

El ex presidente López Michelsen y el Protocolo II de Ginebra

Juan Daniel Jaramillo Ortiz

***E**n una de sus columnas dominicales de EL TIEMPO ("Las últimas escaramuzas", Octubre 16, p. 5A), el ex presidente Alfonso López Michelsen se refiere a las observaciones aprobadas por el Senado de la República al Protocolo II de los Acuerdos de Ginebra. Estas observaciones, que vienen a constituir, en derecho internacional público, materia de reserva a un tratado multilateral, serían, para el ex presidente, un hecho curioso y singular dentro de los procesos de aprobación de dichos Convenios. Y Colombia se convertiría así en el único país del mundo que haya determinado establecer reservas a un tratado multilateral sobre derechos humanos. Con todo el respeto que merece, es preciso manifestar que la versada opinión del señor ex presidente no concuerda, en esta ocasión, con las nuevas realidades que presenta la comunidad de naciones ni con la evolución contemporánea del derecho internacional.*

Las reservas sí son viables

EN OCTUBRE DE 1990, 25 Estados Partes en los Protocolos adicionales del 8 de junio de 1977 a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, habían formulado declaraciones o reservas: Angola, Arabia Saudita, Argelia, Argentina, Austria, Bélgica, Corea

del Sur, República Popular China, Dinamarca, Emiratos Arabes Unidos, España, Finlandia, Islandia, Italia, Liechtenstein, Malta, Nueva Zelanda, Omán, Países Bajos, Qatar, Santa Sede, Siria, Suecia, Suiza y Yugoslavia. Desde 1990, otros gobiernos han

procedido a la adhesión o ratificación y varios lo han hecho con reservas. A diferencia de lo escrito por el ex presidente López Michelsen, la reserva, aquel acto jurídico unilateral por el cual un Estado Parte en un tratado declara que rechaza la aplicación de ciertas disposiciones o que les atribuye determinado sentido, si son admisibles y lícitas en los tratados multilaterales a menos que, según la Convención de Viena "la reserva esté prohibida por el tratado", el tratado especifique que sólo se puede formular cierta clase de reservas, y que cuando la reserva no se menciona expresamente, aparezca como "incompatible con el objeto y el fin tratado", (Art. 19). Si la reserva no está autorizada en el tratado, los demás contratantes podrán oponerse a que el instrumento entre en vigor con dicha reserva respecto a cada uno de ellos, pero el convenio tendrá plena validez en relación con los que no se han opuesto directamente. La Convención de Viena admite el depósito de reservas y la práctica reciente muestra que los Estados que no manifiestan en forma expresa su oposición a ellas las aprueban tácitamente. Sobre este

punto existe acuerdo generalizado entre los tratadistas y doctrinantes¹.

Que jamás se haya visto una reserva sobre un tratado multilateral de derechos humanos, como lo sugiere el ex presidente López Michelsen, es una aseveración inexacta. Un escrutinio estadístico de todas las convenciones multilaterales celebradas entre 1919 y 1971 revela que un 15 por ciento de 1164 instrumentos tuvieron reservas de distinta naturaleza². Y aunque en promedio cada Estado hace sólo una reserva a un tratado multilateral cada diez años, este procedimiento se incrementa dentro de la categoría de tratados multilaterales sobre derechos humanos³. Por ejemplo, la Convención sobre Eliminación de la Discriminación contra la Mujer muestra a la fecha reservas de 44 países, incluyendo varias de carácter sustantivo. Es evidente que el sistema de las reservas permite participar a muchos Estados en convenciones multilaterales. Las condiciones políticas internas de numerosas naciones les impediría de otro modo adherir o ratificar tratados cuyas cláusulas pugnen con usos y prácticas de hondo arraigo. Bélgica, Luxemburgo,

España y el Reino Unido son parte de la Convención sobre Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, con reservas relativas a la prelación que tienen hombres sobre mujeres en la línea de sucesión a la corona. Casi todos los países islámicos han accedido también al tratado con la reserva general de que no los obliga ninguna disposición que riña con la ley Sharia.

