacional general que en esencia “estipula que, incluso en los casos no contemplados por acuerdos internacionales específicos, las personas civiles y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del derecho internacional preconizados por los usos establecidos, los principios de humanidad y los dictados de la conciencia pública”¹⁶.

A raíz de su constante inclusión en instrumentos de DIH desde etapas tan tempranas de la materia y por la relevancia de su contenido, dio lugar a que la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en la *Opinión consultiva sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares* afirmara que la Cláusula no solamente era una norma de carácter consuetudinario¹⁷, sino que era “un medio eficaz de hacer frente a la rápida evolución de la tecnología militar”¹⁸. Dado que esta permitiría evaluar la legalidad de las actuaciones en el marco del conflicto a la luz de los principios que en ella se señalan, que son principios fundamentales del DIH.

13 Comité Internacional de la Cruz Roja, norma consuetudinaria 3, Definición de combatientes, en https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/spa/docs/v1_rul_rule3; Emily CRAWFORD, *op. cit.*

14 Emily CRAWFORD, *op. cit.*

15 Preámbulo de la Convención sobre ciertas armas convencionales, 1980.

16 Comisión de Derecho Internacional, “Informe de la CDI sobre sus trabajos durante su cuadragésimo sexto período de sesiones”, 2 de mayo-22 de julio de 1994, GAOR A/49/10, p. 317.

17 Corte Internacional de Justicia, “Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons” (Advisory Opinion), en *ICJ Reports* (1996), p. 259, párr. 84.

18 Corte Internacional de Justicia, “Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons” (Advisory Opinion), en *ICJ Reports* (1996), p. 259, párr. 78.

2. Interpretación de la Cláusula Martens

Sobre la Cláusula Martens ha sido ampliamente debatido si esta tiene un significado autónomo, así como si incluso constituye una fuente distinta de obligaciones y, de ser así, cuál sería el contenido de estas obligaciones¹⁹.

Precisamente, Cassese señaló cómo la Cláusula Martens fue la primera norma de derecho internacional positivizada en un tratado que proclamó que existen principios y/o reglas de costumbre internacional que no solo resultan de la práctica estatal o los tratados, sino de los principios de humanidad y la conciencia pública, creando así esta Cláusula una mezcla entre iuspositivismo e iusnaturalismo en la medida en que plasma la obligatoriedad del actuar moral por parte de las fuerzas en la guerra. Sin embargo, debido a la ambigüedad y amplitud de la Cláusula, que ha generado interpretaciones contradictorias, y a la extensa controversia acerca del contenido según diferentes actores en la comunidad internacional, Cassese concluyó que la Cláusula Martens es actualmente uno de los mitos legales de la comunidad internacional²⁰.

A continuación, se señalarán algunas de las posturas existentes frente al valor normativo de la Cláusula y a su contenido obligacional.

2.1 Valor normativo de la Cláusula Martens

Ha sido ampliamente debatido si la Cláusula Martens y especialmente los términos “leyes de la humanidad” y “exigencias de la conciencia pública”, ya sea individualmente o combinados, tienen un valor normativo autónomo bajo el derecho internacional.²¹

Ticehurst y Salter señalan que, dentro de las diferentes corrientes que han existido sobre el valor normativo de la Cláusula, se encuentra en primer lugar la más estricta que señala que seguiría vigente la norma consuetudinaria del derecho internacional público conocida como el “Principio Lotus”, también

19 Comité Internacional de la Cruz Roja, Updated ICRC Commentary Geneva Convention I for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, Geneva, 01.01.2016, párrs. 3290-3298; Rupert TICEHURST, *op. cit.*

20 Antonio CASSESE, *op. cit.*

21 Comité Internacional de la Cruz Roja, *op. cit.*; Marco SASSÒLI, *International Humanitarian Law: Rules, Solutions to Problems Arising in Warfare and Controversies*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2019, pp. 54-55.

vigente bajo el derecho penal interno, que dispone que, a falta de una norma prohibitiva aplicable, se habrá de permitir la conducta²². Esta sería la posición apoyada por las grandes potencias militares en sus intervenciones ante la CIJ sobre las armas nucleares, dentro de ellas está el Reino Unido que señalaría que la Cláusula hace referencia a que, en ausencia de una norma en un tratado internacional que prohíba una conducta en los conflictos armados, como el uso de armas nucleares, su uso no es necesariamente lícito. Pero señala que la Cláusula no es lo que volvería ilícita la conducta, sino que los propios términos de la Cláusula hacen necesario señalar una norma de derecho internacional consuetudinario que podría prohibir el uso de armas nucleares y que, al no existir dicha norma, se habrá de permitir la conducta²³.

Esta posición solo le daría a la Cláusula el mero valor de recordar “la existencia de normas consuetudinarias positivas del derecho internacional que no están incluidas en tratados específicos”²⁴, lo cual, según Cassese, únicamente le da una especie de valor moral o político que terminaría volviéndola redundante por recordar algo evidente: en el derecho internacional, como en cualquier otro sistema legal, si un asunto no está cubierto por un conjunto de reglas (por ejemplo, las disposiciones de un tratado), puede ser regido por otro cuerpo de leyes distinto (por ejemplo, la costumbre). Asimismo, Cassese agregó que aquellos que defienden esta posición no explicarían porqué la Cláusula, en lugar de limitarse simplemente a referirse a principios y reglas ‘fuera’ del tratado que contiene la Cláusula, también menciona las ‘leyes de la humanidad’ y los ‘dictados de la conciencia pública’²⁵.

En segundo lugar, se encuentra una posición más amplia que sostiene que la Cláusula estipula que no todo lo que no está explícitamente prohibido por el DIH está permitido *ipso facto*²⁶, lo que, de acuerdo con algunos autores, implicaría que la Cláusula sirve como una guía interpretativa general cuando la regulación legal proporcionada por un tratado o una norma consuetudinaria sea dudosa, incierta o poco clara, por lo que el objetivo de la Cláusula sería

22 Rupert TICEHURST, *op. cit.*; Michael SALTER, “Reinterpreting Competing Interpretations of the Scope and Potential of the Martens Clause”, en *Journal of Conflict & Security Law*, 17 (2012), pp. 403-437.

23 Asesor jurídico del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Declaración escrita sobre la Opinión solicitada por la Asamblea General, 16 de junio de 1995, pp. 21, 48.

24 Rupert TICEHURST, *op. cit.*

25 Antonio CASSESE, *op. cit.*

26 Rupert TICEHURST, *op. cit.*

resaltar las demandas de la humanidad y la conciencia pública, las cuales deben tenerse en cuenta en la interpretación de los principios o reglas del DIH²⁷.

Esta posición es la que ha sido mayormente aceptada por la doctrina del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR)²⁸ e inclusive por la misma Corte Constitucional de Colombia que, al estudiar la constitucionalidad del Protocolo Adicional II, señaló que la Cláusula indicaba:

que el Protocolo II no debe ser interpretado de manera aislada, sino que debe ser constantemente relacionado con el conjunto de principios humanitarios, puesto que este tratado es simplemente un desarrollo y una concreción de tales principios a los conflictos armados no internacionales. Por consiguiente, la Corte Constitucional considera que la ausencia de una determinada regla específica en el Protocolo II relativa a la protección a la población civil o a la conducción de las hostilidades *no significa, en manera alguna, que el Protocolo esté autorizando tales conductas a las partes enfrentadas*²⁹ (cursivas del autor).

Sin embargo, frente a esta posición de la Cláusula, Sassòli señala que la realidad muestra que las normas del DIH se formulan principalmente como prohibiciones y solo algunas también implican autorizaciones. De hecho, pone de presente que, en la práctica, los Estados no buscan autorización en el DIH antes de decidir sobre determinada conducta; en el mejor de los casos, solo determinan si la conducta prevista está prohibida. Por lo que considera que, a pesar de la Cláusula, la conducta que no está prohibida por un tratado, una norma consuetudinaria o un principio (incluidos los principios elementales de humanidad) es lícita según el DIH, pero no necesariamente “autorizada por el DIH”³⁰.

Por último, está la interpretación más amplia de todas que sostiene que la conducta en los conflictos armados no solo se juzga con el derecho convencional y consuetudinario, sino también con base en los principios del derecho

27 Antonio CASSESE, *op. cit.*; CDI, “Draft Principles on Protection of the Environment in Relation to Armed Conflicts, with Commentaries” (A/77/10), 2022.

28 Nils MELZER, “Derecho Internacional Humanitario: una introducción integral”, Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 2019, p. 26.

29 Corte Constitucional, Sentencia C-225 de 1995.

30 Marco SASSÒLI, *op. cit.*

internacional a los que se refiere la Cláusula³¹, pues se considera que las fuentes del derecho internacional se expanden por lo menos en el DIH dado que la Cláusula creó dos fuentes de derecho nuevas en la materia: las leyes de la humanidad y los dictados de la conciencia pública³².

Frente a esta posición, Cassese, al estudiar la jurisprudencia nacional e internacional previa al año 2000, concluyó que, más allá de meras consideraciones generales que sostenían que la Cláusula era el criterio jurídico que se debía aplicar en casos de ausencia de normas convencionales, ningún tribunal internacional o nacional hasta el momento había encontrado que un principio o una regla haya surgido en la comunidad internacional como resultado de ‘las leyes de la humanidad’ o los ‘dictados de la conciencia pública’. Los tribunales se han referido a la “humanidad”, ya sea citando explícitamente la Cláusula Martens o advirtiéndola implícitamente, solo para explicar la noción de que, al interpretar las reglas internacionales, no se debe ser ciego frente a los requisitos de humanidad, o encontrar estándares internacionales que sirvan al propósito de circunscribir el poder discrecional de los beligerantes frente a reglas internacionales laxas, o para enfatizar que la Cláusula expresa el espíritu detrás del tratado o la formación consuetudinaria de la mayoría de las normas del DIH. Por lo tanto, la Cláusula ha sido utilizada explícita o implícitamente como una especie de instrucción general relativa a la interpretación de ciertas reglas internacionales, o como un medio para comprender mejor el empuje del moderno derecho humanitario³³.

