

# EL DERECHO HUMANITARIO MÁS ALLÁ DE LA LEY

*Jorge Giraldo Ramírez*



*A partir de las consideraciones de la Corte Constitucional colombiana (1995) y de la Corte Internacional de Justicia (1996), se explicitan los principios que han guiado el Derecho Internacional Humanitario. En especial, se hace énfasis en la tesis de que las normas humanitarias representan un marco ético mínimo para los conflictos bélicos y que, por lo tanto, van más allá de los tratados, convenios y leyes que existen al respecto.*

---

*Having the considerations made by the Colombian Constitutional Court (1995) and the International Justice Court (1996) as a starting point, the principles which have guided the International Humanitarian Rights will be explicated. The thesis emphasizes on the fact that the humanitarian laws represent a minimal ethical frame for warlike conflicts and due to this fact, they go beyond agreements, laws and arrangements concerning this point.*

El Derecho Internacional Humanitario, también llamado restrictivamente Derecho de Ginebra, hace parte de la legislación internacional que se ha venido construyendo desde el siglo XIX sobre los conflictos armados, sean ellos internacionales o internos.

Este derecho ha tenido como antecedente jurídico inmediato el llamado Derecho de La Haya, que regula la conducción de la guerra especialmente en lo atinente a los métodos y medios utilizados en ella y que se consagró en los convenios de 1899 y 1907, que adoptaron el nombre de esta ciudad holandesa.

El Derecho de Ginebra está constituido por los convenios firmados en 1949 y dos protocolos adicionales en 1977, y tiene por objeto proteger a quienes no participan directamente en las hostilidades.

Ambas ramas, sin embargo, deben considerarse como partes de un solo cuerpo que se podría denominar en términos clásicos con el nombre de *ius in bello* o derecho de la guerra. Swinarski (1984: 15), apelando a una denominación más descriptiva, lo llama “derecho internacional aplicable en situaciones de conflicto armado” (Citado por Martínez. 71).

El mismo autor define el derecho internacional humanitario en los siguientes términos: “Es el cuerpo de normas internacionales, de origen convencional o consuetudinario, específicamente destinado a ser aplicado en los conflictos ar-

mados, internacionales o no internacionales y que limita, por razones humanitarias, el derecho de las Partes en conflicto a elegir libremente los métodos y los medios utilizados en la guerra, o que protege a las personas y los bienes afectados, o que pueden estar afectados por el conflicto”.

Esta legislación fue incorporada a la normatividad colombiana, en términos genéricos, por la Constitución Política de 1991 en el Artículo 214 que se refiere a los Estados de Excepción. Indica en su numeral 2 que “en todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario”. Posteriormente fue aprobada específicamente por la Ley 171 de 1994 (ver anexo) que tuvo exequibilidad constitucional a través del fallo C-225-95 de la Corte Constitucional, con ponencia del magistrado Alejandro Martínez Caballero.

De esta manera se puso fin a un largo debate jurídico en el país acerca del trato que el Estado debía guardar durante la confrontación con los grupos alzados en rebelión armada.

Empero, estas normas continúan siendo ignoradas por la mayor parte de la sociedad que justifica la barbarie en el conflicto armado resguardada en las expresiones de “guerra es guerra” o “en la guerra todo vale”, que nos sitúan 500 años atrás en el proceso civilizatorio de regulación de la guerra y nos dejan en el peor de los hipotéticos estados de naturaleza descritos por los filósofos políticos.

Como si fuera poco, en Colombia hemos vivido la paradoja de que mientras se logran avances muy notables en la perspectiva de afrontar el conflicto interno, expresados en los diálogos de paz que condujeron a la tregua de 1984-85, los acuerdos de paz de 1989, 90 y 93 y la Constitución Política de 1991, la guerra irregular interna adquiere cada vez mayores características de degradación. Baste citar solamente los asaltos de la guerrilla y el Ejército al Palacio de Justicia, en noviembre de 1985, las masacres de trabajadores bananeros de Urabá, cometidas por las FARC y las ACCU en los años noventa o el millón de desplazados que deja el ataque de paramilitares, guerrilleros y Ejército oficial a la población civil.

