

ESTUDIO SOBRE LA LEGALIDAD DE LAS FUMIGACIONES AÉREAS DE CULTIVOS ILÍCITOS EN SITUACIONES DE CONFLICTO ARMADO CON BASE EN EL CASO COLOMBIANO

Héctor Olasolo*

Profesor Principal de Carrera Académica de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia)

Sumario: 1. Cuestiones jurídicas suscitadas por treinta años de fumigaciones aéreas de cultivos ilícitos en el conflicto armado colombiano. 2. ¿Es lícito conforme al DIH atacar a quienes desarrollan cultivos ilícitos en favor de una de las partes en el conflicto? 2.1. ¿Constituye el desarrollo de cultivos ilícitos en favor de una de las partes en el conflicto una función continua de combate? 2.2. ¿Constituye el desarrollo de cultivos ilícitos una actividad de participación directa en las hostilidades? 2.3. Duración de la pérdida de la protección de quienes desarrollan cultivos ilícitos cuando realizan actividades adicionales de participación directa en las hostilidades, y presunción de su condición de personas protegidas. 3. ¿Constituyen los cultivos ilícitos un objetivo militar? 4. ¿Pueden los daños a los cultivos ilícitos y/o a quienes los desarrollan constituir daños civiles colaterales no excesivos en ataques dirigidos contra objetivos militares? 5. Conclusión.

* El autor agradece al Sr. Carlos Fonseca Sánchez por su excelente contribución durante la investigación y edición del presente trabajo.

1. CUESTIONES JURÍDICAS SUSCITADAS POR TREINTA AÑOS DE FUMIGACIONES AÉREAS DE CULTIVOS ILÍCITOS EN EL CONFLICTO ARMADO COLOMBIANO

El análisis de la evolución histórica de la fumigación aérea de cultivos ilícitos con glifosato muestra que en los últimos 30 años se han dado muchas advertencias dentro y fuera de Colombia —incluyendo desde el propio Congreso de Estados Unidos— sobre los probables efectos adversos que el glifosato causa en el medio ambiente y en las personas que viven en las zonas circundantes a los lugares donde se llevan a cabo las fumigaciones aéreas¹.

Así, el informe emitido el 14 de abril de 1984 por el Comité de Expertos en Herbicidas del Instituto Nacional de Salud de Colombia desaconsejaba el uso masivo del glifosato o de cualquier otro herbicida mediante aplicación aérea, y recomendaba la utilización de otros mecanismos de erradicación de los cultivos ilícitos². Asimismo, a pesar del amplio operativo aprobado en 1988 para realizar fumigaciones aéreas con glifosato de cultivos ilícitos en el departamento del Cauca, el mismo no contemplaba que dicho herbicida pudiera utilizarse para aplicaciones con aeronaves de alas fijas. Como ha subrayado la Defensoría Pública de Colombia, dicho método fue categóricamente descartado, entre otros motivos, en razón de: «1. las condiciones ambientales; 2. el considerable daño que causa a las áreas anteriores y posteriores de la banda de tratamiento; 3. la alta contaminación que genera en las fuentes de agua; 4. el efecto «deriva» para la aplicación de productos de acción sistémica; y 5. la existencia de un mayor peligro de afectación para humanos y formas vivientes de fauna y flora silvestres»³.

En el año 2002, la Defensoría del Pueblo de Colombia afirmaba que, a pesar de los años transcurridos desde que se iniciaron las fumigaciones aéreas masivas con glifosato en Co-

lombia (desde 1998 se venían fumigando entre 100.000 y 150.000 hectáreas de cultivos anuales)⁴, no se habían realizado los estudios científicos pertinentes para determinar los efectos de dicha sustancia en la salud. En consecuencia, seguía sin existir certeza científica sobre los impactos del glifosato en la misma. Además, la propia Defensoría del Pueblo subrayaba también que tampoco se conocían los efectos de la combinación glifosato-POEA-cosmoflux, que es la que en última instancia se estaba empleando en el programa de erradicación aérea de los cultivos ilícitos⁵.

La Defensoría del Pueblo de Colombia ponía de manifiesto que decenas de miles de campesinos estaban siendo desplazados debido a estas fumigaciones, lo que incrementaba la terrible situación de desplazamiento forzado existente en Colombia. Así, cuando los cultivos ilícitos constituyen el único mecanismo de supervivencia, los campesinos, ante la falta de programas económicos alternativos, se veían forzados a huir. Lo mismo sucedía cuando sus cultivos lícitos eran fumigados de manera no intencionada, como consecuencia de los estándares tan flexibles conforme a los que se desarrollaban las aspersiones aéreas. En estos casos, la fertilidad de la tierra se veía seriamente deteriorada entre 6 y 8 meses, particularmente en caso de que se fumigase repetidamente un mismo área, lo que afectaba en particular a poblaciones vulnerables como niños, campesinos y población indígena⁶. Según la Defensoría del Pueblo, la población indígena se veía especialmente perjudicada, dada su tradicional estructura de propiedad colectiva⁷. Además, el ecosistema colombiano, que es el segundo más rico en el mundo en diversidad ecológica, también se veía seriamente afectado⁸.

Ese 2002, el Congreso de los EEUU condicionaba también el apoyo a las fumigaciones de cultivos ilícitos con glifosato en Colombia, a los siguientes requisitos (i) que se llevaran a cabo siguiendo los controles regulatorios requeridos por la Agencia Federal de Protección Medio-Ambiental de los EEUU y de confor-

midad con el gobierno de Colombia, a los efectos de garantizar que dichas fumigaciones se realizaran conforme a la normativa colombiana; (ii) que no generasen riesgos irrazonables o efectos adversos en las personas o en el medio ambiente; (iii) que se estableciesen procedimientos para evaluar las reclamaciones de los ciudadanos locales por daños a la salud o a los cultivos lícitos agrícolas (y que, en caso de ser aceptadas, se proporcionase una compensación justa); y (iv) que se creasen proyectos económicos alternativos para las comunidades afectadas⁹. Asimismo, el Congreso de EEUU impuso al Departamento de Estado la obligación de presentarle un informe anual para asegurarse de que dichas condiciones eran cumplidas.

Tras la presentación del primer informe por el Departamento de Estado¹⁰, el Comité de Apropriaciones del Senado emitió en 2003 una declaración en la que mostró su preocupación, dado que (i) se estaban fumigando grandes áreas que se encontraban en las inmediaciones de zonas habitadas y cultivos de productos de alimentación básicos (solo se mantenía una distancia de seguridad de 100 metros), lo que constituía una práctica que variaba significativamente de la manera en la que los herbicidas eran utilizados en los Estados Unidos¹¹; (ii) las fumigaciones directas sobre los campesinos parecían estar generando un buen número de problemas de salud pública, incluyendo vómitos, diarreas, problemas visuales, cáncer de piel e incluso la muerte; (iii) el procedimiento para la tramitación de reclamaciones en Colombia no gozaba de las más básicas garantías¹²; y (iv) no se habían puesto en marcha ningún tipo de programa de cultivos alternativos a la producción de hoja de coca¹³.

Asimismo, el Comité subrayaba la necesidad de que se le presentasen estudios científicos objetivos que aseguraran que las aspersiones aéreas no creaban riesgos irrazonables o efectos adversos en las personas o el medio ambiente y que mostraran la existencia de mecanismos apropiados para monitorear y, en su caso, garantizar una adecuada utiliza-

ción de tales herbicidas¹⁴. Con ello, el Comité de Apropriaciones del Senado señalaba que el programa de fumigaciones de cultivos ilícitos con glifosato en Colombia debía tener la naturaleza de un programa de derechos humanos y ser desarrollado por las fuerzas de policía, sin que por tanto se tratase de un programa regido por el Derecho internacional humanitario y ejecutado por las fuerzas armadas.

El 13 de diciembre de 2013, el Consejo de Estado de Colombia prohibió las fumigaciones aéreas con glifosato sobre cultivos ilícitos que se encontrasen al interior de parques naturales, al concluir que seguía existiendo incertidumbre científica sobre los daños que pueden causar las mismas¹⁵. Por su parte, el 27 de marzo de 2014, la Corte Constitucional ordenó a los Ministerios de Ambiente y Desarrollo Sostenible y de Salud y Protección Social que realizasen los estudios técnicos y científicos necesarios para determinar el impacto de las aspersiones aéreas con glifosato sobre el medio ambiente y la salud de las personas de las comunidades negras de Nariño. En esta decisión se ordenaba que los informes, con los estudios realizados y sus respectivas conclusiones, se enviaran a la Corte Constitucional en el término de tres meses a partir de la notificación de la decisión.

La Corte Constitucional ordenaba, además, que en caso de que no se obtuviesen resultados concluyentes a partir de los estudios técnicos y científicos sobre la existencia de un riesgo actual, grave e irreversible para el medio ambiente y/o la salud de las personas por las aspersiones de glifosato, debía aplicarse de forma inmediata el principio de precaución y ordenar la suspensión de las aspersiones¹⁶.