Dos países ratificaron la Convención Americana sobre Derechos Humanos con reservas. La Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que, pese a ello, estos Estados deberían ser considerados como partes del tratado a partir de la fecha de su ratificación, así las reservas no hubiesen sido aceptadas por las otras partes contratantes. La Corte enfatizó que los requerimientos de aceptación y reciprocidad no operaban en el caso de un tratado sobre derechos humanos, que debe ser observado "por lo que en realidad es: un instrumento legal multilateral o marco de principios que faculta a los Estados para celebrar compromisos unilaterales de abstenerse de violar los derechos humanos individuales dentro de la jurisdicción"⁴. Desde esta óptica, la reciprocidad pierde relevancia y las reservas deben ser juzgadas como autorizadas por el

tratado, siempre y cuando no sean incompatibles con su objeto y propósito. Los Estados que ratificaron con reservas quedaron así obligados a partir del acto jurídico de la ratificación.

Un caso reciente de reserva a un tratado multilateral sobre derechos humanos se presentó en los Estados Unidos a raíz de la aprobación del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos. El Senado norteamericano aprobó este tratado en abril de 1992 sujeto a 5 reservas, 5 entendimientos, 4 declaraciones y 1 estipulación ("proviso"). Dentro del contexto de los acuerdos bilaterales, una reserva se asemeja estrechamente a una contraoferta formulada por el Estado que la extiende, y la disyuntiva legal resultante es simple: la reserva es aceptada o rechazada por la parte contratante. Como se recordó durante los debates que precedieron a la aprobación del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos en Washington, es en los tratados multilaterales donde las reservas entran a desempeñar un papel de primer orden. A partir de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados, tanto la doctrina como la jurisprudencia han buscado perfeccionar el alcance del concepto de reserva. Existe la convicción cada vez más

1/ M. Scara Vázquez, *Derecho Internacional Público*, Décimocuarta edición actualizada, Editorial Porrúa S.A., México, 1993, p. 211; D. Ruzé, *Droit International Publique*, Décima edición, Editions Dalloz, Paris, 1993, p. 23.

2/ J. Gamble, *Reservations to Multilateral Treaties: A Macroscopic View of State Practice*, American Journal of International Law 74, 1980, pp. 372-379.

3/ L. Henkin, R. C. Pugh, O. Schachter, H. Smit, *International Law-Cases and Materials*, Tercera edición, West Publishing Co., St. Paul, 1994, pp. 456-457.

4/ T. Buergenthal *The Advisory Practice of the Interamerican Human Rights Court*, American Journal of International Law 1, 1985, pp. 20-33.

extendida de que la reserva es admisible mientras no modifique los términos de un tratado sino los efectos legales sobre la parte que la formula. Las convenciones multilaterales que contienen marcos de principios, como las de derechos humanos, dejan abierto un margen flexible para el depósito e interacción de reservas; por el contrario, las convenciones multilaterales de naturaleza "legislativa", como vienen siendo denominadas, donde la reciprocidad integral es uno de los elementos que las constituyen, no pueden admitirlas. Se trata de un cuerpo orgánico de provisiones que vinculan directamente a todas y cada una de las partes contratantes, y una sola reserva desvirtuaría su esencia. Tal es el caso de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, cuyo Artículo 309 prohíbe toda reserva o excepción que no se encuentre expresamente permitida por otros artículos del mismo instrumento.

Los tratados multilaterales de derechos humanos, no restrictivos en materia de reservas, han demostrado a lo largo de los años que, surtido el requisito de compatibilidad entre la reserva y el objeto del tratado, se origina la obligación unilateral de observar determinados derechos indivi-