Esta degradación de la guerra y de los actores que participan en ella, no ha impedido, sin embargo, que proliferen las discusiones leguleyas o las posturas de parte que a menudo intentan justificar hechos en los que se producen pérdidas de vidas humanas o claras violaciones a los usos que la humanidad ha venido perfeccionando para la guerra.

Se justifica así la necesidad de ir más allá de la ley, para exponer los principios bajo los cuales ha venido construyéndose el derecho humanitario y para continuar desarrollando una pedagogía ética y ciudadana alrededor de este tema.

### **Derecho Humanitario en conflictos internos**

En principio, el derecho humanitario se entendía aplicable al ámbito de los conflictos internacionales por ser éstos los más comunes.

El núcleo ético de estas costumbres o normas, a pesar de esta tendencia dominante, no se ha de-

tenido en consideraciones tan formales como ésta. Ya desde hace 500 años Francisco de Vitoria, el padre del derecho de gentes, lo aplicó a la guerra de conquista española en América, en su reflexión titulada "De indis". Bolívar acordó con Pablo Morillo unos parámetros para el desarrollo de la guerra de independencia, a principios del siglo XIX<sup>1</sup>, y Lincoln promulgó el Código Lieber para la orientación de sus tropas en la guerra civil norteamericana, llamada "de Secesión".

El Protocolo II de Ginebra se acordó, aún con estos antecedentes, como un código especial para conflictos armados internos y desarrolló el artículo 3 común a los cuatro convenios de 1949. Hoy podemos afirmar que esta distinción tiende a borrarse y que, de hecho, podemos hablar de un único cuerpo de derecho humanitario.

Sería simplemente una contradicción en los términos mantener una distinción tajante entre lo que se denomina: (a) conflicto internacional, (b) conflicto no internacional o armado interno y (c) disturbios interiores y tensiones internas. Estas diferencias son formales y no tienen utilidad más allá de la pirotecnia jurídica, puesto que en ningún caso los grupos armados, de cualquier tipo, están eximidos de aplicar el derecho humanitario (cfr. Swinarski).

Por tanto, me refiero a este derecho como uno solo.

### **Algunos de los principios humanitarios**

En 1996 (8 de julio) la Corte Internacional de Justicia (CIJ) a raíz de una consulta de las Naciones Unidas sobre la licitud del empleo de las armas nucleares, efectuó uno de sus pronuncia-

<sup>1</sup> Estas normas quizá hayan permitido que algunas batallas de la independencia, como la de Ayacucho, nos parezcan hoy casi duelos caballerescos. Al respecto ver Masur, tomo II, pp 503-532

mientos más claros sobre derecho internacional humanitario y recogió explícitamente algunos de los principios humanitarios que consuetudinaria o convencionalmente han sido consagrados (Ver Doswald-Beck. 1997).

Expongo a continuación algunos de los más relevantes y apropiados para los casos de conflictos armados internos. Ellos son (a) el principio de distinción, (b) el principio de proporcionalidad y (c) la Cláusula de Martens. Las prohibiciones se derivan de los principios.

Es conveniente, en nuestro ámbito, exponer el principio de no intervención que no hace parte del contenido de la opinión de la CIJ.

### *Principio de distinción*

Este “tiene como objeto la protección de la población civil y los bienes civiles” (Doswald-Beck, 40) a partir de efectuar la distinción entre combatientes y no combatientes y otorgándole licitud en el conflicto exclusivamente a los ataques contra objetivos militares.

La población civil se entiende acá, por exclusión, como quienes no participan en las hostilidades. Monseñor Pedro Rubiano Sáenz recordó, en la intervención de la Conferencia Episcopal Colombiana ante la Corte Constitucional, que en las discusiones de los protocolos hubo un proyecto que definía como civiles a los que no pertenecen a grupos armados y planteaba que en caso de duda la persona debería ser considerada como civil<sup>2</sup>.

Esta protección cubre también los bienes civiles, especialmente aquellos que ponen a la población en riesgo de hambre, las obras que pueden des-

encadenar peligros mayores, por ejemplo, represas, o los bienes culturales y religiosos.

Estrictamente son combatientes aquellos que participan directamente en las hostilidades y sólo mientras lo estén haciendo, es decir, que adquieren carácter de no combatientes cuando cesan de hacerlo, se encuentran desarmados o en estado de indefensión. Debe entenderse, por tanto, que en virtud de este principio también ellos están protegidos en las condiciones anotadas y las partes contendientes obligadas, en todo caso, a no involucrar a los civiles en el conflicto armado.