En marzo de 2015, la Organización Mundial de la Salud subrayó que es muy probable que el glifosato cause cáncer¹⁷, lo que muestra la necesidad de llevar a cabo más estudios científicos para dar una respuesta definitiva a esta pregunta, y la urgencia de suspender mientras

tanto todas las fumigaciones de cultivos ilícitos con glifosato en Colombia. Después de más de treinta años desde que el Comité de Expertos en Herbicidas emitiera su primer informe en marzo de 1984, el Consejo Nacional de Estupefacientes de Colombia ha adoptado finalmente la suspensión de todas las fumigaciones el 14 de mayo de 2015, medida que, tras un periodo transitorio, entrará en vigor el 1 de octubre de 2015¹⁸.

En este contexto, numerosos autores como Pauker, Rutledge, Wilhite y Esposito han analizado la posible incompatibilidad con los estándares internacionales de derechos humanos de aquellas fumigaciones aéreas cuya naturaleza, medios y finalidad responde a la de auténticas operaciones de policía regidas por el Derecho internacional de los derechos humanos (DIDH)¹⁹. Esta es la consideración que, según el marco jurídico desarrollado a principios del siglo XXI por el Congreso de los EEUU para financiar las fumigaciones aéreas de cultivos ilícitos con glifosato en Colombia, debían tener dichas operaciones²⁰.

Sin embargo, en los últimos años autores como Knudsen²¹ y Landel²² han reexaminado esta cuestión al entender que las fumigaciones aéreas de cultivos ilícitos con glifosatos en Colombia podrían constituir operaciones militares reguladas por el Derecho internacional humanitario (DIH), máxime después del reconocimiento realizado por el gobierno de Colombia en mayo de 2011 sobre la existencia de un conflicto armado de carácter no internacional²³. Este reexamen se ha justificado además por las numerosas pruebas que indican que tanto las guerrillas como los grupos paramilitares utilizan los ingresos aportados por el tráfico de cultivos ilícitos, en particular la hoja de coca, para financiar su esfuerzo militar dentro del conflicto armado en Colombia²⁴.

Así, cuando la finalidad de las fumigaciones aéreas con glifosato sobre los cultivos ilícitos es desmantelar la contribución financiera

que los mismos realizan al esfuerzo militar de las FARC, o cuando sean las fuerzas armadas colombianas, en lugar de sus fuerzas de policía civil, las que desarrollan dichas fumigaciones recurriendo a medios propios de operaciones militares en el conflicto armado (por ejemplo, aviones o helicópteros de combate), será necesario considerar las mismas como operaciones militares reguladas conjuntamente por el DIH, el DIDH y el Derecho Internacional Penal (DIP)²⁵.

En este sentido, conviene recordar que, cuando existe un conflicto armado, el DIH y el DIDH se aplican de manera conjunta y complementaria²⁶, una vez superada la tradicional visión de que el primero constituía *lex specialis* en relación con el segundo²⁷. Asimismo, las violaciones graves del DIDH (por ejemplo, el desplazamiento forzado) cometidas de manera sistemática o a gran escala²⁸, así como las infracciones graves del DIH, son, conforme al DIP, respectivamente constitutivas de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra²⁹. De esta manera, el principio de responsabilidad penal del individuo frente a la sociedad internacional en su conjunto, constituye el corolario de la aplicación conjunta y complementaria del DIH y el DIDH en el marco de los conflictos armados³⁰ y permite la puesta en marcha de sus mecanismos de ejecución centralizados (a través de tribunales internacionales penales) y descentralizados (a través de las jurisdicciones nacionales)³¹.

Las consideraciones hasta aquí realizadas muestran la necesidad de desarrollar un análisis de legalidad de las fumigaciones aéreas de cultivos ilícitos en el conflicto armado colombiano a la luz del DIH teniendo en cuenta que las mismas se pueden dirigir contra (i) quienes desarrollan dichos cultivos ilícitos; (ii) los cultivos ilícitos en sí mismo considerados; o (iii) personas u objetos no protegidos que se ubiquen en los propios cultivos ilícitos o en terrenos aledaños.

2. ¿ES LÍCITO CONFORME AL DIH ATACAR A QUIENES DESARROLLAN CULTIVOS ILÍCITOS EN FAVOR DE UNA DE LAS PARTES EN EL CONFLICTO?

2.1. ¿CONSTITUYE EL DESARROLLO DE CULTIVOS ILÍCITOS EN FAVOR DE UNA DE LAS PARTES EN EL CONFLICTO UNA FUNCIÓN CONTINUA DE COMBATE?

En esta sección vamos a analizar si quienes, voluntaria o forzadamente, llevan a cabo cultivos ilícitos en favor de alguno de los grupos armados organizados que se enfrentan a las fuerzas armadas de Colombia en un conflicto armado de carácter no internacional pueden ser objeto de ataque por las fuerzas armadas de Colombia.

En los conflictos armados de carácter no internacional, las personas protegidas por el dih son, en principio, todas aquellas que no forman parte de las fuerzas armadas del Estado en cuyo territorio se desarrolla el conflicto³². Cuando personas protegidas deciden integrarse en un grupo armado organizado que participa en el conflicto en calidad de miembros del mismo, pierden esa protección mientras continúan siendo miembros de dicho grupo³³.

No todas las personas que colaboran con un grupo armado organizado se convierten en miembros del mismo. Por el contrario, para el CICR, solo aquellas personas que asumen una *función continua de combate* en el seno de un grupo armado organizado adquieren dicha condición³⁴.

Tienen una función continua de combate quienes preparan, ordenan o ejecutan las operaciones militares de un grupo armado organizado. Asimismo, desempeñan dichas funciones quienes son reclutados, entrenados y equipados por un grupo armado organizado para dirigir o desarrollar hostilidades en su

nombre, aun cuando no hayan realizado materialmente ningún acto hostil³⁵.

No tienen, sin embargo, una función continua de combate quienes acompañan o apoyan a lo largo del tiempo a un grupo armado organizado, incluso si utilizan uniformes, insignias o tarjetas de identificación³⁶. En consecuencia, en tanto no lleven a cabo funciones que los involucren directamente en las hostilidades, no podrán ser considerados miembros del grupo, aunque según el CICR puedan ser *parte* del mismo³⁷. Esto hace que no pierdan su condición de personas protegidas³⁸.

Lo mismo ocurre con quienes desarrollan actividades de reclutamiento, financiación o entrenamiento dentro del grupo armado organizado, a no ser que realicen funciones adicionales que los vinculen directamente con las operaciones militares desarrolladas por el mismo³⁹. Asimismo, tampoco tienen una función continua de combate y, por tanto, mantienen su condición de personas protegidas quienes producen, adquieren y hacen el mantenimiento del armamento y municiones del grupo o llevan a cabo actividades de inteligencia que no se encuentren vinculadas a operaciones militares concretas⁴⁰.

En consecuencia, incluso en aquellos casos en los que los cultivos ilícitos, particularmente de hoja de coca, son utilizados para financiar el esfuerzo militar de los grupos armados organizados que se enfrentan al gobierno de Colombia, esto no convierte a quienes desarrollan materialmente tales cultivos en miembros de dichos grupos. Para ello, sería necesario que realizaran otras actividades adicionales que los vinculasen directamente con las operaciones militares desarrolladas por los mismos⁴¹. Según Landel, las pruebas existentes hasta el momento no permiten afirmar que sea esta la situación de la inmensa mayoría de quienes desarrollan cultivos ilícitos objeto de fumigación aérea con glifosato⁴².

2.2. ¿CONSTITUYE EL DESARROLLO DE CULTIVOS ILÍCITOS UNA ACTIVIDAD DE PARTICIPACIÓN DIRECTA EN LAS HOSTILIDADES?

La protección de la que en principio gozan en los conflictos armados de carácter no internacional quienes ni son miembros de la fuerzas gubernamentales ni de los grupos armados involucrados en el conflicto puede perderse también cuando se realizan actividades que, si bien no dan lugar a una función continua de combate, son calificadas por el DIH como «participación directa en las hostilidades»⁴³.

A este respecto, conviene subrayar que la participación directa de personas protegidas en las hostilidades ha crecido de manera constante durante la segunda mitad del siglo XX y principios del siglo XXI tanto en los conflictos armados internacionales como en los no internacionales. Esto se ha debido a la utilidad que tiene para las partes en conflicto que contratistas privados, informantes, transportistas o colaboradores participen directamente en la preparación y desarrollo de operaciones militares⁴⁴. En este contexto, surge la cuestión relativa a si el desarrollo de cultivos ilícitos en favor de una de las partes en el conflicto es considerada por el DIH como participación directa en las hostilidades.

