

El protocolo II de los convenios de Ginebra

Yolanda García de Carvajalino*

1. Antecedentes

Ha sido una constante en nuestro país legislar sobre la protección de las víctimas de los conflictos armados. Ya el 26 de septiembre de 1820, se aprobó el «Tratado Regularizador de la Guerra», que contiene normas de carácter humanitario, celebrado entre Simón Bolívar y el general Pablo Morillo. En 1881 en el Código Militar se consagra el Derecho de Gentes o Leyes de la Guerra. En la ley 87 de 1887 y en la Constitución de 1886 se consagran al igual que en el Código Militar de 1931.

En nuestra Constitución Nacional, en el artículo 5o., se establece la supremacía de los derechos inalienables de la persona sobre los demás derechos.

Estos derechos inalienables están a su vez protegidos a nivel internacional por dos sistemas:

1.1. *Derecho internacional de los derechos humanos (DIDH)*

Sus principales fuentes son la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, y los pactos, protocolos y convenciones que la desarrollan y complementan.

1.2. *Derecho internacional humanitario (DIH)*

Lo constituye «...la aplicación esencial mínima e inderogable de los principios consagrados en los textos jurídicos sobre derechos humanos en situación extrema de los conflictos armados», según la Corte Constitucional, sentencia C-574 del 28 de octubre de 1992, cuyo magistrado ponente es el Dr. Ciro Angarita Barón.

El DIH comprende, a su vez, dos subsistemas: el derecho relativo a la conducción de las hostilidades (derecho de La Haya) o derecho de guerra, y el derecho relativo a la protección de las víctimas de la guerra y de la población no combatiente (o derecho de Ginebra).

Estos subsistemas se conocen también como Derecho Internacional de los Conflictos Armados, y sus principales fuentes son los Reglamentos de La Haya, los convenios de Ginebra de 1949 y sus dos protocolos aprobados en 1977.

Las cuatro Convenciones de Ginebra son:

- a. Protección de los heridos y enfermos de los ejércitos en campaña.
- b. Para mejorar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar.
- c. Relativo al trato de prisioneros de guerra.

* Abogada. Especialista en Derecho administrativo y Derecho Internacional. Profesora de Derecho Internacional Público de la División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte.

d. Relativo a la protección de personas civiles en tiempos de guerra.

En todos estos convenios existe un artículo común, el tercero, que consagra un mínimo de protección de los derechos humanos en los conflictos armados internos.

Estos cuatro convenios fueron aprobados por 58 países y se aplica no solo a conflictos internacionales sino a todo conflicto armado. El Congreso Nacional los aprobó mediante la ley 5a. de 1960, y entraron en vigor para Colombia en mayo 8 de 1962; posteriormente, fueron reglamentados internamente por el Código Penal Militar (Decreto 2550 de 1988) en su título VII, «Delitos contra el Derecho Internacional»; el Manual de Campaña del Ejército, en el cual se transcribe el artículo 3o. común, y en nuestra Constitución Nacional de 1991, en el artículo 214.2 cuando dice que: «En todo caso se respetarán las reglas del Derecho Internacional Humanitario.»

A su vez existen dos protocolos:

El primero, se refiere a los conflictos armados internacionales y a la libre determinación de los pueblos. Este protocolo, del cual a diciembre de 1993 formaban parte 129 Estados, fue aprobado por Colombia mediante ley 11 de 1992.

El Protocolo II, base de este escrito, se refiere a los conflictos armados no internacionales, o sea, internos, y fue aprobado en diciembre de 1993 por 119 Estados. Es de anotar que este protocolo fue negado por el Congreso Colombiano en 1977, y presentado por el gobierno Gaviria nuevamente para

su aprobación.

La aceptación de este protocolo ha suscitado intranquilidad en ciertos medios, los cuales consideran que traería como consecuencia el otorgamiento del status de sujetos de derecho internacional público a los grupos guerrilleros que operan en nuestro país; sin embargo, esto no es así, puesto que el protocolo únicamente obliga a acatar las normas humanitarias en los conflictos armados de carácter interno, sin menoscabar la soberanía del país ni darles prerrogativa alguna a los grupos insurgentes.

2. El artículo tercero común de las cuatro convenciones de Ginebra

Antes de entrar al estudio del Protocolo II, se hace necesario estudiar el artículo 3o., que, común a todas las Convenciones de Ginebra, es calificado por la doctrina como una mini-convención por señalar el régimen legal aplicable a los conflictos armados internos.

