

PROTECCION A LA POBLACION CIVIL EN LOS CONFLICTOS ARMADOS, REGULARES O IREGULARES

Doctor
RAMON PACHECO SANCHEZ
Profesor de Derecho Internacional Público

Los cuatro Convenios multilaterales de Ginebra de 1949 son, una compilación de normas de los usos y costumbres, del Derecho de gentes o derecho Internacional consuetudinario o lo que llamamos "Derecho Internacional Humanitario", normas que, junto con los convenios de La Haya de 1907 buscan humanizar los conflictos armados, procuran prevenir la barbarie, los excesos, el uso irracional de las armas, los actos irracionales propios de las confrontaciones armadas, la de protección la población civil, a los combatientes, a los enfermos y heridos en combate, los náufragos, los prisioneros de guerra, los retenidos, los bienes público o privados no comprometidos en los conflictos armados. Los Convenios de Ginebra de 1949, se refieren a la humanización de la guerra, los Convenios de la Haya de 1907 son las reglas de como hacer la guerra (*jus in bello* y *jus ad bellum*) dentro de los parámetros de lo que el derecho internacional o de la humanidad puede llamarse lícito.

Se complementaron los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 para mejorar las condiciones en beneficio de los combatientes, los prisioneros, los retenidos, los refugiados, los enfermos y heridos, los náufragos, la población civil, los bienes públicos y los culturales públicos o privados, , esto fue mediante el Protocolo I y el protocolo II de 1977. L. 171 de 1994) Declarado exequible por sentencia SC-225-95 del 18 de mayo. Se depositó el instrumento de ratificación en Berna el 14 de agosto de 1995 y entró a regir para Colombia el 15 de febrero de 1996, a tenor del Art. 23 del Convenio o sea seis meses a partir de la adhesión. Declarado por la Corte

constitucional como parte del "bloque de constitucionalidad" al afirmar

"El bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu."(Sentencia SC-225-95 MP Alejandro Martínez Caballero)

Para el caso del Protocolo I, la Corte Constitucional avocó el conocimiento para establecer su *legalidad material y formal*, basado en el artículo transitorio 58 y el artículo 241-10 de la Carta de 1991, por cuanto estuvo en estudio en el congreso, y este fue suspendido por la Asamblea Nacional Constituyente.

Fue así como el Protocolo I anexo a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 es consagrado por la Corte Constitucional como norma *supraconstitucional*, o norma que prevalece sobre el derecho interno con arreglo al artículo 93 de la Carta en virtud de ser un "*Jus Congens*" (1) esto es, *una norma imperativa de derecho internacional general, que por su naturaleza es nulo todo tratado, que al momento de sus celebración este en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general*

En las conclusiones de la sentencia referenciada le da este valor jerárquico, en uno de sus apartes la sentencia SC-574-92 dice: "**Sexta.** Los valores y principios incluidos en el texto constitucional cumplen la función de asegurar la permanencia y obligatoriedad del contenido material de la Constitución. Aquí se refleja la voluntad constituyente de hacer obligatorio el respeto de principios considerados como universales e inherentes a la persona, cuya obligatoriedad va más

allá de las contingencias propias del ordenamiento jurídico nacional.”

“La referencia a valores y principios constitucionales y supraconstitucionales, se explica como una pretensión enérgica de los constituyentes acerca de la validez material de la Constitución que en opinión de Bachof. ”. implica un orden de valores que ha sido considerado por la Constitución como anterior a ella misma (...).” (Sentencia SC-574-92 Dr. Ciro Angarita Barón)

Creemos, sin lugar a dudas que, este compendio normativo, su análisis y adopción valorativa en nuestro derecho interno que se han venido construyendo ha servido para fortalecer los instrumentos materiales que preservan la protección de los seres humanos

Preámbulo del (II) Convenio de La Haya de 1899 relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre:

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

La famosa Cláusula Martens se basa se debe su nombre a una declaración propuesta por el profesor von Martens, delegado de Rusia en la Conferencia de la Paz de La Haya de 1899 quien añadió la declaración después de que los delegados de la Conferencia de la Paz no lograran ponerse de acuerdo sobre la cuestión del estatuto de las personas civiles que portaban armas contra una fuerza ocupante.