El art. 3(1), común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, se refiere por primera vez a «las personas que no participen directamente en las hostilidades», expresión de la cual se deriva el concepto «participación directa en las hostilidades», que es desarrollado por los arts. 51(3) del PA I y 13(3) del PA II. Estas disposiciones prevén que las personas protegidas pierden su protección cuando participen *directamente* en las hostilidades y por el tiempo que dure dicha participación⁴⁵. De ahí la importancia de identificar aquellas actividades constitutivas de participación directa en las hostilidades (que conllevan la pérdida automática de la protección) y de distinguirlas de aquellas otras que, si bien pueden suponer una partici-

pación indirecta en las hostilidades, no privan de la protección conferida por el DIH⁴⁶.

Ni el Derecho convencional, ni el Derecho internacional consuetudinario ofrecen una definición del concepto «participación directa en las hostilidades»⁴⁷, por lo que para su construcción jurisprudencial resulta necesario acudir a los criterios de interpretación recogidos en los arts. 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. La mayoría de los manuales militares se limitan a señalar que la determinación de si cierta actividad constituye una participación directa en las hostilidades debe llevarse a cabo caso por caso⁴⁸. Algunos manuales militares añaden también que, entre las actividades que dan lugar a una participación directa en las hostilidades, se encuentran actuar como agentes de inteligencia, exploradores o mensajeros, hacer guardias o servir como espías para una de las partes del conflicto⁴⁹.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha subrayado que la expresión «participan directamente en las hostilidades» abarca normalmente actos que por su naturaleza o finalidad pretenden causar un daño al personal o material del enemigo⁵⁰. La CIDH ha distinguido entre los mismos y los supuestos de participación indirecta en apoyo de una de las partes contendientes (por ejemplo, la venta de mercaderías, la expresión de simpatía por su causa o no haber actuado para prevenir su incursión) que, al no implicar actos de violencia que constituyan una amenaza inmediata de daño para la otra parte contendiente, no hacen que quien los lleva a cabo pierda su condición de persona protegida⁵¹.

Schmitt afirma que el concepto «participación directa en las hostilidades» supone la realización por una persona protegida de una actuación que es parte integral de una operación militar dirigida a dañar a una de las partes en conflicto y a beneficiar [a otra⁵²,] con independencia de que se encuentre o no en el campo de batalla⁵³. En aplicación de este concepto, las contribuciones realizadas por contratistas

y empleados civiles de las fuerzas armadas de un Estado, o de grupos armados organizados, a la logística general de apoyo al esfuerzo bélico de una de las partes en conflicto no podría calificarse como participación directa en las hostilidades⁵⁴.

Finalmente, para el CICR, el concepto «participación directa en hostilidades» estaría conformado por los siguientes tres elementos: (i) *suficiente gravedad del daño* que el acto de la persona protegida puede causar a una de las partes en conflicto, ya sea porque pueda generar un efecto militar adverso como la muerte o lesiones de sus miembros o la destrucción de su material o infraestructura militar, ya sea porque pueda provocar la muerte, la lesión o la destrucción de personas o bienes protegidos (*umbral de daño*)⁵⁵; (ii) *relación de causalidad directa* entre el acto de la persona protegida y el daño causado⁵⁶; y (iii) *nexo beligerante* entre el acto de la persona protegida y las hostilidades entre las partes en un conflicto armado, de manera que se dirija a perjudicar a una de las partes y a beneficiar a la otra⁵⁷.

Cualquiera que sea la posición que acojamos sobre el concepto de participación activa en las hostilidades, lo cierto es que el desarrollo de cultivos ilícitos en favor de una de las partes en conflicto no constituye una participación directa en el mismo. Así, si acogemos lo dicho por la CIDH, la naturaleza y finalidad de la actividad de cultivo no se encuentra dirigida a generar un daño personal o material a la parte adversa. Si seguimos lo afirmado por Schmitt, es evidente que el desarrollo de cultivos ilícitos se encuentra tan alejado de cualquier operación militar específica que no puede constituir una parte integral de las mismas. De hecho, si como señalan estos autores, las contribuciones a la logística general del esfuerzo bélico de una de las partes en el conflicto no constituyen una participación directa en las hostilidades, con mayor razón tampoco podrán calificarse como tal las contribuciones a la financiación de dicho esfuerzo bélico a través de cultivos ilícitos. Finalmente, si acogemos la posición del CICR, no cabe sino responder negativamente

a la pregunta relativa a si quienes llevan a cabo cultivos ilícitos en favor de una de las partes en el conflicto incurren con dicha actividad en actos hostiles contra la parte adversa que le pueda causar directamente el umbral de daño exigido.

En consecuencia, los cultivos ilícitos en favor de una de las partes en conflicto no constituyen en sí una actividad de participación directa en las hostilidades y, por lo tanto, no generan la pérdida de la protección otorgada por el DIH. Por ello, para que se pierda dicha protección es necesario que quienes desarrollan cultivos ilícitos realicen adicionalmente otras actividades que sí puedan ser constitutivas de una participación directa en las hostilidades.

2.3. DURACIÓN DE LA PÉRDIDA DE LA PROTECCIÓN DE QUIENES DESARROLLAN CULTIVOS ILÍCITOS CUANDO REALIZAN ACTIVIDADES ADICIONALES DE PARTICIPACIÓN DIRECTA EN LAS HOSTILIDADES, Y PRESUNCIÓN DE SU CONDICIÓN DE PERSONAS PROTEGIDAS

Como hemos visto en las secciones anteriores, los cultivos ilícitos en favor de una de las partes en conflicto ni son constitutivos de una función continua de combate ni pueden calificarse como participación directa en las hostilidades. Por lo tanto, los ataques dirigidos por las partes en conflicto contra quienes se dedican a esta actividad serán contrarios al DIH. Asimismo, las muertes o lesiones provocadas a los mismos como consecuencia de operaciones dirigidas contra objetivos legítimos según el DIH habrán de contabilizarse como daños civiles colaterales⁵⁸.

La única excepción se produciría en aquellos casos en que quienes desarrollan cultivos ilícitos para una de las partes en el conflicto también realicen alguna otra actividad en favor de la misma y en perjuicio de la parte adversa, que pueda calificarse como función continua

de combate o, al menos, como participación directa en las hostilidades.

En estos últimos casos, el CICR considera que las personas protegidas que participan directamente en las hostilidades recuperan su protección cada vez que termina una actividad hostil específica. Esto supone que se pierde y se reasume la protección cada vez que una persona protegida comienza y termina de efectuar una actividad integral dentro de una operación militar concreta⁵⁹.

Sin embargo, algunos autores han subrayado que esta posición da lugar a una situación de «puerta giratoria» porque refleja de qué modo una persona en principio protegida puede entrar y salir a lo largo del tiempo de su esfera de protección mientras contribuye de manera efectiva a los objetivos militares de una de las partes del conflicto en detrimento de la otra⁶⁰. Por ello, autores como Boothby afirman que en estos casos hay que entender que se pierde la protección de forma continua sin importar los intervalos en los cuales no se desempeñen funciones que puedan entenderse como participación directa⁶¹, puesto que la reiteración y persistencia en el tiempo de la participación en las hostilidades son un claro indicador de conductas futuras⁶². En consecuencia, para este autor, quienes durante el día desarrollan cultivos ilícitos y de noche toman parte directa en las hostilidades pierden su protección de forma constante, dado que de su conducta reiterada se puede deducir que al día siguiente también tomarán de nuevo las armas cuando caiga la noche⁶³. Según esta posición, para afirmar que una persona protegida que ha participado directamente en las hostilidades de manera reiterada y persistente ha dejado de hacerlo se necesita un acto claro de renuncia que no dé lugar a ambigüedades⁶⁴. La Sala de Apelaciones del TIPY ha acogido también esta posición en el caso Kordic, al considerar que hasta que quienes no son miembros de las partes del conflicto cesen en sus actividades de participación directa en las hostilidades constituyen una amenaza inmediata para el personal y el material de la parte adversa⁶⁵.

De lo anterior se deriva que puede suceder que las actividades adicionales realizadas por quienes desarrollan cultivos ilícitos generen la duda sobre si las mismas les hacen o no perder la condición de personas protegidas en el momento en que se planea llevar a cabo la fumigación aérea⁶⁶. Ante esta situación, es particularmente importante que quien se encuentren preparando dicha fumigación adopte las medidas de precaución que le impone el art. 57(2) PA I para cerciorarse que la misma ni se dirige contra personas protegidas ni genera entre estas últimos daños colaterales excesivos⁶⁷. Además, el art. 50(1) PA I impone la presunción de que toda persona sobre cuya condición existan dudas haya de considerarse en todo caso como una persona protegida.

La jurisprudencia del TIPY ha subrayado a este respecto la importancia de esta presunción al aplicar el concepto de participación directa en las hostilidades⁶⁸. Ahora bien, como el propio CICR ha señalado, esta presunción no tiene un carácter absoluto y se traduce principalmente en la obligación de la parte atacante de: (i) tomar las medidas que la situación de combate le permita para cerciorarse de que el ataque no se va a dirigir contra personas protegidas ni va a generar en estas últimos daños colaterales excesivos; y (ii) realizar una determinación honesta de dicha condición sobre la base de la información que, dadas las circunstancias, se haya podido obtener (en particular, aquella relativa al comportamiento de la persona que se pretende atacar, su ubicación y su vestimenta)⁶⁹.