Este artículo rige para Colombia desde cuando se aprobaron las Convenciones de Ginebra y se expidieron sus reglamentos.

El mencionado artículo 3o. común de Ginebra establece:

«En caso de conflicto armado sin carácter internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes contratantes, cada una de las partes contendientes tendrán la obligación de aplicar, por lo menos, las disposiciones siguientes: ...», y a continuación enumera una serie de medidas humanitarias aplicables en estos con-

flictos como son: la prohibición a la toma de rehenes, los atentados a la dignidad personal, el trato humillante o degradante, condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin juicio previo y sin garantías judiciales; asimismo, ordena recoger y cuidar a los heridos y enfermos, y la protección a la población civil y a los ex-combatientes sin distingos de credo, sexo o raza. Igualmente establece que un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las partes contendientes.

Es de advertir que la aplicabilidad del artículo 3o. no se circunscribe a los casos de guerra civil o de situaciones de insurgencia, sino a cualquier circunstancia en la cual se produzca hostilidad entre fuerzas armadas regulares y grupos armados de oposición.

Como ya se indicó, este artículo está rigiendo para el país, y con la aprobación del Protocolo II esta situación no cambia, puesto que se aplicarán acumulativamente por no tener cláusulas opuestas sino complementarias.

3. Análisis del protocolo II

3.1. *Ambito de aplicación (Título I)*

3.1.1. *Campo de aplicación*

El Protocolo en su artículo 1o. preceptúa que se aplicará en los conflictos internos que:

«...se desarrollen en el Territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de una

mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo.»

De lo anterior se deduce que se da por sentado que los grupos disidentes armados para ser sujetos de la aplicación del Protocolo II deben a su vez aplicar sus normas.

Respecto a que las fuerzas disidentes ejerzan un control sobre parte del Territorio Nacional, fue esto motivo de discusión en el Senado, puesto que algunos senadores exigían que el Gobierno previamente debía declarar qué zonas del territorio patrio estaban en estas condiciones, si bien, finalmente, esta moción no se aprobó, quedando la observación de que no habrá zonas vedadas para las Fuerzas Militares.

También fue aprobada una observación en el sentido de que la aceptación del tratado no implica darles el status de beligerantes a los grupos guerrilleros que actúan en territorio colombiano.

El mismo artículo más adelante agrega: «El presente Protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados.»

De lo anterior, se deduce que existen tres situaciones diferentes: los conflictos internacionales, los conflictos armados internos y los conflictos internos no armados. Se aplica el Protocolo II únicamente al segundo caso, ya que

a los conflictos internacionales está reservado el Protocolo I, y los conflictos internos no armados son materia de la legislación penal de cada Estado.

El cuanto al artículo 3o. común, y tal como lo explica en la exposición de motivos de la ley aprobatoria del Protocolo II, vemos que sólo habla de un «conflicto armado sin carácter internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes contratantes». Acerca de «las partes en conflicto», el Protocolo II precisa y define esta terminología en su artículo 1o., introduciendo circunstancias objetivas que permiten establecer cuándo se está en presencia de un conflicto armado que no tiene carácter internacional, y cuando se está frente a tensiones internas y disturbios interiores, sin alterar los principios enunciados en el artículo 3o. común.

3.1.2. Ambito de aplicación personal

El Protocolo se aplicará sin distinguir de ningún carácter a todas las personas afectadas por un conflicto armado en el sentido del artículo 1o., es decir a nacionales y extranjeros sin discriminación alguna.

3.1.3. No intervención

Aquí se ordena 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 integración territorial del Estado por todos los medios legítimos.» Este artículo es muy importante puesto que aclara que

el hecho de ratificar el Protocolo no implica que el país vea disminuida su soberanía ni su capacidad para combatir legítimamente a los grupos armados disidentes, lo cual se corrobora cuando más adelante se dice en el mismo artículo 3o. que no se podrá invocar disposición legal alguna del Protocolo como justificación para intervenir directa o indirectamente en los asuntos internos del país en cuyo territorio tenga lugar el conflicto.

3.2. Trato humano (Título II)

3.2.1. Garantías fundamentales

En el artículo 4o. se establecen las garantías fundamentales a que tiene derecho toda persona que no participe directamente en las hostilidades, o que haya dejado de participar en ellas, esté o no privada de la libertad, como son: respeto a la vida, integridad, honor, práctica religiosa; se prohíben: el pillaje, la toma de rehenes, los actos de terrorismo, los atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental, la esclavitud y el reclutamiento de menores de 15 años.