duales⁵. Los mecanismos de coacción en manos de la comunidad internacional serán operantes en cuanto el Estado se haya comprometido a acogerlos. Conviene anotar que la gran variedad de tratados contemporáneos sobre derechos humanos no debe ocultar el hecho histórico de que, sin instrumentos legales de coacción, muchos Estados han observado en distintas épocas los principios de derecho internacional humanitario. Como lo resalta Heather A. Wilson⁶, la práctica estatal, en el campo, marcha por delante de la codificación del derecho. Aunque los Estados sean reticentes a admitir las garantías de sus contestatarios, originadas en el derecho internacional, el temor a aparecer inhumanos o a estimular la brutalidad contra sus soldados cautivos, los ha inducido a atenerse a ciertas normas de conducta y a regirse por el derecho de gentes. A lo largo de este siglo aparece nítida una tendencia respecto a la humanización de la guerra, que propició, por ejemplo, el ambiente para las Convenciones de París de 1856 y de Ginebra de 1864. Con frecuencia, gobiernos establecidos han permitido visitas de la Cruz Roja a sus detenidos, ayudas a la población civil y el envío de mensajes entre familiares. Incluso,

en numerosas guerras de liberación nacional, generalmente tras un período de represión, el Estado ha dado a sus detenidos tratamientos de prisioneros de guerra, absteniéndose de juzgarlos bajo la ley doméstica y se llegado también al intercambio. Los abundantes episodios sombríos en torno a los derechos humanos suelen prevalecer sobre circunstancias en que el deber moral o la simple conveniencia nacional han inducido a los Estados a preservar,

por lo menos, una mínima observancia de derechos individuales. Análogamente, gobiernos que han formulado reservas a convenciones sobre derechos humanos les han dado en la práctica un alcance más extenso al aprobado. Ejemplos claros son los Estados Unidos, Francia y el Reino Unido. Los compromisos derivados de tratados multilaterales van afinándose paulatinamente a medida que se apunta la conciencia pública sobre su contenido.

El arcaísmo de una clasificación jurídica y la nueva forma del reconocimiento

SIENDO SU OBJETO PRIMORDIAL EL GOBIERNO de las relaciones interestatales, el derecho internacional clásico había estimado fuera de su competencia la violencia ocurrida dentro de un Estado. Sin embargo, en el siglo XIX, empezó a asentarse la creencia de que la comunidad internacional debería hacer reconocimiento de ciertos niveles de enfrentamiento dentro de conflictos entre grupos opuestos a gobiernos establecidos. Este reconocimiento tenía que traducirse en derechos y obligaciones en cabeza de todas las partes envueltas en el conflicto. Se delinearon conceptualmente los estados: **a) rebelión**, en el cual los rebeldes

están sujetos al derecho interno y no gravitan sobre ellos derechos ni obligaciones de naturaleza internacional; **b) insurrección**, en el cual los insurrectos tienen derechos y obligaciones dentro del territorio que ocupan, y **c) beligerancia**, en el cual los beligerantes tienen derechos dentro de sus territorios y, además, derechos en relación con terceros Estados. Sobre estas categorías no hay, empero, un acuerdo. A diferencia de lo sostenido por el expresidente López Michelsen, no únicamente el reconocimiento de terceras partes se ha dado sobre un estado de beligerancia. Si la norma ha sido la no interferencia internacional cuando un Estado enfrenta casos de

5/ D. W. Bowett, *Reservations to Non-Restricted Multilateral Treaties*, British Yearbook of International Law 67, 1876, pp. 88-90.

6/ H. A. Wilson, *International Law and the Use of Force by National Liberation Movements*, Oxford University Press, Oxford, 1988, p. 151.

7/ W. Friedmann, *Intervention, Civil War and the Role of International Law*, Proceedings of the American Society of International Law 59, 1965, pp. 67-75.

rebelión o insurrección⁷, las excepciones parecen haber superado la vieja regla. El recuento de los conflictos civiles en Chipre, Congo, Yemen y Vietnam muestra la intervención de terceros Estados que han ayudado abiertamente a fuerzas rebeldes o insurrectas. Las consideraciones legales no han paralizado las injerencias. La sola demostración de poder militar suficiente y de capacidad para afectar seriamente los intereses económicos extranjeros, por ejemplo mediante la requisición de bienes, ha empujado a terceros Estados a establecer relaciones con los insurrectos, así carezcan de la calidad de beligerantes. La ayuda externa a fuerzas rebeldes —no beligerantes— se ha evidenciado así mismo en épocas recientes.