3. ¿CONSTITUYEN LOS CULTIVOS ILÍCITOS UN OBJETIVO MILITAR?

Si quienes desarrollan cultivos ilícitos en favor de una de las partes en el conflicto no pueden ser considerados miembros de las mismas ni su actividad de cultivo se puede calificar como participación directa en las hostilidades,

surge la cuestión de si es posible considerar a los propios cultivos ilícitos como objetivo militar.

La definición más ampliamente aceptada de objetivo militar se encuentra en el art. 52 PA I, que señala que entiende como tales aquellos objetos «que (i) por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyen eficazmente a la acción militar; y (ii) cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida»⁷⁰.

Objetos que por su naturaleza contribuyen eficazmente a la acción militar son, entre otros, el armamento y resto del equipamiento militar, los almacenes donde se guardan los mismos, los transportes, los centros de comunicaciones, las fortificaciones, los edificios ocupados por las fuerzas armadas y los puestos de mando⁷¹. Por su parte, entre los objetos que por su ubicación contribuyen eficazmente a la acción militar se pueden citar los puentes, las pasarelas o los túneles, así como ciertas colinas, desfiladeros o áreas cuyo control facilita el desarrollo de las operaciones militares, dificulta los eventuales ataques del enemigo o incluso pueda obligar al enemigo a retirarse⁷².

La primera condición de la definición de objetivo militar se refiere también a los objetos que debido a uso actual (utilización) o futuro (finalidad) contribuyen efectivamente a la acción militar. En este sentido, hay que señalar que una parte muy importante de los bienes que normalmente se utilizan para fines civiles pueden ser también utilizados en el marco de un conflicto armado para fines militares. Este sería el caso, por ejemplo, de escuelas, hoteles o iglesias reacondicionados para proporcionar alojamiento a la tropa o para almacenar equipamiento militar, o que son reconvertidos en puestos de mando⁷³. Igualmente, ciertas plantas industriales o energéticas pueden ser utilizadas en tiempos de conflicto armado tanto para fines civiles como militares⁷⁴.

La segunda condición de la definición de objetivo militar se refiere a la ventaja militar

definida que, de acuerdo con las circunstancias del momento, se espera obtener de la destrucción total o parcial, captura o neutralización del bien objeto de análisis⁷⁵. No es suficiente que parezca que, potencialmente o de manera indeterminada, dicha destrucción, captura o neutralización pudiera ofrecer una ventaja militar al atacante, sino que es necesario que se espere una *ventaja militar concreta*⁷⁶.

La aplicación de la definición de objetivo militar se complica cuando tiene que ser aplicada a bienes de doble uso como sistemas de comunicaciones, redes de transporte, complejos petroquímicos o ciertos tipos de plantas industriales, que son normalmente utilizados con fines civiles, pero que también pueden ser utilizados para fines militares en el marco de un conflicto armado⁷⁷. Es por ello que el art. 52(3) PA I prevé que «en caso de duda acerca de si un bien que normalmente se dedica a fines civiles, tal como un lugar de culto, una casa u otra vivienda o una escuela, se utiliza para contribuir eficazmente a la acción militar, se presumirá que no se utiliza con tal fin». Esta disposición establece, por tanto, la obligación de presumir que todos los edificios que se dedican normalmente a fines civiles y que se encuentran en las proximidades del frente tienen un carácter civil. De esta manera, solo cuando el atacante esté convencido de que están siendo utilizados por el enemigo para alojar a la tropa o para contribuir de otra manera a su acción militar podrán ser objeto de ataque, para lo cual será necesario que se adopten las medidas de precaución previstas en el art. 57(2) PA I⁷⁸.

Particularmente relevante para nuestro estudio es el hecho de que la definición de objetivo militar recogida en el art. 52 (2) PA I es generalmente considerada hoy como parte del Derecho consuetudinario⁷⁹, a pesar de que algunos autores la han criticado abiertamente por centrarse demasiado en la noción de ventaja militar definida y no prestar la debida atención a las estructuras que permiten mantener el esfuerzo militar de manera duradera, como es el caso de los llamados objetivos económi-

cos, entre los que destacan las industrias de exportación⁸⁰.

Los cultivos ilícitos en apoyo del esfuerzo militar de una de las partes en el conflicto tienen la naturaleza de objetivos económicos. Además, en el caso de los grupos armados organizados que se enfrentan al gobierno de Colombia, el cultivo de la hoja de coca constituye la principal «industria de exportación» con la que sostienen su esfuerzo militar. Sin embargo, esto no los convierte en objetivos militares, puesto que su destrucción, captura o neutralización solo ofrece generalmente una ventaja militar potencial o indeterminada que no cumple con la exigencia de que la misma sea concreta y definida. Como hemos visto, a esto que hay que añadir que, en caso de duda, dichos cultivos deben ser tratados como objetos protegidos.

En consecuencia, a no ser que los terrenos donde se ubican los cultivos ilícitos se utilicen también para otros fines que cumplan con las dos condiciones requeridas para su consideración como objetivos militares, los mismos se encontrarán protegidos contra cualquier ataque de las partes en conflicto y, por lo tanto, cualquier daño ocasionado a los mismos será catalogado como un daño a bienes civiles.

4. ¿PUEDEN LOS DAÑOS A LOS CULTIVOS ILÍCITOS Y/O A QUIENES LOS DESARROLLAN CONSTITUIR DAÑOS CIVILES COLATERALES NO EXCESIVOS EN ATAQUES DIRIGIDOS CONTRA OBJETIVOS MILITARES?

Los cultivos ilícitos y quienes los cultivan son, en principio, personas y bienes protegidos y, por tanto, a no ser que se existan otras actividades que les hagan perder dicha protección, no pueden ser objeto de ataque por las partes en el conflicto. Ahora bien, ¿significa ello que

el DIH prohíbe que puedan verse afectados como consecuencia de ataques dirigidos contra personas u objetos no protegidos que se encuentren en los mismos o en sus inmediaciones?

La respuesta a esta pregunta es negativa. En consecuencia, si miembros de una unidad de combate de las FARC ingresan en uno de estos cultivos ilícitos, pueden ser legítimamente objeto de ataque aéreo, fluvial o terrestre por parte de las fuerzas armadas colombianas, aunque ello acarree daños de envergadura a dichos cultivos. Ahora bien, la extensión de los daños civiles colaterales tiene un límite, y este viene determinado por la regla de proporcionalidad.

Así, según el art. 51 (5)(b) PA I son ataques desproporcionados aquellos «actos de violencia contra el adversario, sean ofensivos o defensivos»⁸¹, que, a pesar de estar específicamente dirigidos contra objetivos militares, se prevé que causarán daños civiles colaterales excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa que se espera obtener de los mismos⁸². De esta manera, los ataques desproporcionados, en cuanto que específicamente dirigidos contra un objetivo militar concreto, son perfectamente distinguibles tanto de los ataques dirigidos contra personas o bienes civiles, como de los ataques indiscriminados entendidos como aquellos que pueden alcanzar indistintamente a objetivos militares y a personas o bienes protegidos⁸³.

La aplicación de la regla de proporcionalidad al caso concreto presenta importantes dificultades⁸⁴. Así, mientras que desde la perspectiva de la ventaja militar anticipada no están claros todos los elementos que han de tenerse en cuenta a la hora de calcularla, en la parte de la ecuación relativa a los daños civiles colaterales surge la cuestión de si deben incluirse en la columna de daños civiles colaterales (i) los denominados daños indirectos, que son aquellos que normalmente solo dejan sentir sus efectos a medio y largo plazo⁸⁵, y (ii) aquellos daños debidos al despliegue ilícito por la parte adversa de soldados, armas, municiones u otro

tipo de material militar⁸⁶. Asimismo, también existe controversia sobre el contexto temporal y espacial que se debe tener en cuenta a la hora de aplicar la regla de proporcionalidad o, dicho de otra manera, si esta debe aplicarse en un nivel táctico en relación con cada incidente de violencia, operacional en relación con el conjunto de un ataque (normalmente compuesto por varios incidentes), o estratégico en relación con los objetivos de la campaña militar en su conjunto⁸⁷. Pero sin duda el mayor problema que presenta la aplicación de la regla de proporcionalidad es la necesidad de comparar las previsiones sobre dos elementos que no tienen prácticamente nada en común (la ventaja militar y los daños civiles colaterales) y de determinar de esta manera la medida en que un superior militar se encuentra obligado a exponer sus propias fuerzas para limitar las bajas o los daños civiles colaterales⁸⁸.