### *Prohibición de armas de efectos indiscriminados*

La CIJ plantea este principio como la prohibición del empleo de armas “que no puedan distinguir objetivos civiles y objetivos militares. Así, pues, la Corte equipara el empleo de armas de efecto indiscriminado con un ataque deliberado contra civiles” (Doswald-Beck, 40).

En este caso se encuentran en nuestro conflicto las minas antipersonales, conocidas aquí como “quiebrapatras”, que son armas que no sólo amenazan a los civiles sino que tienen, de hecho, efectos destructivos posteriores a la finalización del conflicto.

Doswald-Beck sugiere que la mejor manera de interpretar esta prohibición está en la aplicación del principio de distinción. Esto es, que si no es posible asegurar que el arma utilizada se dirija claramente a combatientes y objetivos militares, su uso debe ser considerado ilícito. Tal sería el caso, por ejemplo, de un bombardeo contra un lugar donde se encuentren indiferentemente com-

<sup>2</sup> La circunstancia de la duda debe conducir a la consideración de civil, según el Protocolo I, art. 50.

batientes y civiles. “Esto requiere planificación y un suficiente grado de previsión de los efectos de los ataques que se emprendan” (Doswald-Beck, 40).

Esta interpretación va más allá de las características de las armas, dejando a un lado el implícito absurdo de que sea el arma el que establezca la diferencia entre militares y civiles, y endilga toda la responsabilidad a quienes dirigen la acción bélica.

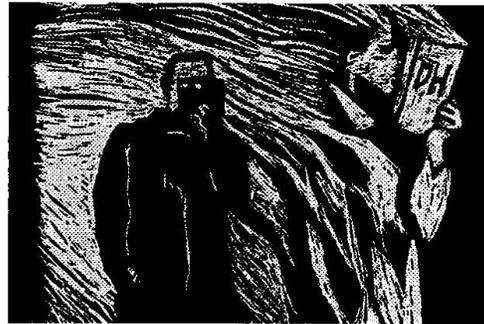
### ***Principio de proporcionalidad***

La proporcionalidad alude a la relación que debe existir entre los daños causados y el logro de los objetivos militares lícitos (McCormack. 1997: 90). Es decir, una vez restringidas las actividades bélicas a objetivos militares se aplicaría este principio.

Por este principio carecen de licitud las acciones bélicas que causan un daño desproporcionado en relación con la ventaja que obtiene el atacante. Este principio podemos leerlo con Carlo Cipolla (1996) en términos económicos: quienes ocasionan un daño mayor que la ganancia que obtienen a cambio, empobrecen la sociedad, afectando su bienestar<sup>3</sup>.

El origen de este principio está en Vitoria, el dominico vasco, quien lo formuló en el sentido de que la acción bélica no puede ocasionar un mal mayor que el que pretende resolver, dándole así a esta valoración una connotación totalmente ética.

Más allá de la evaluación de cada acción concreta, Vitoria quiso relacionarlo con la del conflicto en su conjunto señalando que la justeza de las acciones bélicas debía medirse también de acuerdo a la esperanza de triunfo (Valencia Vi-



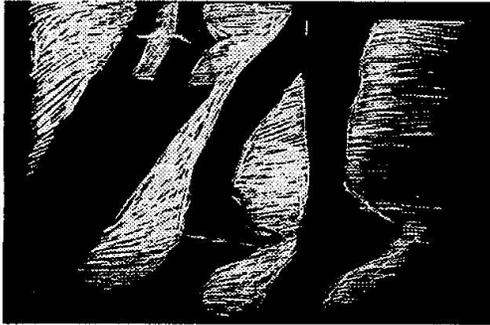
lla. 1993: 51). Así se deslegitimarían los conflictos que, como el nuestro, producen un enorme daño humano y social para terminar, en el mejor de los casos, acudiendo a los mecanismos a los que se debió acudir desde el origen del mismo: la negociación y el arbitraje.