El reconocimiento de beligerancia no se ha presentado desde la Segunda Guerra Mundial. Ni siquiera en la guerra civil española, como lo afirmaba equivocadamente el ex presidente López Michelsen. Los insurrectos no recibieron nunca durante este conflicto el reconocimiento de estado de beligerancia. La añeja división tripartita entre beligerancia, insurrección y rebeldía ha sido liquidada por desarrollos nuevos. Los autores de la constancia presentada en el Senado de Colombia no tenían motivo alguno, como hubiera deseado el ex presidente López Michelsen, para apoyarse en una distinción caduca y artificial. Asumiendo un estado de beligerancia, ha sido práctica de

muchos Estados ignorar el requerimiento de la neutralidad y han continuado el suministro de armas, inclusive en guerras civiles de alta intensidad. El derecho internacional clásico favorecía la legitimidad sobre la revolución, pero esta propensión ha cambiado. La intervención de terceros Estados, en múltiples formas, es tan usual que ha devenido en regla general. Antes del Protocolo II de 1977, se suscribió en 1928 la Convención de La Habana sobre Derechos y Deberes de los Estados en Contienda Civil, uno de los pocos esfuerzos, antes de la Convención de Ginebra de este siglo, por codificar las leyes de la guerra civil. La Convención de La Habana, poco recordada en nuestros días, contenía severos principios anti-intervencionistas en el evento de conflictos internos. Y aún así hubo intervención.

El reconocimiento formal de beligerancia ha sido sustituido por relaciones de carácter pragmático entre terceros Estados, con intereses habitualmente económicos, y movimientos de liberación nacional cuyo poderío financiero y militar los impacta de manera adversa. Esta relación no implica aceptación de los principios políticos que animan al movimiento. Es más un *modus vivendi* que fortalece simultáneamente la posición de la fuerza insurgente y permite el desenvolvimiento de los intereses extranjeros. Esta mutación, subterránea pero patente, de los usos internacionales, señala los

nuevos senderos del intervencionismo práctico. La tendencia, reforzada en los últimos años, ha creado, para Heather A. Wilson⁸ un reconocimiento atípico de fuerzas insurgentes, en una modificación indiscutible de las relaciones internacionales, no siempre percibida por los gobiernos establecidos. El entendimiento directo con el movimiento de liberación nacional le otorga, de hecho, una personería jurídica plenamente válida en la esfera internacional. Es, ni más ni menos, un nuevo *status* en derecho internacional público. Los movimientos de liberación nacional buscan hoy, no el reconocimiento inocuo de beligerancia, sino el reconocimiento efectivo de gobierno provisional, así no medie, como pudiera pensarse, el elemento de control territorial. La creación del Gobierno Provisional de la República de Argelia en 1958, la declaración de independencia del Estado de Guinea-Bissau en 1973 y el creciente reconocimiento del Frente Polisario como gobierno legítimo (República Árabe Saharaui Democrática, proclamada en 1976), frente a las autoridades de Rabat, ilustran bien esta tendencia. Ninguno de estos gobiernos provisionales cumplía inicialmente los requisitos para conformar un Estado.

Desde 1969 se ha asentado la

tendencia paralela a reconocer a los movimientos de liberación como representantes legítimos de grupos humanos, incluyéndolos como observadores, miembros asociados y miembros de organizaciones internacionales. Vale recordar que 12 de estos movimientos fueron invitados a la Conferencia Diplomática convocada por el gobierno suizo, en 1974, para estudiar los proyectos de Protocolo a los Convenios de Ginebra de 1949, preparados por el Comité Internacional de la Cruz Roja. El objeto de los Protocolos de 1977 es, como se estipula en su preámbulo, "reafirmar y desarrollar las provisiones que protegen a las víctimas de conflictos armados"; no la legitimación o autorización de actos de agresión o cualquier uso de fuerza inconsistente con la Carta de las Naciones Unidas. Pero no podría omitirse que artículos tales como el 1(4) del Protocolo I, al incluir conflictos en los que grupos armados luchan contra la dominación colonial, la ocupación extranjera y los regímenes racistas, entregaron a movimientos de liberación nacional y fuerzas insurgentes un argumento eficiente de legitimidad. La inclusión de las guerras de liberación nacional en el Protocolo I es una afirmación implícita de la aceptabilidad del uso de la fuerza por parte de los