En ese sentido, la Sala de Primera Instancia II del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY), conformada entre otros por el magistrado Cassese, en el caso Kupreškić y otros, dispuso que la Cláusula no podía ser interpretada en el sentido en que los principios de humanidad y los dictados por la conciencia pública fueran considerados fuentes independientes de derecho internacional³⁴. Aun así, consideró que la Cláusula impone, como mínimo, la referencia a esos principios y dicta que, cuando una norma de DIH no sea lo

31 Rupert TICEHURST, *op. cit.*

32 Antonio CASSESE, *op. cit.*

33 Antonio CASSESE, *op. cit.*

34 Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, Sala de Primera Instancia, Sentencia condenatoria, “El fiscal vs. Zoran Kupreskic, Mirjan Kupreskic, Vlatko Kupreskic, Drago Josipovic, Dragan Papic, Vladimir Santic, IT 95-16”, 14 de enero de 2000, párr. 525.

suficientemente rigurosa o precisa, el alcance y el sentido de la norma deben definirse con referencia a esos principios y mandatos. Por ello, en el momento de estudiar el alcance de las obligaciones de tomar precauciones en el ataque y frente a los efectos del ataque, dispuestas en el Protocolo Adicional I, el TPIY consideró que estas obligaciones debían interpretarse de la manera más estricta posible frente al poder discrecional para atacar a los beligerantes y, por la misma razón, interpretarse en el sentido que se amplie la protección concedida a civiles³⁵.

Es así que, de cara a la jurisprudencia vigente, se podría concluir frente al valor de la Cláusula que, aunque no impone la creación de reglas de DIH distintas a las emanadas de los tratados o de la costumbre, sí impone un criterio interpretativo sobre las normas de DIH no claras, laxas o que tengan un aparente vacío. Criterio interpretativo que, como se señalará, se debería nutrir de los estándares de DD. HH. y de las diferentes manifestaciones de los organismos internacionales porque precisamente la racionalidad del DIH es humanizar la guerra y el poder discrecional de las fuerzas armadas debe limitarse estrictamente de acuerdo a los nuevos avances del derecho internacional y de la humanidad.

2.2 El contenido de la Cláusula Martens

Sobre el contenido de la Cláusula, esta hace referencia a que las actuaciones de las fuerzas en los conflictos armados, en ausencia de acuerdos específicos de los tratados, se regularán por tres elementos que señala la Cláusula. El primero son “los usos establecidos”, que no es más que una referencia a las normas consuetudinarias de los conflictos armados³⁶, normas cuya vigencia y alcance no son objeto de controversia. Situación distinta sería si se tratara del significado de “los principios de humanidad y los dictados de la conciencia pública”. Por ello se expondrán las distintas posiciones existentes sobre el contenido de estos dos elementos de la Cláusula.

35 *Ibidem*.

36 ICRC, Updated ICRC Commentary GC I, *op. cit.*; Emily CRAWFORD, *op. cit.*

2.2.1 Los principios de humanidad

Crawford pone de presente que el concepto de “principios de humanidad” llamó por primera vez la atención por parte del poder judicial en los juicios por crímenes de guerra que siguieron el final de la Segunda Guerra Mundial. En los tribunales de Suecia, Noruega y Bélgica, así como durante los juicios de Nuremberg, los “principios de humanidad” de la Cláusula sirvieron como fundamento para aplicar normativas penales retroactivas más restrictivas y gravosas frente a la comisión de crímenes de guerra, como la tortura, pues consideraron que eran actos que siempre estuvieron proscritos por las “leyes de humanidad” y ninguna norma interna que lo permitiera podría ser una defensa válida³⁷.

Después de la Segunda Guerra Mundial, la noción de “principios de humanidad” nuevamente recibió consideración judicial, esta vez por parte de la CIJ. En el caso del Canal de Corfú, la CIJ puso de presente la noción de “consideraciones elementales de humanidad”³⁸ para decidir el fondo del asunto. En su decisión, la CIJ señaló que las obligaciones de Albania de notificar la existencia de minas en las aguas territoriales albanesas y advertir a los navíos británicos que se acercaban el peligro inminente que las minas implicaban para ellos se basaban no solo en la Convención de La Haya No. VIII de 1907, que es aplicable en tiempo de guerra, sino en ciertos principios generales que gozan de aceptación general, entre ellos las “consideraciones elementales de humanidad, más estrictas aun en tiempo de paz que de guerra”³⁹. Sobre esto, Meron considera que el concepto de “consideraciones elementales de humanidad” no es diferente a “los principios de humanidad” que señala la Cláusula Martens⁴⁰. Por su lado, Cassese, en aras de establecer una relación entre “los principios de humanidad” de la Cláusula y las “consideraciones elementales de humanidad”, sobre las cuales considera que la CIJ en su jurisprudencia determinó que constituyen un principio general del derecho internacional que impone obligaciones directas a los Estados, aun en tiempos de paz. Concluye que la Cláusula es una de las fuentes “históricas” más prominentes y contundentes

37 Emily CRAWFORD, *op. cit.*

38 *Ibidem.*

39 Corte Internacional de Justicia, “Corfu Channel Case (UK v. Albania) Merits, 1949”, en *ICJ Reports* 4 (April 9), p. 22.

40 Theodor MERON, “The Martens Clause, Principles of Humanity, and Dictates of Public Conscience”, en *The American Journal of International Law*, 94 (2000), p. 82.

del principio y que, aunque lo incorpora, es una especie de *lex specialis* frente al principio general del derecho internacional, en el sentido de que solo se refiere al DIH, mientras que el principio abarca todo el cuerpo del derecho internacional. En este sentido, la Cláusula reafirmaría y fortalecería el principio general en el ámbito específico del DIH⁴¹.

La CIJ retomaría este concepto de “consideraciones esenciales de humanidad” en el fallo del caso concerniente a *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua vs. EE.UU.)* frente al tendido de minas por parte de EE.UU. en aguas nicaragüenses sin aviso y a la presunta responsabilidad de EE.UU. de haber matado, herido y secuestrado a ciudadanos de Nicaragua de mano de los contras. Se determinó que las reglas del artículo 3 común a los CG aplicables en los CANI eran un criterio mínimo también aplicable a los CAI, además de las reglas más elaboradas que también se aplicarán a los conflictos internacionales, y que son reglas que, a juicio de la Corte, reflejan “consideraciones elementales de humanidad”⁴². Así, la CIJ consideró aplicables al caso tales reglas sin tener en consideración la reserva de EE.UU. frente a los tratados aplicables de la materia y resolvió que EE.UU. era responsable de no haber notificado el minado de los puertos nicaragüenses. También resolvió que, con arreglo a los principios generales del DIH, EE.UU. estaba obligado a abstenerse de alentar a personas o grupos participantes en el conflicto de Nicaragua a cometer violaciones del artículo 3 común de los cuatro CG del 12 de agosto de 1949⁴³.

La noción de “principios de humanidad” surgió de nuevo durante las fases preliminares de la creación del Estatuto del TPIY. En su informe sobre el Estatuto, el secretario general de la ONU, para afirmar que los crímenes de lesa humanidad “afectan a la población civil y se encuentran proscritos aun cuando se hayan cometido durante un conflicto armado, ya sea internacional o interno”⁴⁴, citó que, de acuerdo con la CIJ, las prohibiciones del artículo 3 común

41 Antonio CASSESE, *op. cit.*

42 Corte Internacional de Justicia, “Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States)”, Merits, 1986, en *ICJ Reports* 14 (June 27) pp. 113-114, párr. 218.

43 Corte Internacional de Justicia, “Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States)”, Merits, 1986, en *ICJ Reports* 14 (June 27), p. 130, párr. 256.

44 Secretaría General de la ONU, “Informe presentado por el secretario general de conformidad con el párrafo 2 de la Resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad”, en UN Doc S/25704 (1993), párr. 47.

se basan en “consideraciones elementales de humanidad” que no se pueden contravenir durante el conflicto armado interno o internacional.⁴⁵

Posteriormente, en 1996, el TPIY en el caso Martić atribuiría a la Cláusula Martens y a las consideraciones de humanidad, que constituyen el fundamento de todo el cuerpo del DIH, la prohibición de atacar a la población civil como tal, así como a civiles individuales, la prohibición de las represalias contra civiles y el principio general que limita los medios y métodos de guerra a aquellos proporcionales⁴⁶.

El TPIY retomaría este concepto otra vez en el caso Furundžija para reafirmar que, aunque la tortura, la violación y otros crímenes sexuales no estaban expresamente tipificados en el artículo 3 del Estatuto del TPIY como crímenes de guerra, con fundamento en la Cláusula Martens y en las normas consuetudinarias de DIH, tales actos, al ser actos crueles que atentan contra la dignidad personal, estaban proscritos tanto en conflictos armados internacionales como no internacionales y constituían crímenes de guerra⁴⁷.

Por último, el caso más significativo en el que se recurrió a la Cláusula Martens sería la citada *Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia en los casos de armas nucleares*. Aquí la CIJ reconoció a la Cláusula Martens y su función como reiteración de los “principios cardinales del derecho humanitario”, como la distinción entre civiles y combatientes, la prohibición de atacar directamente a civiles, la prohibición de causar sufrimientos innecesarios y la limitación de los medios de guerra⁴⁸. Sin embargo, en este caso, el Tribunal no aclaró realmente el alcance normativo ni el contenido de la Cláusula⁴⁹.