### ***Prohibición de armas que causen males superfluos***

La proporcionalidad da pie a la prohibición de armas que causan sufrimientos innecesarios e incluye el criterio planteado en la Declaración de San Petersburgo de 1868 en el sentido de que “las armas que causan una muerte inevitable son excesivas con relación a las necesidades de la guerra” (Doswald-Beck, 48). O que “causen sufrimientos mayores que los daños inevitables que supone el logro de objetivos militares legítimos” (McNeill. 1997: 120).

Esta aplicación del principio de proporcionalidad al tipo de armamento que se utiliza en la guerra ha estado vinculada, en los conflictos internacionales, a las armas químicas y los venenos. Esta prohibición también abarca las armas que causan “sufrimientos innecesarios” para la consecución de las metas militares.

<sup>3</sup> Cipolla utiliza términos poco económicos para denominar a estas personas. En unos casos los llama malvados y, en otros, estúpidos, según su calificación en una fórmula matemática.



En el caso de los conflictos internos se podría aplicar al uso de explosivos de alto poder, modalidad que aparece vinculada laxamente al concepto de terrorismo y que frecuentemente es utilizada en los asaltos a poblaciones durante los cuales se destruye parte del poblado con el simple objeto de dominar un puesto militar.

#### *Cláusula de Martens*

Este principio se enuncia así: “En los casos no previstos... (por el derecho vigente), las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho de gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública” (McNeill, 121)<sup>4</sup>.

La CIJ convalidó la Cláusula de Martens, ya incluida en los cuatro convenios de La Haya y en los dos protocolos de Ginebra.

Este principio subraya el carácter moderador de la guerra y acentúa la naturaleza ética que tiene el Derecho Internacional Humanitario. Moderador en el sentido en que su objeto es acotar las hostilidades al máximo posible para garantizar los menores daños a las personas y a

las sociedades presentes y futuras al conflicto. Ético por cuanto que los “principios de humanidad” y los “dictados de la conciencia pública” son parámetros morales a los que se debe apelar siempre que ocurran casos no previstos en las disposiciones del derecho internacional.

La Cláusula de Martens implica que lo que no está expresamente prohibido en el derecho internacional humanitario, no significa que esté autorizado. Simplemente se considera un caso no previsto, sujeto a los principios arriba mencionados.

Para la Corte Constitucional colombiana esta cláusula “expresa la misma filosofía” (Martínez, 93) del artículo 94 de la Constitución<sup>5</sup> y significa que todos los convenios del derecho internacional humanitario “que sean compatibles con la naturaleza de los conflictos no internacionales... se entienden automáticamente incorporados al derecho interno colombiano” (Martínez, 92).

#### **Principio de no intervención**

Como tal principio podemos aludir al Artículo 3o del Protocolo II que trata de la soberanía del Estado que enfrenta la situación de conflicto armado interno. El texto plantea que “no podrá invocarse disposición alguna del presente Protocolo con objeto de menoscabar la soberanía de un Estado o la responsabilidad que incumbe al gobierno de mantener o restablecer la ley y el orden en el Estado o de defender la unidad nacional y la integridad territorial del Estado por todos los medios legítimos”.

Esta norma es tradicionalmente la menos comprendida en Colombia. De un lado, algunos la

<sup>4</sup> Citando el Protocolo adicional I de 1977.

<sup>5</sup> “La enunciación de derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”.

han olvidado en su argumentación sobre la impertinencia del Derecho de Ginebra porque supuestamente implicaría reconocerle status de beligerancia a las guerrillas. De otro, algunos la hacen a un lado cuando pretenden que el derecho humanitario inhabilita al Estado para defenderse de sus enemigos.

Esta formulación, que señalo como principio<sup>6</sup>, mantiene intactos al Estado, su derecho y capacidad de defenderse, el monopolio de la coacción y, por tanto, de las armas, y la vigencia del derecho interno. Son simples falacias los alegatos de quienes creen que la capacidad del Estado se disminuye por la aplicación del derecho humanitario o quienes intentan desvirtuar la legítima acción coactiva del Estado frente a los grupos que buscan destruirlo.

#### **Relación con otros derechos**

El derecho humanitario hace parte de lo que se denomina como “derecho internacional público”. A medida que éste se consolida y amplía, el problema de las relaciones entre ambos cobra importancia.