8/ H. A. Wilson, op. cit., p. 105.

insurgentes. En abono a ello, algunos Estados han llegado a reclamar que dicho uso de la fuerza se asimila legalmente al Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas sobre derecho a la legítima defensa. Las guerras de liberación nacional no son hoy conflictos en

La aplicación del derecho internacional humanitario

EL OBJETIVO DE APLICAR EL DERECHO INTERNACIONAL humanitario a conflictos domésticos tiene como factor el hecho de considerar a las fuerzas insurgentes como entidades distintas a los gobiernos establecidos. Asegurar que las cuestiones de legitimidad y personalidad jurídica internacional no han entrado al escenario, con ocasión de los protocolos a las Convenciones de Ginebra, es un error de apreciación. El cambio en la composición y naturaleza de la sociedad internacional durante los últimos 45 años no puede ser soslayado. El número de Estados se ha multiplicado por 3. El anticolonialismo o la autodeterminación de las etnias no son ahora los pretextos recurrentes para estructurar fuerzas de insurgencia, que se fermentan hoy sobre una mirada de móviles. Los movimientos de liberación buscan exhibir y demostrar una capacidad militar y financiera porque ella forja finalmente su *status* internacional. Ser prisionero de guerra, bajo los preceptos del

que el derecho internacional anteponga a los gobiernos establecidos para promover el orden y el *statu quo*. Hay el asentamiento de que debe condenarse el uso de la fuerza contra estos movimientos.

derecho internacional humanitario, y no criminal común, es condición que franquea expeditamente el acceso a muchas instancias internacionales. Colombia no podría cerrar sus ojos ante esta verdad contundente.

Si la guerra colombiana no se ha atenido a principios milenarios del derecho de gentes y muestra un historial voluminoso de delitos de lesa humanidad, cabe preguntarse por qué busca la aprobación del Protocolo II. El respeto de ciertos derechos individuales básicos, como lo prueba el repaso de decenas de contiendas, no se ha originado siempre en la suscripción de tratados multilaterales de derechos humanos. Cuando el Presidente César Gaviria Trujillo quiso tranquilizar a la opinión pública con la aserción de que la ratificación del Protocolo II no implicaba el reconocimiento de estado de beligerancia a la guerrilla, desdeño inopinadamente las transformaciones radicales ocurridas en la sociedad internacional contemporánea y las nuevas directrices del derecho

internacional. Por otro lado, pretender que, a propósito de la aprobación del Protocolo II, el ejército colombiano no desaparezca personas o practique torturas, equivale a negar el valor institucional de la justicia penal militar y a lanzar otra causa de desmoralización dentro de las filas castrenses. Si se han encontrado vastos obstáculos para imponer remedios internos, que urge concretar, pensar ahora que un documento internacional lo va a lograr, careciendo de mecanismos coercitivos, es encerrarse en un peligroso sofisma de distracción. Las soluciones tienen que ser ideadas e implantadas por las propias autoridades legítimas. Este es el cumplimiento ineludible de su obligación constitucional. El Protocolo II dispone protección a las víctimas de enfrentamientos armados y aquí estriba la justificación exclusiva para su aprobación.

Los actos terroristas y la guerra irrestricta no han impedido a los movimientos de liberación nacional continuar la ruta ascendente hacia la plena consolidación de su *status* internacional, con o sin disuasivos legales multilaterales. Por el contrario, las técnicas de presión guerrillera han coadyuvado su posición. Los sucesivos *modus vivendi* entre guerrilla e intereses foráneos —no extraños a Colombia— son ejemplo de