3.2.2. Personas privadas de la libertad

Además de los derechos y prohibiciones establecidos en el artículo anterior a las personas privadas de la libertad se les garantiza alimentación, agua potable, salubridad, prácticas religiosas, y enviar y recibir correspondencia, aunque su número podrá ser limitado.

3.2.3. Diligencias penales

Se garantiza el acceso a un juicio justo,

de acuerdo a las normas preexistentes, medios de defensa apropiados, aplicación de la ley más beneficiosa y la presunción de inocencia. Estas mismas garantías están recogidas en nuestra Carta y leyes penales vigentes sobre la materia.

Igualmente preceptúa que «a la cesación de las hostilidades las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto (...)» Nótese que sólo dice «procurarán», no «deberán», por tanto no es una obligación para el Estado en conflicto.

3.3. *Heridos, enfermos y náufragos (Título III)*

En este título se establece el mínimo de protección para los heridos, enfermos y náufragos, incluyendo al personal sanitario y religioso y las unidades y medios de transporte. La mayoría de sus normas están recogidas en las cuatro Convenciones de Ginebra y en nuestra legislación interna.

3.4. *Población civil (Título VI)*

Al igual que en el artículo 3o. común a las cuatro Convenciones de Ginebra, se establecen medidas de protección a la población civil, a los bienes indispensables para la supervivencia de ésta, a las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas como las presas, los diques y las centrales nucleares de energía eléctrica, los bienes culturales y los lugares de culto; se prohíben los desplazamientos forzados a menos que la seguridad de las mismas o razones militares lo exijan, siempre y cuando no se fuerce a las

personas civiles a abandonar su propio territorio por motivos relacionados con el conflicto. Esta última prohibición fue motivo de controversia en el Senado por cuanto el senador Luis Eladio Pérez consideró que el gobierno no se debía reservar la facultad de disponer la desocupación temporal de zonas donde la población civil esté en peligro a juicio del gobierno, asegurando las condiciones favorables a la reubicación ulterior en la misma zona de las personas que hubieren sido evacuadas en razón del conflicto; sin embargo, esta moción no prosperó.

El artículo 18 consagra el papel que podrán jugar los organismos de socorro establecidos en el Estado, como la Cruz Roja, si bien se aprobó en el Senado la prohibición a la intervención de organismos internacionales en el conflicto interno armado en Colombia, lo cual está en contravía con la autorización contenida en el artículo 3o. común que establece que para que un organismo pueda prestar ayuda humanitaria a un país, se necesita de la autorización y consentimiento del país respectivo. Por tanto, esta prohibición debe entenderse únicamente para los casos en que el Estado colombiano no está interesado en que un organismo internacional interfiera en nuestro país sin menoscabo de que cuando lo considere prudente pueda pedir ayuda a estos organismos, tal como lo ha venido haciendo con la Cruz Roja colombiana mediante ley 142 de 1981 y ratificada el 14 de julio del mismo año, además de la aprobación contenida en el artículo 3o. común.

3.5. Otras disposiciones (Capítulo V)

En los artículos 19 a 28 se estipula el *modus operandi* del tratado; es decir, las cláusulas referentes a su perfeccionamiento, entrada en vigor, denuncia, enmienda, etc.

4. Declaraciones anexas al protocolo II

Este Protocolo no fue aprobado por Colombia en 1977 por considerar erróneamente que su reconocimiento le daría *status* de beligerante a la guerrilla. Sin embargo, el gobierno de Gaviria rectificó esta posición al enviarlo al Congreso para su aprobación. Allí el Senado lo aprobó con tres observaciones las cuales son motivo de estudio por parte de la Cámara de Representantes, y que pasamos a analizar:

4.1. La primera, establece que la aprobación del tratado no implica reconocer *status* de beligerantes a los grupos insurgentes que actúan en el territorio colombiano.

Al respecto tenemos que el Protocolo II únicamente contiene normas tendientes a humanizar el conflicto, mas no varía el *status* jurídico de los insurgentes, ni los sustrae del régimen penal interno por los delitos que puedan cometer con ocasión de la contienda. En consecuencia, considero totalmente ineficaz esta observación con el agravante de que tal como lo establece la Comisión Andina de Juristas podría dar lugar a ser utilizada en su beneficio como prenda a negociar por la guerrilla.

4.2. La segunda observación dice que los objetivos militares serán fijados

por el Gobierno Nacional y no por dicho texto, aclarando que no habrá zonas vedadas para las Fuerza Militares.