En particular, las relaciones con los derechos humanos -que se han venido juridificando rápidamente desde 1948- han dado lugar a diversas interpretaciones<sup>7</sup>; a su vez la creciente extensión del ámbito de los derechos humanos introduce nuevos problemas al derecho humanitario. Caso particular es el de los derechos de tercera generación, cuyos defensores han pues-

to en cuestión las armas de alta capacidad destructiva y han evidenciado la relación entre ambiente y guerra.

Seguramente, la aparición de un precario sistema internacional supraestatal hará que estos temas se enriquezcan y se juridifiquen en los próximos años, aunque no quizás con la rapidez que podríamos esperar<sup>8</sup>.

#### ***Derechos humanos y derecho humanitario***

La CIJ reafirmó la norma de que los derechos humanos, en la forma positiva en que aparecen consagrados en el derecho internacional, se siguen aplicando en tiempos de guerra. Así mismo, mantiene el ámbito propio del derecho humanitario en cuanto a la conducción de la guerra misma y a la protección de los civiles en los conflictos.

Además, trata de mantener la unidad de los dos derechos cuando, en opinión de Doswald-Beck (54-55) asegura que “por lo menos en el contexto de la conducción de hostilidades, el derecho de los derechos humanos no puede interpretarse de modo distinto que el derecho humanitario”.

La observación es muy valiosa para nuestro caso, porque la distinción entre los derechos humanos y el derecho humanitario a menudo ha conducido a la equivocación de que en medio del conflicto armado sólo es aplicable el segundo. Al respecto recordemos de nuevo el artículo 214 de la Constitución, numeral 2: “No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales”.

<sup>6</sup> Lo reconoce la Corte Constitucional colombiana como coexistencia del derecho humanitario y el derecho interno (Martínez. 83. Para el tema, ver 81-87).

<sup>7</sup> Swinarski tipologiza tres tendencias: integracionista, separatista y complementarista.

<sup>8</sup> Tal es el caso del reciente fracaso (1997) en la suscripción del acuerdo prohibitorio de las minas antipersonales.

También es importante en cuanto que obligaría al respeto de los derechos humanos a los grupos armados que ocupen territorio poblado y ejerzan en él algún tipo parcial o temporal de autoridad. Esta interpretación (Greenwood, 1997: 73) cambiaría sustancialmente la opinión prevaleciente en el país de que jurídicamente la garantía de los derechos humanos y su violación es solamente demandable a los Estados.

En un país como Colombia, los ciudadanos no se encuentran expuestos sólo a la arbitrariedad del poder legítimo sino también a la de otros poderes locales alternos que frecuentemente violan los derechos fundamentales de las personas que habitan sus zonas de influencia.

#### ***Derecho humanitario y derecho del medio ambiente***

La CIJ plantea que en los conflictos armados internacionales las partes contendientes “han de tener en cuenta las cuestiones relativas al medio ambiente al evaluar lo que es necesario y proporcional cuando tratan de alcanzar objetivos militares legítimos” (Doswald-Beck, 55).

La autora que seguimos nos recuerda que sobre esta relación ya se había pronunciado la Asamblea de Naciones Unidas (resoluciones 47/37 de 1992; 48/30 de 1993) y que ya existen manuales con directrices sobre la protección del medio ambiente en conflictos armados terrestres y marinos.

Una de las posibles interpretaciones de esta vinculación entre los dos derechos es la de que el medio ambiente debe considerarse “bien civil” y de que, en consecuencia, debe aplicarse en estos casos el principio de proporcionalidad. Es decir, “que hay que evitar un ataque contra un objetivo militar si las consecuencias para el me-

dio ambiente pesan más que el valor del objetivo militar” (Doswald-Beck, 55).



De nuevo, revisando el caso colombiano, habríamos de examinar los efectos de algunas acciones militares, como el bombardeo indiscriminado en la selva o la voladura de oleoductos, a la luz de esta interpretación.

#### **Conclusión**

El derecho humanitario se ha ido modelando paulatinamente a través de la costumbre y de la *opinio juris* de los Estados. En especial, el derecho aplicable a los conflictos internos se alimenta, desde el siglo XVI, de las normas que se han venido formulando para los conflictos internacionales. Por tanto, los avances logrados en los tratados internacionales y la deliberación entre los Estados, deben enriquecer los contenidos del derecho aplicable a los conflictos internos.