Doctrinariamente la discusión sobre los “principios de humanidad” sigue siendo amplia. Ticehurst señaló que tales principios “se interpretan en el sentido de que prohíben los medios y métodos de hacer la guerra que no sean necesarios para obtener una ventaja militar definitiva”⁵⁰. Pictet, por su lado,

45 *Ibidem*, párr. 47, nota no. 9.

46 Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, Sala de Primera Instancia, “Prosecutor v. Martić”, en *Review of the Indictment Pursuant to Rule 61*, No. IT-95-11-R61 (March 13, 1996), párrs. 12-13.

47 Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, Sala de Primera Instancia, “Prosecutor v. Furundžija, Judgement, No. IT-95-17/1-T”, párrs. 137, 168 (Dec. 10, 1998).

48 Corte Internacional de Justicia, “Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons” (Advisory Opinion), en *ICJ Reports* (1996), p. 259, párr. 78; Emily CRAWFORD, *op. cit.*

49 Emily CRAWFORD, *op. cit.*; Antonio CASSESE, *op. cit.*

50 Rupert TICEHURST, *op. cit.*

argumentó que el concepto de “principios de humanidad” se puede interpretar en el sentido en que es preferible capturar al enemigo que herirlo y, a su vez, es mejor herirlo que matarlo; que los no combatientes sean perdonados en la medida de lo posible; que las heridas infligidas sean lo menos graves posibles para que los heridos puedan ser tratados y curados; que las heridas causen el menor dolor posible y que el cautiverio sea lo más soportable posible⁵¹.

En contraste, Cassese señaló que los “estándares de humanidad” deberían ser deducidos de los estándares internacionales de DD. HH., basándose en la jurisprudencia militar belga que fundamentó la decisión de sancionar como criminal de guerra a un policía que, durante la ocupación alemana, causó serias lesiones a civiles detenidos, sin existir norma expresa que prohibiera la violencia y el trato inhumano en contra de los habitantes de territorios ocupados sino con fundamento en la Cláusula Martens, dando paso a que, para determinar cuáles eran los principios de derecho internacional resultantes de la Cláusula, la guía debía ser la Declaración Universal de DD. HH. que en su artículo 5 prohíbe los actos crueles e inhumanos. Ello llevó al tribunal a concluir que los actos de tortura y tratos crueles que ejecutó el acusado contra las víctimas eran violaciones a las costumbres de guerra⁵².

Por lo que Cassese consideró que, en virtud de la Cláusula, no se debe hacer referencia a vagos principios de humanidad, sino a aquellos estándares de DD. HH. que se han establecido como instrumentos internacionales, como la Declaración Universal, y que pueden, entre otras cosas, utilizarse como directrices para determinar la interpretación adecuada de principios o normas internacionales vagos o incompletos⁵³. Esta posición sería apoyada por Australia en su alegato ante la CIJ sobre armas nucleares al señalar que los estándares internacionales de DD. HH. deben moldear las concepciones de humanidad y llamó la atención sobre la Asamblea General que señaló la relación entre los DD. HH. y las armas nucleares, cuando condenó la guerra nuclear, “como una violación del derecho humano más importante: el derecho a la vida”, lo cual

51 Jean PICTET, *Desarrollo y Principios del Derecho Internacional Humanitario*, Ginebra, Institute Henry Dunant, 1986, p. 74.

52 Antonio CASSESE, *op. cit.*

53 Antonio CASSESE, *op. cit.*

demostraría entre otros argumentos la ilegalidad del uso de armas nucleares en la actualidad⁵⁴.

Tal argumento sería retomado por el juez Weeramantry al afirmar que los enormes desarrollos en el campo de los DD. HH. en los años de posguerra deben impactar las evaluaciones de conceptos tales como “consideraciones de humanidad” y “dictados de la conciencia pública”, pues el desarrollo progresivo en los estándares de DD. HH. debe dar forma a las concepciones contemporáneas de humanidad y a las normas humanitarias, elevando así el nivel de expectativas básicas muy por encima de lo que era cuando se formuló la Cláusula Martens⁵⁵.

2.2.2 Los principios dictados por la conciencia pública

Sobre los principios “dictados por la conciencia pública”, Crawford concluye que pueden entenderse como el reflejo de la *opinio juris* o como el reflejo de los sentimientos de la sociedad, incluso considera que la idea de “conciencia pública” se asemeja a las nociones de “opinión mundial”. Coloca como ejemplo la declaración del delegado italiano en la Asamblea General de la ONU, quien, al referirse a la Conferencia Diplomática que adoptó los Protocolos Adicionales de 1977, señaló que la Cláusula Martens reafirmaba que las leyes humanitarias y los dictados de la *opinión mundial*, refiriéndose a los dictados de conciencia pública, seguían teniendo un gran papel que desempeñar como fuentes de principios de derecho internacional aplicables cuando las normas escritas resultaban insuficientes⁵⁶. Así, Crawford, al estudiar manuales militares de España, Reino Unido y Australia, evidenció que estos resaltaban la importancia de la opinión pública (tanto nacional como internacional) para guiar el accionar militar, e incluso consideraban que esta conciencia pública tenía la posibilidad de crear leyes y sancionar las infracciones contra el orden público⁵⁷.

Frente a lo anterior, Cassese señala que estos principios deben determinarse teniendo en cuenta las resoluciones y otros actos de los órganos internacionales representativos⁵⁸, tal posición sería la que varios Estados adoptarían

54 Delegación de Australia, Australian Oral Statement before the ICJ, ICJ Verbatim Records, CR/95/22, October 30 1995.

55 Judge Christopher Weeramantry, Dissenting Opinion, ICJ, Nuclear Weapons, 1996, p. 490.

56 Emily CRAWFORD, *op. cit.*

57 *Ibidem.*

58 Antonio CASSESE, *op. cit.*

ante la CIJ sobre armas nucleares, como el caso de Australia, que señalaría además que ni el concepto de “humanidad” ni los “dictados de la conciencia pública” son estáticos, pues una conducta que la comunidad internacional podía considerar aceptable a principios de siglo puede ser condenada como inhumana por la comunidad internacional actual y debe ser evaluada de acuerdo a los avances en el desarrollo de estándares de derechos humanos y las resoluciones de órganos como la ONU sobre la materia y, en el caso de las armas nucleares, se demostraba que para el momento se podían considerar ilegales⁵⁹. En este mismo sentido, el juez Shahabuddeen en su voto disidente adoptaría esta postura para señalar que las diferentes resoluciones adoptadas por la Asamblea General de la ONU y otros organismos, que condenaban el uso de armas nucleares, probarían que tales armas serían contrarias a la conciencia pública, por ende, ilegales⁶⁰.

En definitiva, los principios de humanidad y los dictados por la conciencia pública son principios que se deben interpretar y nutrir teniendo en cuenta los avances en el campo de los DD. HH. y las diferentes resoluciones de órganos internacionales que expresan el rechazo hacia ciertos actos durante el conflicto. El DIH, de cara a las nuevas realidades de los conflictos modernos, debe propender por la humanización de la guerra aún más en casos de normas laxas o aparentes vacíos que se pueden analizar con el principio de humanidad.

3. La Cláusula Martens en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

En Colombia la Cláusula Martens no ha pasado desapercibida, pues, desde la temprana jurisprudencia de la Corte Constitucional, fue citada como una norma clave por consagrar el principio de humanidad y ser un pilar interpretativo fundamental para todo el DIH, particularmente para los CAMI como el conflicto armado colombiano. La línea jurisprudencial de la Corte comenzó en la ya citada Sentencia C-225 de 1995⁶¹, donde la Corte, al estudiar la Cláusula respecto al Protocolo II, señaló que lo que esta disponía es que la ausencia de una determinada regla específica en este tratado jamás podía entenderse

59 Delegación de Australia, Australian Oral Statement before the ICJ, *op. cit.*

60 Rupert TICEHURST, *op. cit.*

61 Corte Constitucional, Sentencia C-225 de 1995.

como una autorización a las partes enfrentadas, pues este tratado no debía ser interpretado de manera aislada sino de la mano de los diferentes principios humanitarios. De tal forma que las normas dispuestas en otros convenios de DIH, incluidos aquellos que regulan los CAI, podían ser aplicables si eran normas compatibles con la naturaleza de los CANI, incluso si no aparecían en el Protocolo II, pues estas normas expresaban principios *ius cogens* que se entendían automáticamente incorporados al derecho interno colombiano. Además, consideró que, aun en los casos en los que no exista una norma escrita, las víctimas de los CANI se encuentran protegidas por los principios de humanidad, los cuales no solo se desprenden de la Cláusula Martens sino también del artículo 94 de la Constitución, el cual expresa la misma filosofía de esta Cláusula⁶². Esta posición fue retomada en la Sentencia C-156 de 1999 para afirmar que la *Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados* y sus cuatro Protocolos, cuyo ámbito de aplicación son los CAI, al ser relacionadas con los principios humanitarios, son también aplicables a los CANI⁶³.

En la Sentencia C-328 de 2000, la Corte dispuso que, por mandato de la Cláusula Martens, la cual considera tener conexión con el principio de dignidad humana, el Estado colombiano está obligado a lograr la no utilización de medios que tengan efectos desproporcionados contra aquellos que no participan en las hostilidades, esto implica igualmente evitar la fabricación o el uso de armas de destrucción masiva⁶⁴.