Cuestión decisiva en nuestro análisis es el hecho de que la fumigación aérea con glifosato es una técnica específicamente diseñada para destruir plantaciones ilícitas, y no para destruir o capturar total o parcialmente otro tipo de objetivos militares que puedan encontrarse en los terrenos donde se ubican dichos cultivos. Por lo tanto, el uso de dicha técnica es un indicativo muy importante de que el auténtico objetivo de la fumigación es destruir los cultivos ilícitos como tales, que, como hemos visto, se encuentran protegidos por el DIH. Además, aun cuando se pudiera probar que el uso de este tipo de aspersiones aéreas permite dirigir las mismas contra las personas u objetos no protegidos que se pretende neutralizar, lo cierto es que su irrigación sobre los cultivos ilícitos circundantes y las personas que los cultivan hace que sea previsible la generación de toda una serie de daños civiles colaterales que o bien serían excesivos, o al menos podrían haberse evitado con la utilización de otros medios de combate de mayor precisión. Esta conclusión es reforzada por la inclusión del delito medioambiental en el marco de las infracciones graves de la regla de proporcionalidad recogidas en el art. 8(2) (b) (iv) del Estatuto de la Corte

Penal Internacional, lo que da a entender que los «daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural» deben ser tenidos necesariamente en consideración al valorar el conjunto de daños civiles colaterales provocados por una operación militar.

En consecuencia, solamente si adoptamos un análisis de la regla de proporcionalidad [al nivel] estratégico podría eventualmente llegarse a un resultado distinto. Conforme a este tipo de análisis, el daño colateral previsto y la ventaja militar esperada deben analizarse desde las necesidades estratégicas derivadas de la campaña militar en su conjunto⁸⁹. Por ello, los defensores de esta posición tienden a incluir en la columna de los daños civiles colaterales todos aquellos producidos en cualquiera de las operaciones militares desarrolladas en el marco de una campaña militar o, dependiendo de su duración, incluso de un conflicto armado en su conjunto, y los comparan con la ventaja militar estratégicamente esperada del desarrollo con éxito de dicha campaña militar o conflicto.

Es fácil comprender cómo el volumen de daños civiles colaterales que no son manifiestamente excesivos es mucho mayor si al otro extremo de la regla de proporcionalidad se encuentra la ventaja estratégico-militar esperada de la destrucción del sistema de control, mando y comunicaciones de la parte adversa, o la ventaja político-militar anticipada del cambio de régimen político en la misma. Sin embargo, al mismo tiempo que se incrementa el volumen de daños civiles colaterales aceptados en este tipo de análisis, disminuye el nivel de protección ofrecida por el DIH a las personas y bienes civiles⁹⁰.

Aunque el informe de la Fiscalía sobre la campaña aérea de la OTAN en Kosovo se decantó por un análisis de carácter estratégico, lo cierto es que la jurisprudencia del TIPY ha rechazado mayoritariamente esta posición, puesto que en las sentencias de primera instancia en los casos *Blaskic* y *Strugar* se realizó el análisis de proporcionalidad de tipo operacional⁹¹, mientras que en la sentencia de primera instancia

en el caso Galic se hizo desde el punto de vista táctico⁹². Del mismo modo, la utilización de los adjetivos «concreta» y «directa» para calificar la ventaja militar en el art. 8(2) (b) (iv) del Estatuto de la Corte Penal Internacional, no resulta compatible con la aplicación de la regla de proporcionalidad de carácter estratégico⁹³.

5. CONCLUSIÓN

Los cultivos ilícitos en favor de una de las partes en conflicto no constituyen objetivos militares. Asimismo, su desarrollo no puede considerarse como una función continua de combate ni puede equipararse a una participación directa en las hostilidades. En consecuencia, tanto los propios cultivos como los agricultores que trabajan en ellos se encuentran protegidos por el DIH y no pueden ser objeto de ataque por las partes en el conflicto, a menos que se dediquen a alguna otra actividad que les haga perder su protección.

Cuando exista la duda sobre si las actividades adicionales a que se dedican las tierras donde se encuentran los cultivos ilícitos, o que desarrollan los campesinos que las cultivan, generan una pérdida de la protección ofrecida por el DIH, este impone a la parte atacante la obligación de: (i) tomar las medidas que la situación de combate le permita para cercio-

rarse de que el ataque no se va a dirigir contra personas o bienes protegidos ni va a generar daños colaterales excesivos; y (ii) realizar una determinación honesta de dicha condición sobre la base de la información que dadas las circunstancias se haya podido obtener (en particular, aquella relativa al comportamiento de la persona que se pretende atacar, su ubicación y su vestimenta).

Asimismo, en los casos en que el DIH autorice el recurso a las fumigación aéreas con glifosato para atacar específicamente objetivos militares, la aplicación de la regla de proporcionalidad muestra que no solo es probable que los daños civiles colaterales sean excesivos, sino también que podrían ser evitados mediante el uso de armamento más preciso⁹⁴.

A la luz de lo dicho hasta aquí, se puede concluir que las aspersiones aéreas de cultivos ilícitos con glifosato están prohibidas por el DIH, incluso en el caso de que tales cultivos ilícitos contribuyan a financiar el esfuerzo militar de una o más partes en el conflicto armado en Colombia. Por ello, la suspensión de todas las operaciones de fumigación aérea con glifosato decretada por el Consejo Nacional de Estupefacientes de Colombia el 14 de mayo de 2015, que entrará en vigor el próximo 1 de octubre, constituye una medida muy positiva que era esperada desde que el Comité de Expertos en Herbicidas presentó su primer informe en marzo de 1984.

NOTAS

1. La fumigación aérea de cultivos ilegales con herbicidas no es un asunto reciente. Tales prácticas han sido utilizadas desde la famosa declaración de Richard Nixon del 18 de junio de 1971 que declaró la guerra contra las drogas. La primera fumigación aérea de cultivos ilícitos en las Américas ocurrió en México, donde aproximadamente 936 campos de amapola y 4500 campos de marihuana fueron fumigados entre 1971 y 1972. En 1978 tuvo lugar la primera fumigación aérea de cultivos ilícitos en el área de la Sierra Nevada de Santa Marta. En ese momento se usaba el herbicida *paraquat*. Vid. Del Olmo (1996: 26). Véase también Defensoría del Pueblo de Colombia (2002: 9).

2. Comité de Expertos en Herbicidas (1986).

3. Defensoría del Pueblo de Colombia (2002).

4. *Ibid.*

5. *Ibid.*

6. *Ibid. Vid.*, asimismo, Youngers y Rosen (2004:118).
7. Defensoría del Pueblo de Colombia (2002).
8. *Ibid Vid.*, también, Zarate-Laun (2001).
9. Congreso de los EE UU (2002).
10. Departamento de Estado de los EEUU (2002).
11. Comité de Apropiaciones del Senado de los EEUU (2003).
12. Entre las miles de reclamaciones presentadas entre 2003 y 2004, solo una de ellas había sido aceptada por las autoridades colombianas
13. Comité de Apropiaciones del Senado de los EEUU (2003).
14. Pauker (2003: 669-671).
15. Consejo de Estado de Colombia, Sentencia de 13 de diciembre de 2013, Radicado N° 11001 0324 000 2004 00227 01, Magistrado ponente Guillermo Vargas Ayala, pág. 41. El Consejo de Estado llegó a esta conclusión al constatar que El Instituto Colombiano Agropecuario señaló que los efectos del glifosato en la fauna no eran contundentes, mientras que el Ministerio de la Protección Social lo catalogó como ligeramente Tóxico, posición que riñe ostensiblemente con el concepto de la Defensoría del Pueblo y con el de la Unidad Administrativa Especial para el Sistema de Parques Nacionales Naturales, quienes estiman que los estudios realizados muestran que el uso del glifosato perturba notablemente el medio ambiente y la salud, poniendo en riesgo las áreas de especial protección (Parques Nacionales Naturales) y el bienestar de las poblaciones aledañas a estas. *Vid.* Consejo de Estado de Colombia, Sentencia de 13 de diciembre de 2013, op. cit., pág. 42. Además, a la hora de determinar si existía una medida menos restrictiva que la fumigación aérea con glifosato que permitiera obtener unos efectos similares (en este caso se trataría de la erradicación manual de los cultivos ilícitos), el Consejo de Estado no pudo sino reconocer que en 2013 se carecían todavía de suficientes elementos objetivos que permitieran una comparación entre las consecuencias en la aplicación de ambos tipos de medidas. *Vid.* Consejo de Estado de Colombia, Sentencia de 13 de diciembre de 2013, cit., pág. 50.
16. Corte Constitucional de Colombia, Auto 073 del 27 de marzo de 2014, pág. 118.
17. Organización Mundial de la Salud, Agencia Internacional para la Investigación del Cáncer (IARC) (2015).
18. Consejo nacional de estupefacientes de Colombia, Decisión de 14 de mayo de 2015. Conforme a lo acordado en la misma, y tras el periodo de transición, la suspensión de las fumigaciones se ha hecho efectiva el 1 de octubre de 2015. El Consejo Nacional de Estupefacientes está conformado por los ministros de justicia, salud, defensa, educación, relaciones exteriores; el Fiscal general de la nación, el Procurador general y el director de la Policía nacional. El 23 de septiembre de 2015, días antes de la entrada en vigor de dicha decisión y en el momento de finalización de este artículo, el presidente de Colombia acaba de presentar en rueda de prensa su nuevo plan antidrogas para los próximos años. Según el mismo, de los 1102 municipios que tiene Colombia, 204 tienen cultivos ilícitos de coca. Un 81% de los mismos se encuentran ubicados en los departamentos del Caquetá, Cauca, Meta, Nariño, Putumayo y Norte Santander (zona del Catatumbo). Además, 2/3 de los cultivos ilícitos se encuentran en parques naturales, zonas de reserva natural, resguardos indígenas o territorios colectivos. El plan se centra en la sustitución de cultivos ilícitos por proyectos agrícolas o agropecuarios que se ajusten a las posibilidades de producción que ofrezcan los territorios de que se trate. Para ello se prevén subvenciones y ayudas directas hasta finales de 2016 a los campesinos y las comunidades de Nariño y el Putumayo (los dos departamentos con mayor producción), donde se estima que hay unas 26.000 familias que cultivan actualmente coca. Asimismo, a quienes se mantengan más de cinco años cultivando productos lícitos se les darán títulos de propiedad sobre las tierras para que se conviertan en propietarios. Esto irá unido al establecimiento de una agencia para la creación de comercializadoras rurales, encargada de recoger, distribuir y buscar nuevos mercados para los productos que los campesinos cultiven bajo asesoría especializada. Finalmente, con respecto a los cultivos ilícitos que se dan en los parques naturales, se prevé un plan de reubicación fuera de ellos de los campesinos y comunidades que los desarrollan, a través de programas de vivienda rural, servicios y proyectos agropecuarios. *Vid.* Observatorio de Drogas de Colombia, noticias del mes de septiembre de 2015. [En línea], <<http://www.odc.gov.co/INICIO/Noticias/PID/2976/mcat/2975/ev/1/ArtDateMonth/9-2015>>; *Vid.* también, EL PAIS, «Colombia presenta un nuevo plan anti-droga», Edición digital de 25 de septiembre de 2015. [En línea], <http://internacional.elpais.com/internacional/2015/09/22/actualidad/1442950930_608000.html>.