La **cláusula** se basa en —y debe su nombre a— una declaración leída por el profesor von **Martens**, delegado de Rusia en la Conferencia de la Paz de La Haya de 1899 [1]. **Martens** añadió la declaración después de que los delegados de la Conferencia de la Paz no lograran ponerse de acuerdo sobre la cuestión del estatuto de las personas civiles que portaban armas contra una fuerza ocupante.

El Protocolo II no vulnera la soberanía nacional, ni equivale a un reconocimiento de beligerancia de los grupos insurgentes. En la medida en que las partes enfrentadas en un conflicto armado ven limitados los medios legítimos de combate, en función de la protección de la persona humana, esto implica que la soberanía ya no es una atribución absoluta del Estado frente a sus súbditos, ni una relación vertical entre el gobernante y el gobernado, pues las atribuciones estatales se encuentran relativizadas y limitadas por los derechos de las personas. Esto significa que se sustituye la idea clásica de una soberanía estatal sin límites, propia de los regímenes absolutistas, según la cual el príncipe o soberano no está atado por ninguna ley (Principis Legibus solutus est), por una

concepción relativa de la misma, según la cual las atribuciones del gobernante encuentran límites en los derechos de las personas. Pero este cambio de concepción de soberanía en manera alguna vulnera la Carta pues armoniza perfectamente con los principios y valores de la Constitución. En efecto, esta concepción corresponde más a la idea de un Estado social de derecho fundado en la soberanía del pueblo y en la primacía de los derechos inalienables de la persona.

DERECHO A LA PAZ/ORDEN PUBLICO/CONVIVENCIA PACIFICA

Desde una perspectiva constitucional, la paz no debe ser entendida como la ausencia de conflictos sino como la posibilidad de tramitarlos pacíficamente. Ya esta Corporación había señalado que no debe ser la pretensión del Estado social de derecho negar la presencia de los conflictos, ya que éstos son inevitables la vida en sociedad. Lo que sí puede y debe hacer el Estado es "proporcionales cauces institucionales adecuados, ya que la función del régimen constitucional no es suprimir el conflicto -inmanente a la vida en sociedad- sino regularlo, para que sea fuente de riqueza y se desenvuelva de manera pacífica y democrática". Por consiguiente, en relación con los conflictos armados, el primer deber del Estado es prevenir su advenimiento, para lo cual debe establecer mecanismos que permitan que los diversos conflictos sociales tengan espacios sociales e institucionales para su pacífica resolución. En ello consiste, en gran parte, el deber estatal de preservar el orden público y garantizar la convivencia pacífica.

HUMANIZACION DE LA GUERRA

El derecho humanitario en manera alguna legitima la guerra. Lo que busca es garantizar que las partes en contienda adopten las medidas para proteger a la persona humana. Las normas humanitarias, lejos de legitimar la guerra, aparecen como

una proyección de la búsqueda de la paz, que es en el constitucionalismo colombiano un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento, lo cual confiere nuevas bases constitucionales al Protocolo II. Esto obviamente no significa, como bien lo destaca el Ministerio Público, que las normas humanitarias sólo se puedan y deban aplicar en escenarios de una eventual negociación, pues ellas son obligatorias per se para las partes en un conflicto armado. Además, la aplicación del derecho internacional humanitario no menoscaba la responsabilidad del gobierno de mantener o restablecer el orden público, como lo precisa el artículo 3º del Protocolo II.

CLAUSULA MARTENS

El preámbulo incluye también lo que la doctrina internacional ha conocido como la "Cláusula Martens", esto es, el principio según el cual "en los casos no previstos por el derecho vigente, la persona humana queda bajo la salvaguardia de los principios de la humanidad y de las exigencias de la conciencia pública.