Por último, en la Sentencia C-291 de 2007, que estudiaba la demanda a varios artículos del Código Penal por los delitos contra las personas y los bienes protegidos por el DIH, la Corte destacó el papel de la Cláusula Martens por ser el primer antecedente histórico en la codificación del principio de trato humanitario, principio que protege el bien jurídico de la dignidad humana durante el conflicto imponiendo garantías y salvaguardas fundamentales a la persona como la “prohibición de generar males superfluos o sufrimientos

62 Corte Constitucional, Sentencia C-225 de 1995.

63 Corte Constitucional, Sentencia C-156 de 1999.

64 Corte Constitucional, Sentencia C-328 de 2000.

innecesarios”. En esta Sentencia se expuso de forma amplia el desarrollo de la Cláusula en la historia y la jurisprudencia internacional y nacional⁶⁵.

Es así que la Corte Constitucional consolidaría una línea jurisprudencial sobre el valor de la Cláusula Martens como norma fundamental del DIH para su aplicación e interpretación en lo que respecta a la protección de las víctimas durante el conflicto (Derecho de Ginebra) y la conducción de hostilidades (Derecho de la Haya), en especial en aquellos “vacíos” aparentes que existan en la normativa específica de los CANI, donde las normas dispuestas en tratados de CAI serían igualmente aplicables siempre que sean normas compatibles, como puede ser la prohibición específica de armamento por sus consecuencias excesivas e indiscriminadas aun cuando este armamento aparentemente solo se encuentra prohibido en tratados que regulan a los CANI. Incluso se ha llegado a considerar que la Corte en su línea jurisprudencial ha establecido el valor axiomático de la Cláusula como “derrotero fundamental de los postulados humanitarios”⁶⁶, demostrando así que la Corte se adscribe a la posición de que la Cláusula y el principio de humanidad son derroteros en casos de aparentes vacíos o normas laxas en la regulación del DIH.

4. El papel de la Cláusula Martens en el establecimiento de la JEP

Después de más de 50 años de conflicto armado interno en Colombia entre diferentes grupos armados y el Estado colombiano, el 12 de noviembre de 2016 en el Teatro Colón en Bogotá D. C. se firmó el *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera* entre la que había sido la guerrilla más longeva y con mayor capacidad de toda Latinoamérica, las FARC-EP, y el Estado colombiano. Acuerdo que busca la desmovilización de los integrantes del grupo armado y su reinserción a la vida civil, estableciendo condiciones para la cesación de las causas que motivaron y mantuvieron el

65 Corte Constitucional, Sentencia C-291 de 2007.

66 José David PALENCIA OSORIO, “Las virtientes del derecho internacional humanitario en la jurisprudencia constitucional colombiana: a treinta años de la Constitución Política de 1991”, en *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Humanitario*, 2 (2021). DOI: 10.5294/aidih.2021.2.1.8.

conflicto en sus facetas económicas, sociales y políticas, atendiendo a una idea de una *paz positiva*⁶⁷.

En el preámbulo del Acuerdo final se incluyó la Cláusula Martens disponiendo la aceptación de que

las normas de derecho internacional consuetudinario continuarán rigiendo las cuestiones relacionadas con derechos fundamentales no mencionados en el nuevo Acuerdo Final, incluyendo el mandato imperativo que ordena que, en los casos no previstos por el derecho vigente, la persona humana queda bajo la salvaguardia de los principios de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública (sic)⁶⁸.

Esto sería un hito en la historia, pues sería la primera vez que en un Acuerdo de Paz se incluye esta disposición como un derrotero para la interpretación de los derechos fundamentales que en este se involucran.

La anterior disposición sería de suma relevancia para el punto 5 del Acuerdo final que dispuso lo referente a los derechos de las víctimas del conflicto y creó el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (en adelante SIVJRNR) en aras de garantizar los derechos de las víctimas. El SIVJRNR está compuesto por dos instituciones de carácter extrajudicial: la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, Convivencia y la No Repetición (CEV) y la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas (UBPD) en el contexto y en razón del conflicto armado y una de carácter judicial: la JEP⁶⁹.

La JEP, por mandato del Acuerdo de Paz y del Acto Legislativo 01 de 2017, tiene la obligación de administrar justicia de manera preferente sobre todas las demás jurisdicciones y de forma exclusiva de las conductas cometidas con anterioridad al 1 de diciembre de 2016 por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, especialmente sobre graves infracciones al DIH y graves violaciones a los DD. HH.⁷⁰. En cumplimiento con su mandato,

67 Johan GALTUNG, *Paz por medios pacíficos. Paz y conflicto, desarrollo y civilización*, Bilbao, Gernika Gogoratus, 2003.

68 Gobierno de Colombia y FARC-EP, *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*, 2016, p. 4.

69 Gobierno de Colombia y FARC-EP, *op. cit.*, punto 5.

70 Acto legislativo 01 del 04 de abril de 2017, por medio del cual se dictan disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto artículo transitorio 1.

la JEP deberá investigar, juzgar y sancionar a los máximos responsables de los crímenes más graves y representativos cometidos durante el conflicto armado colombiano, con especial énfasis en aquellos delitos que tengan connotación de crímenes internacionales como son los crímenes de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática⁷¹.

Asimismo, la JEP podrá otorgar amnistías, indultos y renunciaciones a la acción penal a aquellas conductas relacionadas con el conflicto armado, con especial exclusión para el otorgamiento de estos beneficios a los crímenes de guerra, de lesa humanidad y el genocidio⁷².

Para el cumplimiento de las funciones descritas, la calificación jurídica de las conductas es primordial, tanto para su priorización, investigación y sanción como para su exclusión de los beneficios. Para ello, el artículo transitorio 5 del Acto Legislativo 01 de 2017 dispuso que, para calificar jurídicamente las conductas de su competencia, la JEP tendrá un derecho aplicable propio consistente en el “Código Penal Colombiano y/o en las normas de Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos (DIDH), Derecho Internacional Humanitario (DIH) o Derecho Penal Internacional (DPI), siempre con aplicación obligatoria del principio de favorabilidad”⁷³.

Precisamente sobre este derecho aplicable es donde la misma Corte Constitucional en la Sentencia C-080 de 2018⁷⁴, que estudiaba la constitucionalidad de la Ley Estatutaria de la JEP, recalcó la relevancia de la Cláusula Martens, pues consideró que la calificación jurídica de la conducta de la JEP debe basarse en una norma previa a la comisión de la misma, norma que bien podría ser la Constitución, el Código Penal vigente, normas internacionales de DD. HH. o DIH, normas imperativas de *ius cogens*, como es la Cláusula Martens, y, en general, normas de DIH aplicables a los conflictos armados que instituyen “principios elementales de humanidad”. Ello sería de suma importancia, pues no

71 Acto legislativo 01 del 04 de abril de 2017, artículo 3.

72 Congreso de Colombia, 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, artículos 23 y 46; Congreso de Colombia, Ley 1957 del 06 de junio de 2019, Estatutaria de la Administración de Justicia de la Jurisdicción Especial para la Paz, artículos 42 y 45.

73 Acto legislativo 01 del 04 de abril de 2017, por medio del cual se dictan disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto, Artículo transitorio 5.

74 Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2018.

solo elevaría la Cláusula a estatus de norma *ius cogens*, sino que reafirmaría su relevancia para la calificación jurídica de las conductas en la JEP.

Precisamente, diferentes salas y secciones de la JEP se han referido a la relevancia de la Cláusula Martens, tanto por integrar el principio de humanidad⁷⁵ como por ser norma *ius cogens* del DIH de obligatoria aplicación⁷⁶, siendo así un derrotero para determinar la legalidad de las actuaciones de las partes durante el conflicto para investigarlas, sancionarlas y excluirlas de beneficios. Ello sería especialmente relevante en la calificación de las conductas en el ámbito específico del DIH y de graves infracciones a este, como son los crímenes de guerra. Rojas-Orozco pone de presente que el desarrollo de la figura de crímenes de guerra y su configuración, aun teniendo vacíos en la jurisprudencia internacional y nacional, ha sido clave en el trabajo de la JEP para excluir conductas de beneficios, como la amnistía, donde la JEP ha aportado al desarrollo general de la materia⁷⁷.

Rojas-Orozco describe que la JEP, partiendo de la definición internacional de crímenes de guerra como infracciones graves al DIH, ha profundizado en el análisis sobre la forma de determinar la gravedad que debe revestir una infracción para ser considerada como un crimen de este tipo. Por un lado, aplicando el Estatuto de Roma (en adelante ER) por vía convencional y consuetudinaria para calificar conductas que se adecúen típicamente a lo dispuesto en el ER y sus Elementos de los Crímenes, los cuales aún son aplicables en conductas cometidas antes de la entrada en vigencia en Colombia para estos crímenes (1 de noviembre de 2009), siempre que pueda establecerse su proscripción a nivel consuetudinario para el momento de su comisión⁷⁸.

75 Jurisdicción Especial para la Paz, Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, Auto de determinación de hechos y conductas, Auto No. 011 de 2021, 1 de febrero de 2021, párr. 27; Jurisdicción Especial para la Paz, Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, Resolución No. 482, 8 de febrero de 2021, párr. 78.

76 Jurisdicción Especial para la Paz, Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 944 de 2021, 22 de agosto de 2021, párr. 13.2; Jurisdicción Especial para la Paz, Sala de Amnistía e Indulto, SAI-AOI-DAI-PMA-062-2021 del 19 de febrero de 2021.

77 César ROJAS-OROZCO, "Aplicación de la figura de crimen de guerra como límite al beneficio de amnistía en la Jurisdicción Especial para la Paz", en *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Humanitario*, 2 (2021). DOI: 10.5294/aidih.2021.2.1.6.

78 *Ibidem*.