Esta dinámica del derecho humanitario se basa fundamentalmente en su orientación peculiar a la luz de criterios éticos como el “principio de humanidad” y los “dictados de la conciencia pública”. Así, mientras las normas positivas se muestran útiles para los litigios ante las cortes internacionales, pierden fuerza como criterio rector de la opinión de la sociedad frente a las acciones armadas. Esta opinión debe regirse por los postulados éticos referentes a la dignidad de la persona y al bien común.

El derecho humanitario tiene como fin moderar las acciones bélicas reduciendo los actos degradantes y los desbordamientos del objetivo militar, y “su fuerza vinculante proviene de la aceptación y reconocimiento que la comunidad internacional de Estados en su conjunto le ha dado al adherir a esa axiología y al considerar

que no admite norma o práctica en contrario. **No de su eventual codificación como normas de derecho internacional (Martínez, 73)**<sup>9</sup>.

Por estas razones, el derecho humanitario va más allá de los textos jurídicos, así su adopción en la forma de normas convencionales represente en sí misma un progreso para la humanidad.

Aunque el cumplimiento del derecho humanitario se exige a las partes contendientes, por razones obvias debe ser la población civil la más interesada en conocerlo y en desarrollar actividades en procura de su cumplimiento. Estas actividades pueden ser de diverso tipo:

- a) Educativas, que ayuden a consolidar las normas básicas civilizadoras del conflicto.
- b) Políticas, que deslegitimen las acciones violatorias de las normas y los criterios humanitarios.
- c) Legales, que procuren la intervención de los órganos judiciales nacionales e internacionales ante las violaciones del derecho humanitario.
- d) Autogestionarias, como la iniciativa de "neutralidad activa" que busca imponer condiciones humanitarias a los actores armados.

En fin, mientras las partes contendientes pretenden limitar los alcances de las normas humanitarias, la población civil debe desarrollar un criterio extensible y nada complaciente de aplicación de sus principios.

### BIBLIOGRAFÍA

CIPOLLA, Carlo. "Las leyes de la estupidez humana". En *Cuadernos de Economía*, No. 25. Santa Fe de Bogotá: Universidad Nacional, 1996.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. *Constitución Política de Colombia 1991*. Santafé de Bogotá, 1991.

DOSWALD-BECK, Louise. "El derecho internacional humanitario y la Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la licitud de la amenaza o el empleo de armas nucleares". En *Revista Internacional de la Cruz Roja*, No. 139. Ginebra: CICR, Ene-Feb de 1997.

GIRALDO RAMÍREZ, Jorge. "Francisco de Vitoria, una utopía americana". En *Caminos de identidad*, No. 8. Santafé de Bogotá: 1992.

GREENWOOD, Christopher. "Opinión consultiva sobre las armas nucleares y la contribución de la Corte Internacional de Justicia al derecho internacional humanitario". En *Revista Internacional de la Cruz Roja*, No. 139. Ginebra: CICR, Ene-Feb de 1997.

LIEBER, Francis. *Escritos sobre el derecho de la guerra*. Santafé de Bogotá: Defensoría del Pueblo, 1995.

MARTÍNEZ CABALLERO, Alejandro. *Derecho humanitario. Fallo C-225-95*. Corte Constitucional. Medellín: Personería Municipal de Medellín.

MASUR, Gerhard. *Simón Bolívar*. Bogotá: Instituto Colombiano de Cultura, 1980.

McCORMACK, Timothy. "Un non liquet con respecto a las armas nucleares. La Corte Internacional de Justicia 'se planta' ante la aplicabilidad de los principios generales del derecho internacional humanitario". En *Revista Internacional de la Cruz Roja*, No. 139. Ginebra: CICR, Ene-Feb de 1997.

McNEILL, John. "Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia en los casos de armas nucleares". En *Revista Internacional de la Cruz Roja*, No. 139. Ginebra: CICR, Ene-Feb de 1997.

SWINARSKI, Christopher. *Introducción al derecho internacional humanitario*. San José: CICR-IIDH, 1984.

VALENCIA VILLA, Hernando. *La justicia de las armas*. Santafé de Bogotá: TM-IEPRI, 1993.

<sup>9</sup> Citado de la sentencia C-274-92 de la Corte Constitucional, con ponencia de Ciro Angarita Barón. El subrayado es mío.