La **cláusula** de **Martens** forma parte del derecho de los conflictos armados desde que apareciera, por primera vez, en el Preámbulo del (II) Convenio de La Haya de 1899 relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre:

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

La **cláusula** se basa en —y debe su nombre a— una declaración leída por el profesor von **Martens**, delegado de Rusia en la Conferencia de la Paz de La Haya de

1899 [1]. **Martens** añadió la declaración después de que los delegados de la Conferencia de la Paz no lograran ponerse de acuerdo sobre la cuestión del estatuto de las personas civiles que portaban armas contra una fuerza ocupante. Gran parte de las fuerzas militares pensaba que debían ser consideradas como francotiradores y que eran punibles con la ejecución, mientras que los Estados más pequeños sostenían que debía considerárselas como combatientes legítimos [2]. Aunque, en un principio, la **Cláusula** fue redactada para resolver este problema, aparecen, luego, distintas versiones —si bien similares— en tratados posteriores por los que se regulan los conflictos armados [3].

El juez Shahabuddeen dice que los principios del derecho internacional a los que se hace referencia en la **Cláusula** dimanaban de una o más de tres fuentes distintas: las costumbres establecidas entre las naciones civilizadas (denominadas “usos establecidos” en el art. 1.2 del Protocolo adicional I), las leyes de la humanidad (denominadas “principios de humanidad” en el art. 1.2) y las exigencias de la conciencia pública (denominadas “dictados de la conciencia pública” en el art. 1.2). Parece que, determinando todo el alcance del derecho de los conflictos armados, la **cláusula** de **Martens** permite ir más allá del derecho convencional y de la costumbre para invocar los principios de humanidad y los dictados de la conciencia pública.

Esta interpretación cuenta con el apoyo del Comité de Derecho Internacional, que declara “[la **cláusula** de **Martens**] ... estipula que, incluso en los casos no contemplados por acuerdos internacionales específicos, las personas civiles y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del derecho internacional preconizados por los usos establecidos, los principios de humanidad y los dictados de la conciencia pública” [14].

POBLACION NO COMBATIENTE- Protección/DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO- Obligaciones de las partes en conflicto

La ausencia de una determinada regla específica en el Protocolo II relativa a la protección a la población civil o a la conducción de las hostilidades no significa, en manera alguna, que el Protocolo esté autorizando tales conductas a las partes enfrentadas. En efecto, las normas de otros convenios de derecho internacional humanitario que sean compatibles con la naturaleza de los conflictos no internacionales se deben, en general, considerar aplicables a los mismos, incluso si ellas no aparecen en el Protocolo II, puesto que -se reitera- las normas codificadas en este campo aparecen como una expresión convencional de principios de ius cogens que se entienden automáticamente incorporados al derecho interno colombiano.

Obligaciones de las partes en conflicto

La ausencia de una determinada regla específica en el Protocolo II relativa a la protección a la población civil o a la conducción de las hostilidades no significa, en manera alguna, que el Protocolo esté autorizando tales conductas a las partes enfrentadas. En efecto, las normas de otros convenios de derecho internacional humanitario que sean compatibles con la naturaleza de los conflictos no internacionales se deben, en general, considerar aplicables a los mismos, incluso si ellas no aparecen en el Protocolo II, puesto que -se reitera- las normas codificadas en este campo aparecen como una expresión convencional de principios de ius cogens que se entienden automáticamente incorporados al derecho interno colombiano.

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-Aplicación de normas

La aplicación de tales normas a los conflictos armados internos es aún más evidente, por cuanto la Constitución señala que "en todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario". Además, incluso en aquellos casos en los cuales no exista norma escrita, las víctimas de los conflictos armados no internacionales se encuentran protegidas por los principios de humanidad, según se desprende no sólo de la Cláusula Martens sino del artículo 94 de la Carta, el cual expresa la misma filosofía de esta cláusula pues precisa que "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."