Por otro lado, en conductas no enlistadas como crímenes de guerra del ER donde la JEP ha tomado dos vías. La primera, analizar la gravedad de la conducta de cara a los criterios del caso Tadić del TPIY⁷⁹, como lo hizo la JEP en casos del uso de minas antipersonal, donde se concluyó que, para calificar una conducta como crimen de guerra, se deben cumplir los siguientes criterios concurrentes y orientadores: i) que se haya cometido en el contexto de un conflicto armado, ii) que el acto constituya la violación de una norma del DIH, iii) que la violación sea “grave”, es decir, que afecte intereses fundamentales para las víctimas —individuos, colectivos o sociedad— produciendo una lesión o puesta en peligro significativa y iv) la violación debe implicar responsabilidad penal individual de la persona que quebranta la regla. La segunda, determinar si la conducta corresponde a un equivalente del ER, como en los casos de actos de terrorismo, donde estos actos han sido considerados por la JEP como actos equivalentes a dirigir ataques intencionales contra la población civil⁸⁰.

En todos los anteriores casos para la configuración de crímenes de guerra al interior de la JEP, la Cláusula Martens, como pilar de todo el DIH, juega un papel fundamental si la conducta se encuentra dentro del ER como crimen de guerra o si no está incluida. Es una herramienta para determinar si existe una norma que prohíba la conducta, pues, como se ha venido reseñando, aunque la Cláusula no impone una fuente de derecho autónoma que emane prohibiciones, es, por lo menos, un criterio obligatorio para aplicar en casos donde las prohibiciones del DIH no son tan claras o al parecer no existen. En la medida en que sí existe una norma prohibitiva, como pueden ser los atentados contra la dignidad hacia la población civil y sus bienes, los alcances de esas prohibiciones se deberían analizar de cara a la Cláusula, la cual, por el principio de humanidad y los dictados de conciencia pública, abre paso a los estándares en DD. HH. y en todo el derecho internacional. A continuación, se expondrán casos en los que la jurisprudencia internacional y la misma JEP han tenido como criterio relevante a la Cláusula para resolver cuestionamientos complejos sobre la configuración de hechos como crímenes de guerra.

79 Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, “Prosecutor v. Dusko Tadić a/k/a ‘Dule’, Decision on Interlocutory Appeal on Jurisdiction”, en ICTY- 94- 1- AR72, October 02 1995, párr. 38.

80 César ROJAS-OROZCO, *op. cit.*

5. Violencia sexual y otras violencias basadas en género intrafilas como crímenes de guerra

La Cláusula Martens, desde tempranos desarrollos del DIH, fue una disposición fundamental para afirmar que la violencia sexual y las violencias basadas en género (en adelante VBG) durante el conflicto armado se encuentran prohibidas por el derecho consuetudinario y se configuran como crímenes de guerra, pues, como se citó en el caso *Furundžija*, aunque el artículo 3 del Estatuto del TPIY no disponía específicamente la violación y otros serios actos de violencia sexual como crímenes de guerra, se concluyó que eran actos prohibidos por el derecho internacional consuetudinario, basándose entre otros fundamentos en la Cláusula Martens⁸¹.

De forma mucho más reciente, la Cláusula volvería a tener protagonismo en uno de los mayores avances en la reafirmación de la prohibición de la violencia sexual durante los conflictos armados que demostraría la importancia y plena vigencia de la Cláusula. La Corte Penal Internacional (en adelante CPI), en el caso *Ntaganda*, evaluó por primera vez cargos por crímenes de guerra de violación y esclavitud sexual cometidos por parte de los miembros del grupo rebelde de la Unión de Patriotas Congoleños (UPC) y de su ala militar, las Fuerzas Patrióticas para la Liberación del Congo (FPLC) que lideraba Bosco Ntaganda en contra de niñas y niños soldados/as menores de 15 años que eran miembros de las mismas filas del grupo armado.

La defensa de Ntaganda impugnó la competencia de la Corte sobre los cargos que le habían sido confirmados por crímenes de guerra de violación y esclavitud sexual en el contexto de un CANI, enlistados en el artículo 8(2)(e)(vi) del ER cometidos en contra de niños y niñas soldados/as del UPC/FPLC⁸², bajo el fundamento de que estos actos de violencia intrafilas no se encontraban prohibidos por el DIH de los CANI toda vez que el artículo 3 común a los Cuatro CG no era aplicable para niños/as soldados/as, pues este solo protegía a (i) personas que no toman parte activa en las hostilidades, (ii) miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y (iii) los que hayan sido puestos

81 Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, “Prosecutor v. Furundžija, Judgement, No. IT-95-17/1-T”, Dec. 10 1998, párr. 168.

82 Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia VI, “Prosecutor v. Bosco Ntaganda. Second decision on the Defence’s Challenge to the Jurisdiction of the Court in Respect of Counts 6 and 9. No. ICC-01/04-02/06”, January 4 2017, párrs. 1-5.

fuera de combate por enfermedad, heridas, detención o cualquier otra causa. Por lo cual eran actos que no se podían calificar como crímenes de guerra, sino como crímenes sancionados en el derecho interno que quedaban por fuera de la competencia de la CPI⁸³.

La Sala de Primera Instancia IV de la CPI, en su decisión frente a esta impugnación de su competencia, señaló que, si bien la mayoría de las normas del DIH que prohíben la violación y la esclavitud sexual se refieren a civiles y a personas que participan en las hostilidades que se encuentran fuera de combate en poder del enemigo, esto no significa que la violencia sexual intrafilas quede por fuera de la protección del DIH, pues, tanto combatientes como civiles, aun en situaciones no cubiertas por acuerdos específicos, siguen protegidos por la Cláusula Martens. Asimismo, recordó que las garantías fundamentales que proscriben en todo tiempo y lugar actos como la tortura y atentados contra la dignidad personal aplican y protegen a cualquier persona en poder de una parte en conflicto⁸⁴. La CPI agregó que limitar la protección del DIH, como propuso la defensa, va en contravía de la racionalidad misma del DIH que busca mitigar el sufrimiento durante el conflicto, sin prohibir a las partes usar la fuerza o realizar operaciones militares, pues violar y esclavizar sexualmente a niñas, niños o a cualquier persona nunca aporta alguna ventaja militar aceptada, ni tampoco existe la necesidad de realizar tales actos⁸⁵.

La Sala puso de presente que el CICR, frente a la existencia de violencias intrafilas como el abuso sexual, consideró que el artículo 3 común protege a los miembros de las filas de tales violencias al ser un criterio mínimo en todos los conflictos armados y un reflejo de “las consideraciones elementales de humanidad”, donde la clasificación de “persona protegida” de los CG no tuvo la intención de limitar su ámbito de protección⁸⁶. Considerando que las prohibiciones de la esclavitud sexual y violencia sexual son normas de carácter *ius cogens*, siendo conductas prohibidas en todo momento, tanto en tiempos de

83 Defence Team of Mr. Bosco Ntaganda, “Application on behalf of Mr Ntaganda challenging the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9 of the Document containing the charges”, ICC-01/04-02/06, 1 de septiembre de 2015.

84 Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia VI, “Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Second decision on the Defence ‘s Challenge to the Jurisdiction of the Court in Respect of Counts 6 and 9”, No. ICC-01/04-02/06, January 4 2017, párr. 47.

85 *Ibidem*, párrs. 48-49.

86 *Ibidem*, párr. 50.

paz como de guerra, en contra de todas las personas sin importar su estatus legal. Por lo que concluyó que, de cumplirse los elementos contextuales frente al conflicto que serían evaluados en el juicio, estos hechos podrían tipificar crímenes de guerra⁸⁷, como finalmente serían considerados en la sentencia condenatoria de primera y segunda instancia⁸⁸.

Este importante precedente y el uso de la Cláusula Martens no ha estado desprovisto de críticas. Heller considera que la CPI en esta decisión desconoció que efectivamente el DIH solo protege a individuos fuera de combate, y que no es correcto interpretar que la Cláusula permite expandir el DIH más allá del derecho convencional y consuetudinario, pues no hay una práctica estatal que indique que el maltrato de miembros a miembros sea un crimen de guerra cuando la víctima es un combatiente activo. Heller cita a Cassese para indicar que la Cláusula no es creadora de normas y que esta no contempló el nacimiento de nuevas fuentes de derecho internacional⁸⁹. Frente a esta crítica sería importante recordar que, si bien la posición mayoritaria es que la Cláusula no crea normas independientes, es un criterio obligatorio por considerar cuando hay prohibiciones en el DIH no tan claras o laxas, como puede ser la prohibición de la esclavitud y violencia sexual durante el conflicto⁹⁰.

Por ello, como de forma correcta concluyen Zarta Jara y Thornton, la CPI en Ntaganda no rompió, sino que ajustó el paradigma normativo de los crímenes de guerra para criminalizar la violencia sexual intrafilas, estableciendo una protección general para las víctimas y dando un mensaje importante frente a la impunidad que por tanto tiempo se ha mantenido sobre estos hechos⁹¹.

87 *Ibidem*, párrs. 51-53.

88 Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia IV, "Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Judgment", No. ICC-01/04-02/06-2359, July 08 2019, párrs. 965-986; Sala de Apelaciones, CPI, "Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Judgment on the appeals of Mr Bosco Ntaganda and the Prosecutor against the decision of Trial Chamber VI of 8 July 2019 entitled 'Judgment'", ICC-01/04-02/06-2666-Red, March 30 2021, párrs. 822-856.

89 Kevin Jon HELLER, "ICC Appeals Chamber Says A War Crime Does Not Have to Violate IHL", en *Opinio Juris*, (2017), en <http://opiniojuris.org/2017/06/15/icc-appeals-chamber-holds-a-war-crime-does-not-have-to-violate-ihl>, fecha de consulta: 10 de abril de 2023.