A primera vista se infiere que la observación es válida; pero, profundizando en el estudio, tenemos que las zonas del territorio patrio que el mismo Protocolo protege son: unidades y medios de transporte sanitario (artículo 11), bienes indispensables para la supervivencia de la población civil como son los alimentos, zonas de producción agrícola, cosecha, ganado, las instalaciones y reservas de agua potable y las obras de riego (artículo 14), las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas a saber: las presas, los diques y las centrales nucleares de energía eléctrica cuando su ataque pueda liberar fuerzas destructoras para la población (artículo 15), los bienes culturales, los monumentos históricos y los lugares de culto (artículo 16).

Del análisis de estas zonas y bienes se infiere que su destrucción iría contra las normas del *ius cogens*, y contra los derechos fundamentales protegidos en nuestra constitución aún en estado de excepción; por consiguiente, una declaración en contra sólo sirve para que a nivel internacional se considere que sistemáticamente estamos destruyendo tales sitios, lo cual reforzaría la creencia generalizada en todo foro internacional de que somos un país violador sistemático de los derechos humanos.

4.3. Aclara que la aprobación del Protocolo II no constituye razón para la intervención de terceros Estados u organismos internacionales en el con-

flicto armado salvo autorización expresa, de acuerdo con el artículo 3o. del tratado. Esta observación sobra, puesto que en el mismo Protocolo se muestra que su aprobación no justifica la intervención directa o indirecta de otros Estados u organismos, y en el artículo 18 se establece que en cuanto a que las organizaciones de socorro como la Cruz Roja «podrán ofrecer sus servicios», es potestativo del Estado aceptar o no esta ayuda, sin necesidad de plasmarlo en una observación inamistosa e inocua.

En esta misma observación se agrega que «el gobierno de Colombia regulará las acciones tendientes a evitar la infiltración de dineros producto del narcotráfico, secuestro, extorsión y boleteo en colectas y cuidados que se lleven a cabo (previa autorización del gobierno) para organizaciones con fines benévolos o por la población civil en favor de los heridos, enfermos y naufragos», haciendo referencia al artículo 18 numeral 1o. y 2o. del Protocolo.

En dicho artículo 18 se preceptúa que en caso de privaciones extremas de la población civil por falta de abastecimientos indispensables para su supervivencia, tales como víveres y suministros sanitarios, se emprenderán **con consentimiento** del Estado interesado, acciones de socorro en favor de la población civil, de carácter exclusivamente humanitario e imparcial. Esta autorización es parte de las actividades lícitas que puede hacer cualquier persona, porque en Colombia los particulares (incluyendo las personas jurídicas privadas y las asociaciones sin ánimo de lucro de la misma índole) pueden hacer aquello

que no esté prohibido por norma alguna, y no habiendo prohibición de prestar socorro al necesitado, se deduce que así no existiese el artículo 18 del Protocolo esta actitud no está prohibida en Colombia, y, en consecuencia, pueden realizarse las colectas, rifas, etc.

En cuanto a que detrás de ellas sea posible infiltrar dinero del narcotráfico, es algo que sólo pertenece a la esfera doméstica, y, por tanto, debe ser objeto de regulación y control interno: no hay necesidad de elevarlo a nivel de declaración anexa a un tratado internacional, que lo único que lograría, sin cumplir con el objetivo de vigilar los fondos aportados, sería ahondar más en la mala imagen que tiene nuestro país.

5. Reservas en tratados internacionales: Efectos

En lo referente a la fuerza obligatoria de una declaración anexa a un tratado, tenemos que, de acuerdo a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, «la 'reserva' es una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él con el objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado.»

A su vez, el artículo 19 de la misma normatividad prohíbe las reservas «que sean incompatibles con el objeto y fin del tratado». Si el objeto y fin del Protocolo II es humanizar los conflictos internos de carácter armado, en especial, proteger la población civil,

una reserva sobre la salvaguardia a los medios de producción agrícola, ganadera, medios de abastecimiento de agua y bienes religiosos y culturales, y protección a las instalaciones contentivas de fuerzas peligrosas, los cuales son todos medios de protección a esta población, haría inoficioso el Tratado, siendo por tanto incompatibles las reservas con el objeto y fin del tratado, y contrariando así el artículo mencionado.

El efecto de la reserva a los tratados internacionales es entre las partes contratantes de éstos, o sea, los Estados partes del Tratado, y no con los grupos armados internos; por consiguiente, a nivel internacional e interno son inconducentes las reservas planteadas.