fructíferas actividades terroristas que robustecen la posición militar y financiera de la subversión, permitiéndole cristalizar su *status* internacional. Henry Kissinger, en su última obra, y Gidon Gottlieb⁹ coinciden en señalar que un nuevo orden mundial todavía en gestación muestra ya, no obstante, rasgos palpables. Uno de estos, la erosión de la intangibilidad del concepto de Estado salido de la Paz de Westfalia de 1648, que inspiró con rigidez los sucesivos órdenes internacionales hasta el fin de la guerra fría. El orden mundial que agoniza en estos momentos estuvo circunscrito a Estados territoriales, que poco a poco abren paso a comunidades nacionales imperfectas, presuntas titulares del derecho a la autodeterminación, cuyo reto principal es la confirmación de la calidad de Estado ante una sociedad internacional no dispuesta a discriminar. Ni las insuficiencias de control territorial ni la dureza de los atentados ni la dispersión de sus grupos armados se tornan en impedimentos. Las inflexibles concepciones de soberanía e integridad territorial, que habían imperado durante más de tres siglos, se encogen con celeridad de cara a un reordenamiento de la comunidades ya en curso, tanto en el ámbito diplomático como en el constitucional. Los jefes de la subversión

9/ H. Kissinger, *Diplomacy*. Simon & Schuster, New York, 1994; G. Gottlieb, *Nations without State*, *Foreign Affairs* 73, Mayo/Junio 1994, pp. 100-112.

colombiana parecen ser conscientes de esta realidad y marchan a la vanguardia intelectual de algunos sectores de la dirigencia nacional, anclados todavía en perspectivas vetustas de las relaciones internacionales, en una posición ligera que puede resquebrajar en forma irreversible los cimientos de la institucionalidad. La ratificación del Protocolo II sin reservas sería una victoria estratégica de la guerrilla, con predecibles consecuencias, como lo intuyen algunos bajo el calificativo inadecuado de desinformados y retardatarios.

El derecho internacional humanitario se aplica, a partir de los protocolos de Ginebra, a cinco situaciones diferentes, a saber¹⁰: a) conflictos armados internacionales de carácter tradicional, b) conflictos cubiertos por el Artículo 1(4) del Protocolo I, donde la autoridad que representa a una fuerza determinada hace la declaración explícita de intención de aplicar las Convenciones y los Protocolos, c) conflictos descritos en el Protocolo II entre un Estado y grupos armados organizados que, bajo comando responsable, ejercen tal control sobre parte del territorio, que los habilita para llevar a cabo operaciones militares sostenidas y concertadas, e implementar el Protocolo con sus dispositivos de protección, d) conflictos descritos en las Convenciones de 1949, y

e) disturbios de carácter doméstico, regulados por derecho interno que incorpora en sus ordenamientos la protección de los derechos humanos básicos. El Congreso de Colombia debe precisar cuidadosamente las situaciones a las cuales se aplicará el Protocolo II, evaluando las particularidades de nuestro caso. Hacerlo está dentro de su potestad constitucional. Por medio de reservas, declaraciones, entendimiento o estipulaciones, completamente normales y admisibles dentro de la teoría y la práctica del derecho internacional público. No puede tampoco la guerrilla arrogarse el derecho de vetar reservas, lo que entrañaría una grave violación de la autonomía del poder legislativo. Tanto el ministro de Gobierno como el Alto Comisionado para la Paz deben garantizar públicamente al país que ello no ha ocurrido dentro de las negociaciones secretas que se desarrollan.

Es incuestionable la voluntad legislativa en el sentido de salvaguardar el espíritu del derecho internacional humanitario, no permitiendo que la aprobación sin precisiones se convierta en un peldaño más en la labor política de las fuerzas subversivas. No se entendería que los legisladores colombianos se vieran constreñidos para interpretar, según las altas conveniencias nacionales, un

tratado internacional y no pudieran enfatizar sus aspectos puramente humanitarios. Si, vigente el Protocolo II con sus correspondientes reservas y aclaraciones, los movimientos guerrilleros acatan de manera estricta sus cláusulas y se atienen tanto a la ley colombiana como a la internacional —y, por fin, al derecho de gentes—, se

habrá dado un paso adelante en la obtención de la paz, y probablemente esté cercano el día en que las Convenciones de Ginebra y sus adiciones formen parte de tantos instrumentos multilaterales suscritos por Colombia cuya razón de existir ha sido superada por los hechos.☺

10/ T. Buergenthal, *op. cit.*