90 Comité Internacional de la Cruz Roja, Norma consuetudinaria 93, "Violación y otras formas de violencia sexual", en <https://ihl-databases.icrc.org/es/customary-ihl/v1/rule93>

91 Lina ZARTA JARA y Catherine THORNTON, "Derecho internacional humanitario y protección a víctimas de violencia sexual intrafilas: los casos Ntaganda y Helena", en *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Humanitario*, 3 (2022). DOI: <https://doi.org/10.5294/aidih.2022.3.8>

Este precedente sería de especial relevancia para la calificación de conductas que hoy estudia la JEP, particularmente de aquellos hechos de VBG cuya calificación como crímenes internacionales no ha tenido amplio desarrollo. Este sería el caso de aquellas VBG conceptualmente clasificadas como violencia reproductiva, como fueron los actos de aborto forzado y anticoncepción forzada a que fueron sometidas niñas y mujeres dentro de las filas de las FARC-EP⁹². La violencia reproductiva en contraste con la violencia sexual, que se refiere a aquellas conductas que atentan contra la autonomía sexual (por ejemplo, la violación), consiste en conductas que atentan contra la autonomía reproductiva entendida como la capacidad de las personas de decidir si quieren tener hijos/as o no y en qué momento⁹³.

Algunos actos de violencia reproductiva fueron tipificados en el ER como crímenes de guerra y de lesa humanidad como es el caso de la esterilización forzada y el embarazo forzado⁹⁴. Precisamente, la Sala de Apelaciones de la CPI en el caso Ongwen confirmó que el crimen de lesa humanidad de embarazo forzado busca proteger, entre otros, la salud y autonomía reproductiva de la mujer y el derecho a la planificación familiar⁹⁵. Para ello tomó en consideración diferentes desarrollos en el DIH para reafirmar las obligaciones internacionales frente a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres⁹⁶. Derechos que serían igualmente protegidos por el DIH en el marco de la prohibición de atentados contra la dignidad personal, pues precisamente las conductas de embarazo forzado y esterilización forzada se encuentran enlistadas en el ER como crímenes de guerra.

92 Jurisdicción Especial para la Paz, Sala de Reconocimiento, Auto No. SRVR-LRG-T-032-2022, 11 de febrero de 2022, párr. 33; Jurisdicción Especial para la Paz, Sala de Reconocimiento, Auto No. 159 de 2021, 4 de agosto de 2021, párrs. 47-53; Jurisdicción Especial para la Paz, Sala de Reconocimiento, Auto 029 de 2019, 1 de marzo de 2019; Jurisdicción Especial para la Paz, Sala de Reconocimiento, Auto No. 03 de la SRVR de 2023, Auto para determinar los hechos y conductas ocurridas en los municipios de Tumaco, Ricaurte y Barbacoas cometidos por quienes fueron integrantes de la extinta guerrilla de las FARC-EP del 5 de julio de 2023, párrs. 780, 821-822.

93 Centro de Derechos Reproductivos, “Informe: Una radiografía sobre la Violencia Reproductiva”, 2020.

94 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Artículos 7 1) g)-4, 7 1) g)-5, 8 2) b) xxii)-4, 8 2) b) xxii)-5, 8 2) e) vi)-4 y 8 2) e) vi)-5, 1998.

95 Corte Penal Internacional, Sala de Apelaciones, “Prosecutor v. Dominic Ongwen, Judgment on the Appeal of Mr Ongwen Against the Decision of Trial Chamber IX of February 4 2021 Entitled ‘Trial Judgment’”, ICC-02/04-01/15 A, December 15 2022, párr. 1063.

96 *Ibidem*, párrs. 1056-1061.

Por lo que los estándares internacionales sobre derechos reproductivos y sexuales del DIDH serían aplicables para la interpretación y tipificación de estas conductas en el DIH, pues, precisamente, como se ha argumentado, la Cláusula Martens impone que se deben tener en consideración los estándares de DD. HH. a la hora de calificar conductas como legales en el DIH. Lo anterior sería especialmente relevante en las conductas de aborto forzado y anticoncepción forzada que, aunque no se encuentran incluidas como crímenes de guerra en el ER, son violaciones a la salud y a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres que, de acuerdo con diferentes comités, relatores/as y comisiones de la ONU⁹⁷, pueden calificarse como tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes⁹⁸. Por lo cual, la JEP, a la hora de calificar jurídicamente los actos de aborto forzado y anticoncepción forzada que ejercieron las FARC-EP dentro de sus filas y de cumplir los demás requisitos del test de Tadić, podría calificarlos como crímenes de guerra de tortura o tratos crueles, inhumanos y degradantes sin importar el estatus legal de las víctimas atendiendo a la Cláusula Martens, así como a las garantías del artículo 3 común emanadas del mismo principio de humanidad, y a los avances en los estándares de DD. HH. Ello sería de especial importancia para reafirmar que las graves afectaciones a los derechos sexuales y reproductivos, que sufren las mujeres como resultado de satisfacer fines organizacionales y en ocasiones políticas de grupos armados⁹⁹, son estrategias de guerra que se encuentran proscritas en el DIH.

97 Comité CEDAW, “Recomendación general núm. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general núm. 19”, CEDAW/C/GC/35, 26 de julio de 2017, párr. 18; Comité de Derechos Humanos de la ONU, “Observación general N° 28 (General Comment): La igualdad de derechos entre hombres y mujeres”, CCPR/C/21/Rev.1/Add.10, 29 de marzo de 2000, párr. 11; Informe de la relatora especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Sra. Radhika Coomaraswamy, preparado de conformidad con la resolución 1997/44 de la Comisión de Derechos Humanos “Políticas y prácticas que repercuten sobre los derechos reproductivos de la mujer y contribuyen a la violencia contra la mujer, la causan o la constituyen”, E/CN.4/1999/68/Add.4, 21 de enero de 1999, párr. 45; Comisión de Investigación de la situación de los derechos humanos en la República Popular Democrática de Corea de la ONU, “Report of the Detailed Findings of the Commission of Inquiry on Human Rights in the Democratic People’s Republic of Korea”, A/HRC/25/CRP.1, February 7 2014, párr. 434.

98 Ciara LAVERTY y Dieneke DE VOS, “Forced Abortion as an International Crime: Recent Reports from Northern Nigeria”, en *Just Security* (2022), en <https://www.justsecurity.org/84524/forced-abortion-as-an-international-crime-recent-reports-from-northern-nigeria/>, fecha de consulta: 7 de abril de 2023.

99 Elizabeth Jeani Wood, “La violación como práctica de guerra: hacia una tipología de la violencia política”, en *Estudios Socio-Jurídicos*, 22 (2020), pp. 82-83.

6. Afectaciones al medioambiente y al territorio como crímenes de guerra

Desde el naciente interés en los años noventa y la primera década del siglo XXI de proteger al medioambiente de las devastadoras consecuencias del conflicto armado, la comunidad internacional vio en la Cláusula Martens una respuesta para lo que en el DIH parecía un vacío y desprotección completa. El primer antecedente de la Cláusula como protectora del medioambiente en los conflictos armados se dio en el Congreso Mundial de la Naturaleza realizado en Amán, Jordania, en el año 2000. Este congreso adoptó por consenso la recomendación 2.97 donde se consideraba la inclusión de la Cláusula Martens como eje para proteger el medioambiente¹⁰⁰. Así, el Congreso instaría a los Estados miembros de la ONU a incluir el siguiente principio en el derecho internacional:

Hasta tanto no se haya adoptado un código internacional más completo de protección ambiental, en casos no cubiertos por los acuerdos y la normativa internacional, la biosfera y todos sus componentes y procesos se encuentran bajo la salvaguardia y autoridad de los principios del derecho internacional derivados de los usos establecidos, los dictados de la conciencia pública, y los principios y valores fundamentales de la humanidad, actuando como custodios por las generaciones presentes y futuras.¹⁰¹

Pardo recalca el hecho de que a este Congreso asistieron 140 delegaciones estatales de distintos países y que únicamente EE.UU. se abstuvo de votar positivamente a esta recomendación como un indicativo de que la conciencia pública valida la aplicación de la Cláusula en el contexto de afectaciones ambientales en el conflicto¹⁰².

Posteriormente, en 2013, la CDI iniciaría el estudio de la protección del medioambiente en relación con los conflictos armados, comisionando a una

100 Manuel Francisco PARDO BALLESTEROS, "Protegiendo el ambiente en los conflictos armados: la aplicación del derecho blando ambiental a los ataques a infraestructura de hidrocarburos a través de la Cláusula Martens", Bogotá, Exeditio Repositorio Institucional Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, 2021, en <http://hdl.handle.net/20.500.12010/18669>, fecha de consulta: 13 de marzo de 2023.

101 Congreso Mundial de la Naturaleza Amán, 2.97, Una Cláusula Martens para la protección ambiental, 11 de octubre de 2000, Primer resuelve.

102 Manuel Francisco PARDO BALLESTEROS, *op. cit.*

relatoría especial que, en su segundo informe, desarrollaría la relevancia de la Cláusula Martens en la materia señalando que la Cláusula no solo protege a los seres humanos, sino que evidencia un claro vínculo entre el medioambiente y la humanidad, siendo la tendencia actual entender el ambiente como un todo donde se incluye a la humanidad. Para así concluir que, a través de la Cláusula, es posible la aplicación de normas y principios del DIH y del derecho internacional ambiental para interpretar el DIH¹⁰³.

Así, en 2022 la CDI adoptaría el *Proyecto de principios sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados*, adoptando en su Principio 12 la Cláusula Martens con respecto a la protección del medioambiente en relación con los conflictos armados en el siguiente sentido: “En los casos no previstos en los acuerdos internacionales, el medio ambiente quedará bajo la protección y autoridad de los principios del derecho internacional derivados de la costumbre establecida, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública”¹⁰⁴.