19. Pauker (2003), Rutledge (2011), Wilhite (2005-2006) y Esposito (2010).
20. Congreso de los EEUU, (2002). *Vid.* también, Comité de Apropiaciones del Senado de los EEUU (2003).
21. Knudsen (2012-2013).
22. Landel (2010-2011).
23. *El espectador*, «Santos reconoce el conflicto armado y Uribe lo controvierte», Edición digital de 4 de mayo de 2015 [En línea], <<http://www.elespectador.com/noticias/politica/santos-reconoce-conflicto-armado-y-uribe-controvierte-articulo-267421>>. *Vid.* también SEMANA, «¿Qué significa el reconocimiento del conflicto por parte del gobierno?», Edición digital de 4 de mayo de 2011, [En línea], <<http://www.semana.com/nacion/articulo/que-significa-reconocimiento-del-conflicto-armado-parte-del-gobierno/239313-3>>.
24. Washington Office of Latin-America (WOLA) (2008). Así, por ejemplo, según el International Crisis Group, sesenta y cinco de las ciento diez unidades operativas de las FARC en 2005 estaban implicadas en cultivos de coca. Además, desde el año 2000, las FARC estaban forzando campesinos del sur de Colombia a plantar cultivos de coca, para lo que les concedían préstamos garantizados con sus futuras cosechas. *Vid.* International Crisis Group (2005: 9 y 12).
25. Knudsen (2012-2013) y Landel (2010-2011). Si, por el contrario, se llega a la conclusión de que la naturaleza y medios utilizados en las mismas, así como la finalidad a la que se dirigen, las configura como acciones de policía desvinculadas del conflicto armado, de manera que el DIH no sea aplicable, esto no significa que las mismas sean internacionalmente lícitas, pues como Pauker (2003), Rutledge (2011) Wilhite (2005-2006) y Esposito (2010) señalan, se encontrarán en todo caso reguladas por el DIDH y el DIP.
26. Corte Internacional de Justicia (CIJ) (2004 y 1996). *Vid.*, también, Doswald-Beck y Vite (1993: 94), y Vinuesa (1998: 69-110).
27. Jinks (2014: 662-674).
28. El DIP también considera crímenes internacionales ciertas violaciones graves del DIDH, aunque no se den de manera sistemática o generalizada, como ocurre con los actos de tortura o desaparición forzada. *Vid.*, a este respecto, la Convención Internacional contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984), y la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (2006).
29. *Vid.* artículos 7 y 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI), 2, 3 y 5 del Estatuto del Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia (TIPY), y 3 y 4 del Estatuto del Tribunal Internacional Penal para Ruanda (TIPR).
30. Doswald-Beck y Vite (1993) y Vinuesa (1998).
31. *Vid. supra* nº 29.
32. Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) (2008: 1004).
33. Artículo 1(1) del Protocolo Adicional II de 1977 a las Convenciones de Ginebra de 1949.
34. Williamson (2009-2010: 464).
35. Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) (2008: 1007).
36. (*Ibid.*: 1006).
37. El CICR distingue entre los «miembros» del grupo (que pierden su protección mientras persista su membresía) y quienes hacen «parte» del grupo (que solo si realizan actividades de participación directa en las hostilidades pierden su protección durante el tiempo que mientras dure dicha actividad). Esta distinción se construye con base a un criterio funcional conforme al cual solo aquellas personas que asumen una función continua de combate en el seno de un grupo armado organizado, se convierten en miembros del mismo. *Vid.* Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) (2008: 1008).
38. (*Ibid.*: 1008).
39. (*Ibid.*: 1021).
40. (*Ibid.*: 1008 y 1021-1022).

41. (*Ibid.*:1021).
42. Landel (2010-2011: 506).
43. Henckaerts y Doswald-Beck (eds.) (2005: 19-24).
44. Sobre la participación de los civiles en las guerras del siglo XXI, *vid.* Schmitt (2010) y Williamson (2009-2010).
45. «Las personas civiles gozarán de la protección que confiere esta Sección, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación» (artículo 51(3) del Protocolo Adicional I). Asimismo, el artículo 13(3) del Protocolo Adicional II señala: «Las personas civiles gozarán de la protección que confiere este Título, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación».
46. Comité Internacional de la Cruz Roja (2009).
47. Comité Internacional de la Cruz Roja (2008). Aunque en el caso *Strugar* existían razones para plantear una noción de participación directa y aplicarla al caso concreto, el Tribunal realizó tan sólo un análisis normativo, sin definir un concepto concreto que pudiese ser aplicado en casos posteriores (TIPY, *Prosecutor vs. Pavle Strugar*, Caso No. IT-01-42-A, Sentencia de Primera Instancia, 17 de julio de 2008, párrafos 173-175).
48. Véanse los manuales militares citados por Henckaerts y Doswald-Beck (eds.) (2005: 22, nº 131).
49. Ver el Manual de la Armada de los Estados Unidos, sección 830 y el Manual de la Armada de Ecuador, sección 822. Ver también el informe sobre la Práctica en las Filipinas (sección 849) al que se refieren Henckaerts y Doswald-Beck (eds.) (2005: 22, nº 133).
50. Como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1999: pág. 53) ha señalado: «La Comisión considera, por lo tanto, que es necesario aclarar la distinción entre participación 'directa' o 'activa' y participación "indirecta" de personas civiles en las hostilidades a fin de identificar aquellas situaciones limitadas en las que no es ilegal atacar personas civiles. En derecho humanitario generalmente se entiende que la frase 'participación directa en las hostilidades' significa actos, que por su naturaleza y propósito, buscan infligir un daño al personal o material enemigo. Tal participación también sugiere una relación causal directa entre la actividad en desarrollo y el daño infligido al enemigo en el tiempo y lugar en que la actividad se lleva a cabo».
51. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1999: pág. 56).
52. Schmitt (2004: 519-520).
53. Este sería el caso de los operadores de misiles, quienes pueden encontrarse a kilómetros de distancia del objetivo militar, pero cuya actividad es crucial para la ejecución de la operación. *Vid.* McDonald (2004).
54. Williamson (2009-2010: 463).
55. La calificación de un acto como participación directa en las hostilidades no requiere, por tanto, la materialización del daño requerido, sino simplemente la *probabilidad objetiva* de que el acto pueda tener como consecuencia dicho umbral de daño. En consecuencia, lo que ha de analizarse es el daño que *razonablemente* se puede esperar que el acto cause en las circunstancias del caso. *Vid.* Comité Internacional de la Cruz Roja (2008:1016-1018).
56. El segundo requisito exigido para afirmar que una determinada actividad constituye una participación directa en las hostilidades, es la existencia de un vínculo causal directo entre el acto de que se trate y el umbral de daño requerido. Según el CICR, es necesario tener en cuenta tres factores para determinar si la relación entre la causa (acto) y el efecto (daño) es lo suficientemente directa: (i) la existencia de una sola secuencia causal; (ii) la integralidad de la operación militar en su conjunto; y (iii) la proximidad o lejanía espacio-temporal del acto a la zona de hostilidades. *Vid.* Comité Internacional de la Cruz Roja (2008: 1019 y 1020).
57. El tercer elemento del concepto de «participación directa en hostilidades» es el nexo beligerante que debe tener la actuación de que se trate. Según el CICR, dicho nexo consiste en que el propósito específico al que debe ir dirigido el acto de la persona protegida es causar directamente el umbral de daño exigido en apoyo de una parte en conflicto y en perjuicio de la otra. En consecuencia, los actos que no estén destinados específicamente a este fin no poseen el nexo beligerante requerido. Según el CICR, esta sería la situación de los daños causados: (i) en legítima defensa propia o de terceros; (ii) en ejercicio del poder o autoridad sobre personas o bienes ubicados en un territorio; (iii) durante el

desarrollo de disturbios de protesta civil; o (iv) en situaciones de violencia entre personas protegidas. *Vid.* Comité Internacional de la Cruz Roja (2008: 1025-1027).