AMNISTIA/DELITO POLITICO

El Protocolo II no está obligando al Estado a conceder obligatoriamente amnistías, ya que la norma establece únicamente que las autoridades "procurarán" conceder este tipo de beneficios penales. Además, este artículo del Protocolo II tampoco ordena al Estado a amnistiar todos los delitos cometidos durante la confrontación armada, puesto que simplemente señala que la amnistía será "lo más amplia posible". Y, finalmente, teniendo en cuenta las consideraciones hechas en el punto anterior, es obvio que esas amnistías se refieren precisamente a los delitos políticos o conexos, puesto que éstos son los que naturalmente derivan de "motivos relacionados con el conflicto". Esto significa entonces que el Estado colombiano se reserva el derecho de definir cuáles son los delitos de connotación política que pueden ser amnistiados, si lo considera necesario, para lograr la reconciliación nacional, una vez cesadas las hostilidades. Es pues una opción política perfectamente compatible con la Carta, puesto que ésta establece que el

Legislador podrá en todo momento "conceder, por mayoría de dos tercios de los miembros de una y otra Cámara y por graves motivos de conveniencia pública, amnistías o indultos generales por delitos políticos" (CP art. 150-17). Además, la posibilidad de que se concedan amnistías o indultos generales para los delitos políticos y por motivos de conveniencia pública es una tradición consolidada del constitucionalismo colombiano, puesto que ella se encuentra en todas nuestras constituciones de la historia republicana, desde la Carta de 1821 hasta la actual Carta.

(Sentencia SC-574-92 Dr. Ciro Angarita Barón)

Primera. La Carta reconoce plenos efectos jurídicos a los tratados y convenios -debidamente ratificados- concernientes a los derechos humanos (art. 93). Esto indica que los constituyentes no ignoraron la existencia de esa amplia y promisoria rama que es el derecho internacional de los derechos humanos, algunas de cuyas características tuvimos ya ocasión de señalar.

Segunda. Asimismo, ella reconoce también plenos efectos jurídicos a las reglas del derecho internacional humanitario, particularmente durante la vigencia de los denominados Estados de Excepción (Art. 214-2). Es claro, pues, que las facultades del gobierno durante tales estados encuentran límites efectivos que operan aún antes de la vigencia de la ley estatutaria a que alude la misma disposición constitucional.

Lo cual significa, ni mas ni menos, que las reglas del derecho internacional humanitario son hoy, -por voluntad expresa del Constituyente-, normas obligatorias per se sin ratificación alguna previa o sin expedición de norma reglamentaria. Y lo son "en todo caso" como lo señala significativamente la propia Carta.

En estas condiciones, no hay duda que el derecho internacional humanitario constituye uno de los más eficaces instrumentos de protección del núcleo común que comparte con los derechos humanos, tal como lo ha señalado la mas autorizada doctrina.

Tercera. Por virtud del texto expreso del artículo 94, bien pueden considerarse incorporados a los derechos y garantías reconocidos por la Carta todos aquellos que sean inherentes a la persona humana. Así se reconoce su identidad universal, la cual

constituye el fundamento ontológico del derecho internacional humanitario en la Constitución vigente.

Cuarta. En diversos pronunciamientos de esta Corte se ha reconocido el alcance que tiene el principio fundamental del respeto de la dignidad humana consagrado en el artículo 1o de la Constitución Nacional de 1991.

No cabe duda que uno de los desarrollos más positivos de este principio lo constituye precisamente - por su naturaleza y fines- el derecho internacional humanitario.

Quinta. El Constituyente de 1991 fue plenamente consciente de la importancia de incorporar el derecho internacional humanitario al acervo jurídico nacional como instrumento de protección de la dignidad humana y reconocimiento de la identidad universal de la persona.

Sexta. Los valores y principios incluidos en el texto constitucional cumplen la función de asegurar la permanencia y obligatoriedad del contenido material de la Constitución. Aquí se refleja la voluntad constituyente de hacer obligatorio el respeto de principios considerados como universales e inherentes a la persona, cuya obligatoriedad va más allá de las contingencias propias del ordenamiento jurídico nacional.

La referencia a valores y principios constitucionales y supraconstitucionales, se explica como una pretensión enérgica de los constituyentes acerca de la validez material de la Constitución que en opinión de Bachof¹:

"implica un orden de valores que ha sido considerado por la Constitución como anterior a ella misma (...)" .

¹ **"Jueces y Constitución"**,
Centro de Estudios
Constitucionales, Madrid, p. 40.