Sobre lo anterior, Pardo, al estudiar cómo la CDI citó a la CIJ en su *Opinión consultiva sobre armas nucleares*, concluyó que la CDI establecería que no se podría considerar el medioambiente como una mera abstracción, sino que se debía considerar el vínculo existente entre este y la supervivencia humana¹⁰⁵, pues, precisamente, la CDI citaría como la misma CIJ enfatizaría qué factores ambientales deben ser tomados en cuenta para la aplicación de los principios y normas del DIH, por ejemplo, para evaluar la necesidad y proporcionalidad en la consecución de objetivos militares legítimos, ya que la misma *Opinión consultiva* tendría aclaraciones importantes sobre las interconexiones entre el DIH, el derecho internacional ambiental y el DIDH¹⁰⁶.

Esta corriente de vincular la Cláusula Martens a la protección medioambiental en los conflictos armados se encontraría en los recientes Autos de

103 *Ibidem*.

104 Comisión de Derecho Internacional, “Draft Principles on Protection of the Environment in Relation to Armed Conflicts, with Commentaries”, Principle 12, (A/77/10), 2022.

105 Manuel Francisco PARDO BALLESTEROS, *op. cit.*

106 Comisión de Derecho Internacional, “Draft Principles on Protection of the Environment in Relation to Armed Conflicts with Commentaries”, Preámbulo (A/77/10), 2022, pp. 5-47.

Determinación de Hechos y Conductas dentro del caso 05¹⁰⁷ y el caso 02¹⁰⁸ emitidos por la Sala de Reconocimiento, que evaluó que los miembros de las antiguas FARC-EP, al haber instalado minas, colocado campamentos y realizado ataques a oleoductos de petróleo y a numerosas zonas que hacen parte de ecosistemas especialmente vulnerables como ríos, páramos y lugares de alta montaña, incurrieron en crímenes de guerra de destrucción del medioambiente. Dichos actos causaron un daño permanente a la naturaleza y al territorio con impactos desproporcionales en las poblaciones civiles y comunidades indígenas que vivían en la zona¹⁰⁹.

La Sala, para llegar a esta determinación, retomó el test de Tadić para calificar una conducta como crimen de guerra y concluir que se daría una infracción a las reglas del DIH al incumplir las normas 43, 44 y 45 del estudio de DIH consuetudinario del CICR que proscribían actos que dañan el medioambiente, normas cuya inspiración vendría de los principios de distinción, de proporcionalidad y de precaución en conexión con el principio de humanidad, que emana de la Cláusula¹¹⁰. En este punto, la Sala reafirmaría la calidad de la Cláusula Martens como piedra angular del DIH cuyo propósito es evitar entender como permitida cualquier conducta que no se encuentre expresamente prohibida en los tratados, para así concluir que “existe una consciencia de obligatoriedad frente a la protección al medio ambiente sano en el contexto de los CANI; la cual, se cristaliza con la confirmación de la Cláusula Martens, materializando la prohibición desde la costumbre internacional”¹¹¹. Ello sería un precedente de suma importancia para toda la JEP y el DIH globalmente, pues reafirmaría

107 Jurisdicción Especial para la Paz, Sala de Reconocimiento de Verdad, Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y las Conductas, Auto No. 01 de 2023, Auto de determinación de hechos y conductas dentro del Caso No. 05, “Situación Territorial en la región del Norte del Cauca y del Sur del Valle del Cauca” frente al primer grupo de comparecientes de las cm Jacobo Arenas y Gabriel Galvis del 1 de febrero de 2023.

108 Jurisdicción Especial para la Paz, Sala de Reconocimiento de Verdad, Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y las Conductas, Auto No. 03 de la SRVR de 2023, Auto para determinar los hechos y conductas ocurridas en los municipios de Tumaco, Ricaurte y Barbacoas cometidos por quienes fueron integrantes de la extinta guerrilla de las FARC-EP del 5 de julio de 2023.

109 Jurisdicción Especial para la Paz, Sala de Reconocimiento de Verdad, Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y las Conductas, Auto No. 01 de 2023, *op. cit.*, párrs. 1062.1-1063.

110 Jurisdicción Especial para la Paz, Sala de Reconocimiento de Verdad, Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y las Conductas, Auto No. 03 de la SRVR de 2023, párr. 1724.

111 Jurisdicción Especial para la Paz, Sala de Reconocimiento de Verdad, Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y las Conductas, Auto No. 01 de 2023, *op. cit.*, párr. 1033; Jurisdicción Especial para la Paz, Sala de Reconocimiento, Auto No. 03 de la SRVR de 2023, párr. 1724.

que el DIH actual, al evaluar prohibiciones de ataques a bienes de cara a la Cláusula, propende por humanizar la guerra garantizando que, una vez concluidas las hostilidades, sigan existiendo condiciones para que la población civil y todas las personas puedan subsistir, pues, sin recursos naturales, no se puede pensar en la sobrevivencia de la humanidad.

Conclusión

En este punto, se podría evidenciar que, aunque en su origen la Cláusula Martens no tenía un sentido humanitario que se pensara pudiera moldear el desarrollo del DIH, dada su reiteración en los tratados de la materia y los amplios desarrollos en la jurisprudencia, se puede entender como piedra angular de todo el DIH para su desarrollo e interpretación. Aunque la Cláusula no imponga la creación de reglas de DIH distintas a las emanadas de los tratados o la costumbre, sí impone un criterio interpretativo sobre las normas de DIH no claras, laxas o que tienen un aparente vacío.

Siendo el origen del principio de humanidad, del cual emanan garantías fundamentales que buscan limitar el accionar de las fuerzas durante el conflicto y aminorar en gran medida los sufrimientos, la Cláusula debe ser la guía para interpretar todas las reglas del DIH, las cuales, por mandato de la humanidad y conciencia pública, se deben interpretar de forma consonante con los avances en los estándares de DD. HH. y con las decisiones de órganos internacionales para así humanizar la guerra a las nuevas realidades.

La Cláusula ha sido fundamental en los desarrollos del DIH en el derecho colombiano, pues la jurisprudencia constitucional le ha dado el valor de norma integradora en casos de aparentes vacíos para la regulación de los CANI, donde los principios humanitarios muchas veces dispuestos en tratados de CAI entran a regular.

De tal importancia ha sido la Cláusula para la tradición del DIH colombiano que fue incluida en el Acuerdo Final como norma para interpretar los derechos fundamentales del Acuerdo. Ello es de relevancia particularmente para la JEP, la cual, como la misma Corte Constitucional afirmó, debe aplicar la Cláusula como norma *ius cogens* para calificar las conductas de su competencia, lo cual es relevante para evaluar conductas no expresamente prohibidas por el DIH, pero que se pueden encontrar dentro de prohibiciones, como son la prohibición de ataques contra la dignidad personal, la población y los bienes civiles.

Ello se evidenciaría en los casos de VBG intrafilas y daños al medioambiente como crímenes de guerra, donde la Cláusula es una herramienta hermenéutica clave para la calificación de hechos y conductas al interior de la JEP, pues puede dar luces para determinar las prohibiciones en casos no tan claros trayendo a colación estándares internacionales de DD. HH. para adaptar el DIH a realidades modernas que requieren reafirmar qué métodos de guerra, que atenten contra los derechos sexuales y reproductivos y contra la naturaleza como fuente primaria para la supervivencia humana, son actos que se encuentran proscritos por el DIH, ya que atentan contra el principio humanitario que se encuentra en la Cláusula Martens y que guía todo el desarrollo del DIH.

En conclusión, la Cláusula no solo sigue vigente para darle solución a dilemas jurídicos acerca de la legalidad del actuar de las fuerzas en los conflictos armados de toda naturaleza, sino que es una norma necesaria para que el DIH pueda regular, sancionar y sobre todo humanizar las actuaciones de las fuerzas armadas durante la guerra, lo cual es fundamental para toda la humanidad, que sigue siendo amenazada diariamente por el potencial destructivo de la guerra.



Bibliografía

Doctrina

- CASSESE, Antonio, “The Martens Clause: Half A Loaf or Simply Pie in The Sky?”, en *European Journal of International Law*, 11 (2000), pp. 187-216. DOI: <https://doi.org/10.1093/ejil/11.1.187>
- CRAWFORD, Emily, “The Modern Relevance of the Martens Clause”, en *ISIL Yearbook of International Humanitarian and Refugee Law*, 6 (2006), pp. 1-18.
- COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (CICR), Norma consuetudinaria 3, Definición de combatientes, en https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/spa/docs/v1_rul_rule3.
- COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (CICR), Norma consuetudinaria 93, “Violación y otras formas de violencia sexual”, en <https://ihl-databases.icrc.org/es/customary-ihl/v1/rule93>

- COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (CICR), Updated ICRC Commentary Geneva Convention I for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, Geneva, 01.01.2016.
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (CDI), “Draft Principles on Protection of the Environment in Relation to Armed Conflicts, With Commentaries” (A/77/10), Principle 12, 2022.
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (CDI), “Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre sus trabajos durante su cuadragésimo sexto período de sesiones”, 2 de mayo-22 de julio de 1994, GAOR A/49/10, p. 317.
- GALTUNG, Johan, *Paz por medios pacíficos. Paz y conflicto, desarrollo y civilización*, Bilbao, Gernika Gogoratus, 2003.
- HELLER, Kevin Jon, “ICC Appeals Chamber Says A War Crime Does Not Have to Violate IHL”, en *Opinio Juris* (2017), en <http://opiniojuris.org/2017/06/15/icc-appeals-chamber-holds-a-war-crime-does-not-have-to-violate-ihl>, fecha de consulta: 10 de abril de 2023.
- LAVERTY, Ciara y DE Vos, Dieneke, “Forced Abortion as an International Crime: Recent Reports from Northern Nigeria”, en *Just Security* (2022), en: <https://www.justsecurity.org/84524/forced-abortion-as-an-international-crime-recent-reports-from-northern-nigeria/>, fecha de consulta: 7 de abril de 2023.
- MELZER, Nils, “Derecho Internacional Humanitario: una introducción integral”, Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 2019, p. 26.
- MERON, Theodor, “The Martens Clause, Principles of Humanity, and Dictates of Public Conscience”, en *The American Journal of International Law*, 94 (2000), p. 82. DOI: <https://doi.org/10.2307/2555232>
- PALENCIA OSORIO, José David, “Las vertientes del derecho internacional humanitario en la jurisprudencia constitucional colombiana: a treinta años de la Constitución Política de 1991”, en *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Humanitario*, 2 (2021). DOI: <https://doi.org/10.5294/aidih.2021.2.1.8>
- PARDO BALLESTEROS, Manuel Francisco, “Protegiendo el ambiente en los conflictos armados: la aplicación del derecho blando ambiental a los ataques a infraestructura de hidrocarburos a través de la Cláusula Martens”, Bogotá, Expositio Repositorio Institucional Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, 2021, en <http://hdl.handle.net/20.500.12010/18669>, fecha de consulta: 13 marzo de 2023.
- PICTET, Jean, *Desarrollo y Principios del Derecho Internacional Humanitario*, Ginebra, Institute Henry Dunant, 1986, p. 74.