Por otro lado, para que la reserva tenga efecto se necesita, a las luces del artículo 20 de la Convención de Viena, que sea aceptada al menos por otro Estado contratante, ya sea en forma expresa o tácita, lo cual puede originar discusiones en foros internacionales respecto a la reserva colombiana al Protocolo II, con el daño a nuestro país que esta clase de controversia conlleva.

Por otro lado, existen las «declaraciones interpretativas», que son afirmaciones teóricas de principios, carentes de consecuencias jurídicas determinadas, que no son verdaderas reservas aun cuando pueden necesitar aceptación, las cuales no fueron incluidas en la Convención de Viena.

En conclusión, con las mencionadas reservas Colombia no gana nada: no fortalecemos nuestras Fuerzas Arma-

das, como ya se explicó, ni garantizamos una mejor protección a la población civil, y en cambio sí perdemos imagen ante la comunidad internacional en un momento crítico respecto a las acusaciones que pesan sobre nosotros por violación a los derechos humanos. Asimismo, se les daría herramientas a nuestra guerrilla y a las Organizaciones No Gubernamentales para la Defensa de los Derechos Humanos para seguir aduciendo pruebas de la mala voluntad de Colombia para defenderlos.

Conclusiones

Algunos sostienen que al no haber suscrito las fuerzas disidentes el Protocolo II, éste no la obligaría. Sin embargo, esto sería tanto como considerar que al no suscribir los individuos los convenios sobre no trata de blancas, piratería, publicaciones obscenas, esclavitud, etc., no estarían obligados a aplicarlos. El Estado al comprometerse compromete al pueblo de donde emana su soberanía.

Respecto a la inquietud de que, por aprobarse el Protocolo II, nuestras fuerzas disidentes adquieren calidad de sujetos de derecho humanitario en los términos del mencionado Protocolo II, no da lugar a que varíe su situación jurídica respecto al Estado, ya que continúan siendo sujetos del derecho interno en todos los campos: civil, penal, etc.

Así, por ejemplo, si los sorprenden con las armas en la mano serán delinquentes in fraganti, o sea, no se disminuye la capacidad del Estado para conservar el orden público interno, sino que solamente garantiza a nivel

internacional el trato humanitario del conflicto y el respeto a las leyes de la guerra, que en resumen son el respeto a los derechos humanos con énfasis en los no combatientes.

La otra preocupación es considerar que su aprobación implicaría el reconocimiento como sujeto de derecho internacional público a la guerrilla, al tener status de fuerza beligerante. Tal implicación no corresponde a la realidad puesto que el Protocolo II sólo trae normas de carácter humanitario aplicables a las contiendas armadas internas, sin aplicar reconocimiento de beligerancia alguno.

La figura de la beligerancia no está consagrada en ninguna norma positiva, sino en la doctrina antigua, y digo antigua toda vez que es actualmente una figura en desuso en el plano internacional, que «se puso en práctica por última vez, durante la guerra civil española hace casi 60 años, cuando Hitler y Mussolini, deseosos de intervenir a favor de Franco le reconocieron el 'status' de beligerante al gobierno de Burgos» (Alfonso López Michelsen, «El Tiempo», agosto 28 de 1994, pág. 5A); además, no ha habido ningún caso en el que se dé este status a la guerrilla de un Estado por ratificar el Protocolo II. Cada Estado es libre de reconocer o no el status de beligerante

a los grupos de insurgentes armados que operen en él, y los demás Estados están en la obligación de mantenerse neutrales.

Actualmente, ante estas situaciones pueden intervenir la ONU o la OEA para proteger los derechos humanos y el derecho humanitario de los habitantes de la zona en conflicto, tal como ha ocurrido en Ruanda, en Bosnia y, al momento de redactar este trabajo, posiblemente en Haití.

La conveniencia para nuestro país de aprobar este Protocolo II estriba en el intento de humanizar nuestro conflicto interno; demostrar ante el mundo nuestro respeto por el derecho humanitario, y obligar a las fuerzas disidente a respetarlos también, so pena de ser condenados por la comunidad internacional como violadores de los tratados internacionales y de los derechos humanos.

Del análisis anterior se deduce que la aprobación del Protocolo II, lejos de perjudicar al país, lo beneficia, ya que su objetivo fundamental es humanizar los conflictos armados, y que, por lo tanto, su aprobación no debe ser bajo reserva puesto que en el fondo tal actitud equivaldría a negar el mencionado Protocolo.