58. *Vid.*, en el mismo sentido, Landel (2010-2011: 506).

59. Comité Internacional de la Cruz Roja (2008: 1035).

60. *Vid.* Melzer (2009-2012: 890).

61. Boothby (2010: 161).

62. «It would seem to the author that, contrary to the ICR's analysis, repeated or persistent direct participation in the hostilities by a civilian is indeed a reliable predictor as to future conduct and that to suggest that such persons are not continuously targetable throughout the period between their persistent or repeated acts renders the law unrealistic» (Boothby, 2010: 162).

63. *Ibid.* *Vid.*, también sobre esta cuestión, Melzer (2009-2012: 890).

64. Boothby (2010: 162).

65. TIPY, *Prosecutor vs. Dario Kordic and Mario Cerkez*, Caso No. IT-95-14/2-A, Sentencia de Apelación, 17 de diciembre de 2014, párrafo 51, en relación con los miembros de la defensa territorial de los distintos pueblos y aldeas de Bosnia Central.

66. Además, de las dificultades observadas en la aplicación del concepto de participación directa en las hostilidades, esta situación es también el resultado de la existencia de una pluralidad de personas que pueden encontrarse en las inmediaciones del frente de batalla empuñando armas legítimamente, y que, sin embargo, no pueden ser objeto de ataque. Entre ellos se encontrarían tanto el personal militar sanitario, religioso y de protección civil (que están autorizados para llevar armas ligeras para su propia defensa o la de las personas bajo su protección) como los miembros de los servicios armados encargados de velar por el orden público que no hayan sido incorporados a las fuerzas armadas de un parte contendiente.

67. Conforme al artículo 57 (2) del Protocolo Adicional I: «Respecto a los ataques, se tomarán las siguientes precauciones: a) quienes preparen o decidan un ataque deberán: i) hacer todo lo que sea factible para verificar que los objetivos que se proyecta atacar no son personas civiles ni bienes de carácter civil, ni gozan de protección especial, sino que se trata de objetivos militares en el sentido del párrafo 2 del artículo 52 y que las disposiciones del presente Protocolo no prohíben atacarlos; ii) tomar todas las precauciones factibles en la elección de los medios y métodos de ataque para evitar o, al menos, reducir todo lo posible el número de muertos y de heridos que pudieran causar incidentalmente entre la población civil, así como los daños a los bienes de carácter civil; iii) abstenerse de decidir un ataque cuando sea de prever que causará incidentalmente muertos o heridos en la población civil, daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista; b) un ataque será suspendido o anulado si se advierte que el objetivo no es militar o que goza de protección especial, o que es de prever que el ataque causará incidentalmente muertos o heridos entre la población civil, daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista; c) se dará aviso con la debida antelación y por medios eficaces de cualquier ataque que pueda afectar a la población civil, salvo que las circunstancias lo impidan».

68. TIPY, *Prosecutor vs. Dragoljub Kunarac et al.*, Caso No. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, Sentencia de Primera Instancia, 22 de febrero de 2001, párrafo 426.

69. Henckaerts y Doswald-Beck (eds.) (2005: 24). *Vid.*, también a este respecto, la sección 830 del Manual de la Armada de los Estados Unidos.

70. La versión en español de esta definición contiene un error de traducción porque al utilizar la conjunción «o» da la impresión que dentro de la misma se incluyen todos los bienes que cumplan con una de las dos condiciones alternativas arriba mencionadas. Sin embargo, cuando se revisan las versiones en inglés y en francés del texto se observa que la conjunción utilizada es «y», de manera que se exige la concurrencia de ambas condiciones para que un bien o infraestructura pueda ser calificado como objetivo militar. El carácter acumulativo de ambas condiciones es también defendido por Sandoz, Swinarski y Zimmerman (coords.) (1987: 635).

71. Rogers (²2004: 64).

72. Gasser (1989: 87).
73. *Vid.*, en este sentido, Kalshoven (1978: 110-112), y Barras y Emann (1982: 262 y ss. y 271).
74. Sandoz, Swinarski y Zimmerman (coords.) (1987: 635).
75. Raunch (1982: 67).
76. Rogers (²2004: 83-84). *Vid.*, también, Sandoz, Swinarski y Zimmerman (coords.) (1987: 633).
77. Landel (2010-2011: 509-510).
78. Sandoz, Swinarski y Zimmerman (coords.) (1987: 638).
79. Henckaerts y Doswald-Beck (eds.) (2005: 30).
80. Parks (1990: 134-145).
81. TIPY, *Prosecutor vs. Dario Kordic and Mario Cerkez*, Caso No. IT-95-14/2-A, Sentencia de Apelación, 17 de diciembre de 2014, párrafo 47, donde se ratifica la definición contenida en el art. 49(2) del Protocolo Adicional I conforme a la cual «se entienden por ‘ataques’ los actos de violencia contra el adversario, sean ofensivos o defensivos».
82. Artículo 51(5) (b) del Protocolo Adicional I.
83. Olasolo (2008: 77).
84. Fiscalía del TIPY (2000: párrafo 48).
85. Olasolo (2007).
86. Por ejemplo, el almacenamiento de municiones en los armarios del comedor de una escuela infantil.
87. Olasolo (2008: 158 y 257).
88. (*Ibid.*: 158).
89. Parks (1982: 2 y ss.). *Vid.*, también, Parks (1990: 174).
90. Esta situación se refleja perfectamente en Fiscalía del TIPY (2000: pág. 54, 55, 77, 78 y 79).
91. TIPY, *Prosecutor vs. Dario Kordic and Mario Cerkez*, Caso No. IT-95-14/2-T, Sentencia de Primera Instancia, 26 de febrero de 2001, párrafos 565-576, 646-649 y 738-753, donde se combina el análisis individualizado de ataques contra localidades como Busovaca en enero de 1993 o contra Stupni Do el 23 de octubre de 1993 con el análisis conjunto de la serie de ataques lanzados por el HVO contra diferentes poblaciones del valle del Lasva (Vitez, Stari Vitez, Donja Veceriska, Ahmici, Nadioci, Pirici y Santici) el 16 de abril de 1993 a las 05.30 h de la mañana y cuyo resultado fue estimado en la muerte de 172 bosnio-musulmanes, la expulsión de otros 5000 (1200 de los cuales permanecieron unos días detenidos) y la destrucción de 420 edificios incluidos dos seminarios musulmanes, tres mezquitas, y dos escuelas.
92. TIPY, *Prosecutor vs. Stanislav Galic*, Caso No. IT-98-29, Sentencia de Primera Instancia, párrafos 582 y 594.
93. Dormann (2002: 171).
94. Si bien no es objeto específico de estudio en el presente artículo, conviene subrayar que la declaración realizada por la Organización Mundial de la Salud en marzo de 2015, en la que se afirma que es muy probable que el glifosato pueda causar cáncer, pone de manifiesto la necesidad urgente de llevar a cabo los estudios científicos necesarios para proporcionar una respuesta definitiva a la cuestión relativa a si la mezcla de glifosato vertida sobre los cultivos ilícitos colombianos puede ser considerada un arma química o biológica. En la actualidad, si bien autores como Knudsen (2012-2013) han afirmado que las fumigaciones aéreas con glifosato constituyen un tipo de armamento que viola la prohibición de uso de armas químicas y biológicas, otros autores como Landel (2010-2011: 500-501) han subrayado, los estudios de los efectos tóxicos de la mezcla química a base de glifosato que se viene vertiendo en los cultivos ilícitos en Colombia durante los últimos treinta años, carecen del carácter integral y sistemático que se necesita para afirmar, con un alto grado de certeza, que tal mezcla viola la prohibición contra el uso de armas químicas y biológicas. *Vid.*, asimismo, Organización Mundial de la Salud (2015). En diciembre de 2013, el Consejo de Estado colombiano resaltó la incertidumbre científica sobre la extensión del daño causado por la mezcla de glifosato vertida en los campos

colombianos. *Vid.* Consejo de Estado de Colombia, Sentencia de 13 de diciembre de 2013, Radicado N° 11001 0324 000 2004 00227 01, magistrado ponente Guillermo Vargas Ayala, págs. 41 y 50.

BIBLIOGRAFÍA

- BARRAS R. y S. EMANN (1982): «Forces Armées et Developpement du Droit de la Guerre», *Military Law and Law of War Review*, 21.
- BOOTHBY, William H. (2010): «Direct Participation in Hostilities: A Discussion of the ICRC Interpretative Guidance», *International Humanitarian Legal Studies*, 1.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1999): *Tercer Informe sobre Derechos Humanos en Colombia*.
- COMITÉ DE APROPIACIONES DEL SENADO DE LOS EEUU (2003): *Consolidated Appropriations Resolution*, Pub. L. n° 108-7, 117 Stat. 11.
- COMITÉ DE EXPERTOS EN HERBICIDAS (1986): *Implicaciones del uso de herbicidas en la erradicación de cultivos ilícitos*, Serie de notas e informes técnicos n° 11, Bogotá: Ministerio de Salud de Colombia.
- COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (CICR) (2008): «Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law», *International Review of the Red Cross*, 90 (872).
- COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (2009):, *Participación directa en las hostilidades: preguntas y respuestas*.
- CONGRESO DE LOS EEUU (2002): *Foreign Operations, Export Financing, and Related Programs Appropriations Act of 2002*. Pub. L. n° 107-115, 115 Stat. 2118.
- CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA (2013): Sentencia de 13 de diciembre, Radicado N° 11001 0324 000 2004 00227 01, Magistrado ponente: Guillermo Vargas Ayala.
- CONSEJO NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES DE COLOMBIA (2015): Decisión de 14 de mayo.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2014): Auto 073 del 27 de marzo.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA (1996): Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory opinion, 8 July, ICJ Reports.
- (2004): Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, 2004, ICJ Reports, 9 July.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE COLOMBIA (2002): *La ejecución de la estrategia de erradicación aérea de los cultivos ilícitos, con químicos, desde una perspectiva constitucional*, Bogotá.
- DEL OLMO, Rosa (1990): «Herbicidas y Derechos Humanos en América Latina», en Palacio, G. (coord.), *La Irrupción del Para-estado*, Bogotá: ILSA-CEREC.
- DEPARTAMENTO DE ESTADO DE LOS EEUU (2002): *Informe sobre cuestiones relativas a la erradicación aérea de cultivos ilícitos de coca en Colombia*, 2 de septiembre.
- DORMANN, Knut (2002): *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Law*, Cambridge: Cambridge University Press.
- DOSWALD-BECK, Louise y Sylvain VITE (1993): «International humanitarian law and human Rights Law», *International Review of the Red Cross*, 293, 94-119.
- ESPOSITO, Robert (2010): «The ICJ and the Future of Transboundary Harm Disputes: A Preliminary Analysis of the Case Concerning Aerial Herbicide Spraying (Ecuador vs. Colombia)», *1 Pace Int'l L. Rev.*, 2, 2-48.
- FISCALIA DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA (2000): *Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia*, 13 de junio.
- GASSER, Hans Peter (1989): «Some Legal Issues Concerning Ratification of the 1977 Geneva Protocols», *Armed Conflict and the New Law*, British Institute of International and Comparative Law.
- HENCKAERTS, Jean Marie y Louise DOSWALD-BECK (eds.) (2005): *Customary International Humanitarian Law*, Vol. 1, Cambridge: Cambridge University Press y Comité Internacional de la Cruz Roja.
- INTERNATIONAL CRISIS GROUP (2005): *War on Drugs in Colombia*.
- JINKS Derek (2014): «International Human Rights Law in Time of Armed Conflict», en A. Clapham y P. Gaeta (eds.), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford: Oxford University Press, 662-674.
- KALSHOVEN, Frits (1978): «Reaffirmation and Development of international humanitarian law applicable in Armed Conflicts: the Conference of Government Experts, 24 May-12 June, 1971», *Netherlands Yearbook of International Law*, 9, 107-171.

- KNUDSEN, Guy (2012-2013): «War is Peace: How language begets power, and helps to skirt International Law in U.S. efforts to eradicate Colombian coca crops?», *6 Crit.* 55, 56-67.
- LANDEL, Morgane (2010-2011): «Are aerial fumigations in the context of the war in Colombia a violation of the rules of International humanitarian law?», *19 Transnat' I L. & Contemp. Probs.* 491. 492-513.
- MCDONALD, A. (2004): *The Challenges to International Humanitarian Law and the Principles of Distinction and Protection from the Increased Participation of Civilians in Hostilities*.
- MELZER, Nils (2009-2012): «Keeping the Balance between Military Necessity and Humanity: A Response to Four Critiques of the ICRC's Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities», *N.Y.U. Journal of International Law and Politics*, 42, 833-916.
- OLASOLO, Héctor (2007): *Ataques contra personas o bienes civiles y ataques desproporcionados en situación de combate*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2008): *Unlawful Attacks in Combat Situations*, Leiden: Brill.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, Agencia Internacional para la Investigación del Cáncer (IARC) (2015): *Evaluation of Five Organophosphate Insecticides and Herbicides*, IARC Monographs, 112.
- PARKS, William Hays (1982): «Rolling Thunder and the Law of War», en *Air University Review*, 22.
- PARKS, William Hays (1990): «Air War and the Law of War», *Air Force Law Review*, Vol. 32, 75-113.
- PAUER, Sheridan (2003): «Spraying First and Asking Questions Later: Congressional Efforts to Mitigate the Harmful Environmental, Health and Economic Impacts of U.S.-Sponsored Coca Fumigation in Colombia», *30 Ecology L. Q.* 661.
- RAUNCH, Emar (1982): «Conduct of Combat and Risks Run by the Civilian Population», *Military Law and Law of War Review*. 21.
- ROGERS, A.V. P. (2004): *Law on the Battlefield*, Manchester: Manchester University Press.
- RUTLEDGE, Jessica (2011): «Wait a Second-Is that Rain or Herbicide? The ICJ's Potential Analysis in *Aerial Herbicide Spraying* and an *Epic* Choice between the Environment and Human Rights», *46 Wake Forest L. Rev.* 1079.
- SANDOZ, Yves, Christophe SWINARSKI y Bruno ZIMMERMAN (coords.) (1987): *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Comité Internacional de la Cruz Roja.
- SCHMITT Michael (2004): «Direct Participation in Hostilities and the 21st Century Armed Conflict», en D. Fleck (ed.), *Crisis Management and Humanitarian Protections*, 505-529
- (2010): «The Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities: A Critical Analysis», *Harvard National Security Journal*, Vol. 1, 5-44.
- TRIBUNAL INTERNACIONAL PENAL PARA LA EX YUGOSLAVIA (2001) *Prosecutor vs. Dragoljub Kunarac et al.*, Caso No. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, Sentencia de Primera Instancia, 22 de febrero.
- (2001): *Prosecutor vs. Dario Kordic and Mario Cerkez*, Caso No. IT-95-14/2-T, Sentencia de Primera Instancia, 26 de febrero.
- (2006): *Prosecutor vs. Stanislav Galic*, Caso No. IT-98-29, Sentencia de Primera Instancia, 30 de noviembre de 2006.
- (2008): *Prosecutor vs. Pavle Strugar*, Caso No. IT-01-42-A, Sentencia de Primera Instancia, 17 de julio.
- (2014): *Prosecutor vs. Dario Kordic and Mario Cerkez*, Caso No. IT-95-14/2-A, Sentencia de Apelación, 17 de diciembre.
- VINUESA, Raúl Emilio (1998): «Interface, Correspondence and Convergence of Human Rights and International Humanitarian Law», *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 1, T.M.C. Asser Press, La Haya, 69-110.
- WASHINGTON OFFICE OF LATIN-AMERICA (WOLA) (2008): *Chemical Reactions, Fumigation: Spreading Coca and Threatening Colombia's Ecological and Cultural Diversity*.
- WILHITE, David (2005-2006): «Chemical taking. Glyphosate and the eradication of due process in Colombia», *6 Sustainable Dev. L. & Pol'y* 42.
- WILLIAMSON Jamie (2009-2010): «Challenges Of Twenty-First Century Conflicts: A Look at Direct Participation in Hostilities», *Duke Journal of Comparative and International Law*, Vol. 20.
- YOUNGERS, Coletta y Eileen ROSEN (2004): *Drugs and Democracy in Latin America. The Impact of US. Policy*, Washington Office on Latin America.
- ZARATE-LAUN, Cecilia (2001): *Introduction To Putumayo-The US assisted war in Colombia*, *Z Magazine*, febrero.