- ROJAS-OROZCO, César, “Aplicación de la figura de crimen de guerra como límite al beneficio de amnistía en la Jurisdicción Especial para la Paz”, en *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Humanitario*, 2 (2021). DOI: <https://doi.org/10.5294/aidih.2021.2.1.6>
- SALTER, Michael, “Reinterpreting Competing Interpretations of the Scope and Potential of the Martens Clause”, en *Journal of Conflict & Security Law*, 17 (2012), pp. 403-437. DOI: <https://doi.org/10.1093/jcsl/krs013>
- SASSÒLI, Marco, *International Humanitarian Law: Rules, Solutions to Problems Arising in Warfare and Controversies*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2019, pp. 54-55.
- SECRETARÍA GENERAL DE LA ONU, “Informe presentado por el secretario general de conformidad con el párrafo 2 de la Resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad”, en UN Doc S/25704, 1993.
- TICEHURST, Rupert, “La Cláusula Martens y el derecho de los conflictos armados”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 12 (1997). DOI: <https://doi.org/10.1017/S0250569X00021919>
- VON BERNSTORFF, Jochen, “Martens Clause”, *Oxford Public International Law* (2009), en <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e327?prd=EPIL>, fecha de consulta: 9 de mayo de 2022.
- WOOD, Elizabeth Jean, “La violación como práctica de guerra: hacia una tipología de la violencia política”, en *Estudios Socio-Jurídicos*, 22 (2020), pp. 82-83. DOI: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.8189>
- ZARTA JARA, Lina y THORNTON, Catherine, “Derecho internacional humanitario y protección a víctimas de violencia sexual intrafilas: los casos Ntaganda y Helena”, en *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Humanitario*, 3 (2022). DOI: <https://doi.org/10.5294/aidih.2022.3.8>

Jurisprudencia internacional

- Comité CEDAW, “Recomendación general núm. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general núm. 19”, CEDAW/C/GC/35, 26 de julio de 2017, párr. 18.
- Comité de Derechos Humanos de la ONU, “Observación general N° 28 (General Comment): La igualdad de derechos entre hombres y mujeres”, CCPR/C/21/Rev.1/Add.10, 29 de marzo de 2000, párr. 11.

- Corte Internacional de Justicia, “Corfu Channel Case (UK v. Albania)” Merits, 1949, en *ICJ Reports* 4 (April 9).
- Corte Internacional de Justicia, “Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons” (Advisory Opinion), en *ICJ Reports* (1996).
- Corte Internacional de Justicia, “Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States)”, Merits, 1986, en *ICJ Reports* 14 (June 27).
- Corte Penal Internacional, Sala de Apelaciones, “Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Judgment on the Appeals of Mr Bosco Ntaganda and the Prosecutor Against the Decision of Trial Chamber VI of 8 July 2019 Entitled ‘Judgment’”, ICC-01/04-02/06-2666-Red, March 30 2021.
- Corte Penal Internacional, Sala de Apelaciones, “Prosecutor v. Dominic Ongwen, Judgment on the Appeal of Mr Ongwen Against the Decision of Trial Chamber IX of 4 February 2021 Entitled ‘Trial Judgment’”, ICC-02/04-01/15 A, December 15 2022.
- Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia IV, “Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Judgment”, No. ICC-01/04-02/06-2359, July 08 2019.
- Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia VI, “Prosecutor v. Bosco Ntaganda. Second Decision on the Defence ‘s Challenge to the Jurisdiction of the Court in Respect of Counts 6 and 9”, No. ICC-01/04-02/06, January 04 2017.
- Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, “Prosecutor v. Dusko Tadić a/k/a ‘Dule’, Decision on Interlocutory Appeal on Jurisdiction”, ICTY- 94- 1- AR72, October 02 1995, párr. 38.
- Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, Sala de Primera Instancia, “Prosecutor v. Furundžija, Judgement”, No. IT-95-17/1-T, párrs. 137, 168 (Dec. 10, 1998).
- Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, Sala de Primera Instancia, “Prosecutor v. Martić”, en *Review of the Indictment Pursuant to Rule 61*, No. IT-95-11-R61 (March 13, 1996). párrs. 12-13.
- Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, Sala de Primera Instancia, Sentencia condenatoria, “El Fiscal vs. Zoran Kupreskic, Mirjan Kupreskic, Vlatko Kupreskic, Drago Josipovic, Dragan Papic, Vladimir Santic, IT 95-16”, 14 de enero de 2000.

Corte Constitucional, Sentencia C-225 de 1995.

Corte Constitucional, Sentencia C-156 de 1999.

Corte Constitucional, Sentencia C-328 de 2000.

Corte Constitucional, Sentencia C-291 de 2007

Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2018.

Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), Sala de Amnistía e Indulto, SAI-AOI-DAI-PMA-062-2021 del 19 de febrero de 2021.

Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, Resolución SDSJ No. 482, 8 febrero de 2021.

Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), Sala de Reconocimiento de Verdad, Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, Auto No. SRVR-LRG-T-032-2022 del 11 de febrero de 2022.

Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), Sala de Reconocimiento de Verdad, Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, Auto No. 01 de 2023, Auto de determinación de hechos y conductas dentro del Caso No. 05 “Situación Territorial en la región del Norte del Cauca y del Sur del Valle del Cauca” frente al primer grupo de comparecientes de las CM Jacobo Arenas y Gabriel Galvis del 1 de febrero de 2023.

Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), Sala de Reconocimiento de Verdad, Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, Auto No. 03 de la SRVR de 2023, Auto para determinar los hechos y conductas ocurridas en los municipios de Tumaco, Ricaurte y Barbacoas cometidos por quienes fueron integrantes de la extinta guerrilla de las FARC-EP del 5 de julio de 2023.

Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), Sala de Reconocimiento de Verdad, Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, Auto No. 011 de 2021, 1 de febrero de 2021.

Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), Sala de Reconocimiento de Verdad, Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, Auto 029 de 2019 del 1 de marzo de 2019.

Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), Sala de Reconocimiento de Verdad, Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, Auto No. 159 de 2021 del 4 de agosto de 2021.

Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 944 de 2021, 22 de agosto de 2021.

Normatividad internacional

Convenio de Ginebra I, 1949.

Convenio de Ginebra II, 1949.

Convenio de Ginebra III, 1949.

Convenio de Ginebra IV, 1949.

Convención sobre ciertas armas convencionales, 1980.

Convención II de la Haya de 1899 relativa a las leyes y usos de la guerra terrestre, 1899.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 1998.

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

Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 1977.

Reglamento de La Haya, 1907.

Normatividad nacional

Acto Legislativo 01 del 04 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.

Asesor Jurídico del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, declaración escrita sobre la Opinión solicitada por la Asamblea General, 16 de junio de 1995, pp. 48, 21.

Centro de Derechos Reproductivos, “Informe: Una radiografía sobre la Violencia Reproductiva”, 2020.

Comisión de Investigación de la situación de los derechos humanos en la República Popular Democrática de Corea de la ONU, “Report of the Detailed Findings of the Commission of Inquiry on Human Rights in the Democratic People’s Republic of Korea”, A/HRC/25/CRP.1, February 7 2014, párr. 434.

Congreso Mundial de la Naturaleza Amán, 2.97 Una Cláusula Martens para la protección ambiental, 11 de octubre del 2000, Primer resuelve.

Defence Team of Mr Bosco Ntaganda, Application on behalf of Mr. Ntaganda challenging the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9 of the Document containing the charges, ICC-01/04-02/06, 1 de septiembre de 2015.

- Delegación de Australia, Australian Oral Statement before the ICJ, ICJ Verbatim Records, CR/95/22, October 30 1995.
- Gobierno de Colombia y FARC-EP, *Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*, 12.11.2016.
- Informe de la relatora especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Sra. Radhika Coomaraswamy, preparado de conformidad con la resolución 1997/44 de la Comisión de Derechos Humanos “Políticas y prácticas que repercuten sobre los derechos reproductivos de la mujer y contribuyen a la violencia contra la mujer, la causan o la constituyen”, E/CN.4/1999/68/Add.4, 21 de enero de 1999, párr. 45.
- Judge Weeramantry Dissenting Opinion, ICJ, Nuclear Weapons, 1996.
- Ley 1820 del 30 de diciembre de 2016, por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamiento penales especiales y otras disposiciones.
- Ley 1957 del 06 de junio de 2019, Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz.