

**DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y EL INDIVIDUO:  
ENTRE LA GUERRA Y LA PAZ**

**ESTEBAN MEJÍA ARANGO**

**200210063084**

**MONOGRAFÍA PARA OPTAR AL TÍTULO DE ABOGADO**

**UNIVERSIDAD EAFIT  
ESCUELA DE DERECHO  
MEDELLÍN**

**2007**

## ÍNDICE

	<b>Página</b>
INTRODUCCIÓN.....	4
1. LA EVOLUCIÓN DEL USO DE LA FUERZA EN EL ORDEN POLÍTICO INTERNACIONAL .....	10
1.1 Delimitación Histórica del Uso de la Fuerza a Nivel Internacional.....	11
1.2 El Cambio del Uso de la Fuerza en el Paso de la Modernidad al Orden Político Contemporáneo.....	14
1.3 Contradicción entre el Derecho Internacional Público y el Orden Político Internacional.....	17
2. EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO COMO ORDEN JURÍDICO ATÍPICO.....	20
2.1 El Carácter Jurídico del Derecho Internacional Público.....	20
2.2 El Carácter Internacional del Derecho Internacional Público.....	24
2.3 El Carácter Público del Derecho Internacional Público.....	27
3. EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y EL USO DE LA FUERZA –EL IUS AD BELLUM Y EL IUS IN BELLO–.....	30
3.1 Ius Ad Bellum (El Derecho a la Guerra).....	31
3.2 Ius in Bello (Derecho de la Guerra o Derecho Internacional Humanitario).....	42
3.3 Relación Entre El Ius Ad Bellum Y El Ius In Bello.....	51

4. DERECHOS HUMANOS.....	56
4.1 Preocupación Internacional por los Derechos Humanos.....	56
4.2 Desarrollo Histórico de los Derechos Humanos.....	61
4.3 Tribunales Internacionales Encargados de Proteger los Derechos Humanos.....	66
5. DERECHO INTERNACIONAL PENAL.....	69
5.1 Conceptualización del Derecho Internacional Penal.....	69
5.2 Historia del Derecho Internacional Penal.....	73
5.3 Tribunales Penales Internacionales.....	75
6. CONCLUSIONES.....	79
BIBLIOGRAFÍA.....	89

## INTRODUCCIÓN

El orden político internacional, en su proceso de evolución histórica, ha presentado siempre, como una constante de principio, un intencional orden regulador, no sólo en términos de poder sino en relación con unos supuestos constantes de legitimidad y de legalidad de las distintas temporalidades históricas. Es en este proceso, y en correspondencia con nuestro objeto de estudio, en donde se va gestando de manera regular y sistemática esta correlación histórica entre orden político internacional y su regulación jurídico-legal.

Es pues en el orden moderno, gestado por la paz de Westfalia de 1648, cuando se establecen los principios universales de la unidad Estatal moderna, de su juridicidad interna a través del principio soberano y consecuentemente un primer régimen sistémico de orden internacional con su propia legalidad y reconocimiento. El Derecho Internacional Público moderno, reconociendo la primacía del Estado dentro del orden mundial al preocuparse por éste como sujeto central de sus áreas de desarrollo, es el régimen encargado de adoptar estos procesos políticos, generando así una íntima relación entre los aspectos jurídicos y políticos de la comunidad internacional.

Esa relación consiste entonces en la función de representación que el Derecho Internacional Público tiene del orden político internacional; representación que ha

evolucionado con la misma historia de la modernidad política, y en términos contemporáneos expresa, entre otras cosas, una contradicción. Dicha contradicción se materializa en la coexistencia, por un lado, de un despliegue instrumental cada vez mayor que vela por la defensa de la paz y la seguridad de la comunidad internacional, dentro de los conflictos propios del orden contemporáneo y por otro lado, de profundas rupturas que expresan el dominio de la fuerza y las acciones violentas alrededor del planeta.

En otras palabras, el proyecto de la modernidad, en relación con nuestro objeto de estudio, consiste precisamente en reconocer el valor pacificador y regulador del Derecho Internacional Público pero al mismo tiempo, y de manera contradictoria, desde el punto de vista histórico, se evidencia un crecimiento en la violencia y la violación de los derechos establecidos por esta disciplina. Es precisamente en esa relación contradictoria en donde, hipotéticamente para nuestro efecto, se da un proceso tendencial donde el Derecho Internacional Público poco a poco se ha ido convirtiendo en un elemento estratégico a reivindicar. La reivindicación es legal, política y esencialmente ética, pues el surgimiento del nuevo entorno no podría significar el abandono de las pretensiones de paz y seguridad mundial que posee esta disciplina.

Se trata entonces de un entorno de evolución histórica moderna, en donde la guerra y la paz constituyen la dualidad propia, no sólo del mismo proceso evolutivo, sino del debate histórico-material y teórico-jurídico respecto a la búsqueda de un ideal equilibrio civilizatorio del orden moderno, definido en

términos de los logros de una ideal sociedad encuadrada en el ámbito de la paz. De esta manera, el orden legal, ideado originalmente como un instrumento de paz, poco a poco ha ido adquiriendo la categoría de un valor ya no en si mismo como un fin, sino como un ideal necesario de reivindicar política y éticamente.

Es precisamente dentro de este proceso de guerra y paz, que en el orden político contemporáneo han surgido nuevas formas de conflictos armados que el Derecho Internacional Público debe considerar para poder reivindicar su papel pacificador y regulador. Paloma García Picazo, en su libro *¿Qué es esa Cosa Llamada Relaciones Internacionales?* nos explica que “pese a la euforia que las organizaciones internacionales y los principios innovadores del Derecho Internacional han infundido en la sociedad internacional y frente a la indiferencia que el Derecho Humanitario produce en tiempos de paz (o mejor, de entreguerras) los conflictos armados se han multiplicado. Pero ya no tienen la forma clásica y habitual de la guerra entre Estados; las guerras internacionales se manifiestan en simultáneas y sustitutorias guerras civiles a las que se han encontrado una denominación dramática y más expresiva de la dinámica y condiciones materiales en que se desarrollan estos conflictos armados internos contemporáneos.”<sup>3</sup>

Intentamos pues en este trabajo, demostrar cómo la reivindicación del papel regulador y pacificador del Derecho Internacional Público dentro de esa nueva realidad de la comunidad internacional en el mundo contemporáneo, ha de

---

<sup>3</sup> GARCÍA Picazo, Paloma. *¿Qué es esa Cosa Llamada Relaciones Internacionales?* Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2000. Pg 212.

integrar la preocupación por la reivindicación de los derechos del individuo a nivel internacional. Esta preocupación es de una importancia trascendental en un orden político cada vez más orientado a evitar confrontaciones Estatales, pero a la vez más propenso a la creación de conflictos irregulares que tienen consecuencias devastadoras para la integridad de los individuos.

Se trata además aquí, de ubicar y valorar la tendencia a la protección del individuo dentro de las ramas del Derecho Internacional Público que tocan directamente e indirectamente con el conflicto armado y el uso de la fuerza, con la intención de proponer, si es posible, algunas soluciones desde esta disciplina a casos como el colombiano. Debe resaltarse que durante años estos tipos de conflicto han ocasionado enormes males a grandes grupos de individuos, pero al no estar situados éstos dentro de un marco de un conflicto interestatal, han sido ignorados en gran medida por el Derecho Internacional. Así lo da a entender Paloma García Picazo cuando, hablando del papel del individuo en el Derecho Internacional, afirma que “los textos legales y los órganos políticos afirman que el individuo, como tal, no tiene existencia propia en la sociedad internacional, formada por otros sujetos jurídicos (Estados, organizaciones internacionales) y otros actores y factores (...).”<sup>4</sup>

Sobre todo lo anterior queremos plantear de manera definitiva nuestra hipótesis central: “el proceso histórico de la modernidad concreta una relación constante

---

<sup>4</sup> *Ibidem.* Pg 56.

entre la evolución e interacción política de los Estados que hacen parte del sistema internacional y un orden jurídico expresado en los principios del Derecho Internacional Público que se reconoce como regulador de esas relaciones y garante de la paz. Sin embargo en el proceso de transición de la modernidad hacia la contemporaneidad, esta disciplina ha ido perdiendo su valor como principio reconocido en si mismo, lo cual ha transformado la relación de lo político y lo jurídico al convertir el Derecho Internacional en un simple instrumento que exige ser reivindicado ya no sólo en el plano político y legal sino desde lo ético. Esto se debe a que en el orden político internacional contemporáneo se han sumando con mayor peso los conflictos internos a las confrontaciones interestatales, situación que ha generado enormes dificultades a la hora de concebir y aplicar las disposiciones de paz y seguridad del Derecho Internacional Público dentro de este nuevo orden. En esta transición se exige urgentemente la ubicación y valoración del individuo como desarrollo central del Derecho Internacional Público a la hora de preocuparse por el uso de la fuerza para así lograr la reivindicación del papel del Derecho Internacional Público”

Así pues, para poder desarrollar la hipótesis anterior, es necesario identificar las nuevas formas de conflicto armado que expresen la contradicción entre la alta actividad reguladora del Derecho Internacional Público y el crecimiento de las formas de violencia y conflictos alrededor del mundo. De esta manera tendremos claro por qué es necesario reivindicar el papel pacificador y regulador del Derecho Internacional Público.

Identificada la contradicción, será necesario determinar el carácter jurídico del Derecho Internacional Público, para despejar las dudas que doctrinalmente se han planteado sobre el grado de vinculación que tienen los mandatos que se establecen desde allí.

Una vez despejado este obstáculo, nos concentraremos en examinar cómo, en las diversas áreas del Derecho Internacional Público, se ha venido generando una creciente preocupación por la garantía de los derechos del individuo en los conflictos armados contemporáneos. Analizaremos el avance por la búsqueda del bienestar del individuo en las áreas del Derecho *de* y *en* los Conflictos Armados (Ius ad bellum y el Ius in Bello), los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Penal, señalando además los puntos débiles de cada área en donde la preocupación por el individuo resulta insuficiente. De esta manera encontraremos en la preocupación por los derechos del individuo el medio ideal para lograr la reivindicación del papel del Derecho Internacional Público

Finalmente trataremos de construir unas conclusiones en relación con nuestro objetivo hipotético y además desarrollaremos algunas reflexiones sobre la importancia teórica e histórica de la problemática que nos hemos propuesto.

## **1. LA EVOLUCIÓN DEL USO DE LA FUERZA EN EL ORDEN POLÍTICO INTERNACIONAL**

En relación con el propósito de este trabajo, parece importante que nos planteemos cómo el Derecho Internacional se encuentra en una constante evolución y transformación, generando nuevos elementos que le permitan adaptarse a la realidad cambiante de la política mundial. Pero nuestro esfuerzo perdería importancia si primero no intentamos mostrar cómo ese orden político mundial, aquel que moldea el Derecho Internacional Público, ha tenido un drástico cambio en los últimos años, creando nuevas exigencias de regulación para el Derecho Internacional y exigiendo una reivindicación del papel pacificador y regulador de éste.

El objetivo de este capítulo es hacer un breve recorrido histórico del concepto de guerra y de conflicto armado dentro de la modernidad para demostrar de qué manera hoy se presentan nuevas realidades y fenómenos que crean una contradicción entre un orden jurídico internacional cada vez más rico normativamente y una situación de fuerza y violencia cada vez más evidente alrededor del mundo. Así las cosas, planteada la contradicción, podremos proceder a demostrar la importancia de la preocupación del individuo a nivel internacional para reivindicar el papel pacificador y regulador del Derecho Internacional Público.

## 1.1 Delimitación Histórica del Uso de la Fuerza a Nivel Internacional

Se trata aquí de mostrar cómo han cambiado los conceptos de la guerra y conflicto armado con el paso de la modernidad al orden contemporáneo. No se trata pues de hacer un estudio detallado del origen del uso de la fuerza en la humanidad, el cual no es nuestro propósito ni tampoco de preguntarse por el origen del uso de la fuerza en la historia de los seres humanos. Basta con advertir, tal como lo hacen José García Caneiro y Francisco Javier Vidarte en su texto *Guerra y Filosofía* que “el origen y las causas de la guerra han tenido siempre sus raíces en la forma en que el hombre, los hombres, perciben el aumento de poder hostil del otro y en el temor a la limitación (o extinción) del poder.”<sup>5</sup> Siendo esto así, queremos centrarnos en el esquema de la modernidad, donde el uso de la fuerza a nivel internacional se da únicamente entre Estados, para poder encontrarle un sentido a la intención de este capítulo.

Durante esta época, tiempo en el cual surge el Estado Nación al orden internacional después de la paz de Westfalia en 1648, los pensadores idearon lo que hasta hoy es considerado como la más alta, y por mucho tiempo la única, expresión del uso de la fuerza a nivel internacional; la guerra. Jean Jaques Rousseau, en su célebre texto *El Contrato Social* definió este concepto de la siguiente manera: “la guerra no es una relación de hombre a hombre, sino una

---

<sup>5</sup> GARCÍA Caneiro, José y JAVIER Vidarte, Francisco. *Guerra y Filosofía*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002. Pg. 17.

relación de Estado a Estado. (...) No hay guerra entre los hombres, sólo hay guerra entre los Estados”<sup>6</sup>

Así las cosas, el concepto de guerra queda, desde la modernidad, atada a la noción de Estado Nación. Grandes pensadores y filósofos que desde entonces han tratado el tema de la guerra, tales como Clausewitz, Fichte, Hobbes, Kant, Hegel y hasta Marx, coincidieron en centrar sus análisis de la Guerra alrededor del Estado. Y la experiencia lo confirmaba. Durante los siglos de la modernidad, la gran mayoría de choques entre fuerzas militares a nivel mundial se presentaron entre fuerzas Estatales que, diferentes motivos, se enfrentaban entre si.<sup>7</sup> El desarrollo jurídico del Derecho Internacional Público durante estos años giró, como se verá más adelante en este escrito, alrededor de esta concepción de guerra. Las disciplinas encargadas de regular directamente los conflictos armados, el *ius ad bellum* (derecho a la guerra) y el *ius in bello* (derecho en la guerra) no consideraban otro fenómeno violento que no fuera una guerra Estatal en estricto sentido.

Las características intrínsecas de los Estados en los siglos de la modernidad explicaban tal limitación. La soberanía, una de esas características, era considerada como una barrera impenetrable que permitía que cada Estado fuese absolutamente independiente de la intervención de los otros. Ésta, la soberanía, entendida como el “poder absoluto y perpetuo de una república, poder

---

<sup>6</sup> ROUSSEAU, Jean Jaques. *El Contrato Social*. Orbis, Barcelona, 1985. Pg 162.

<sup>7</sup> RIGAUX, François. Del Tratado de Wesfalia a la Carta de Naciones Unidas. En: *No En Mi Nombre*. Editorial Trotta, Madrid, 2003. Pgs 111-125.

centralizado que ejerce su autoridad suprema sobre un territorio, (cuyo fin es) recordar que cada Estado es al mismo tiempo detentador de un poder ilimitado, independiente de otros, que hace sus propias leyes y crea su orden propio sin tener que dar cuentas a nadie del exterior”<sup>8</sup>, se encarga de definir las relaciones interestatales y obliga a que se gesten los principios de autodeterminación y no intervención en el Derecho Internacional Público Moderno. El Estado, al decirse que es soberano, exige su independencia desde el punto de vista internacional, creando así una barrera infranqueable en términos modernos en relación con sus asuntos internos. De esta manera la relación entre el orden político internacional y el orden jurídico internacional de esa época queda determinada, en un principio por el modelo estatocéntrico.

Lo anterior significa que en la modernidad, los Estados eran en el ámbito interno absolutamente libres y en el ámbito externo completamente independientes. Las medidas internas que se tomaran dentro de este orden eran consideradas como Razón de Estado gracias, precisamente, a la soberanía. La Razón de Estado “es un término acuñado por Nicolás Maquiavelo para referirse a las medidas racionales que un gobernante debe tomar con objeto de conservar la salud y fuerza de un Estado. (...) Fue quizás el cardenal Richelieu quien primero utilizó de manera extensiva la Razón de Estado para garantizar la supervivencia de un determinado orden, atendiendo únicamente a la razón y sin considerar la

---

<sup>8</sup> BADIE, Bertrand. *Un Mundo sin Soberanía, Estados entre Artificio y Responsabilidad*, Tercer Mundo Editores, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000. Pg VIII. Paréntesis fuera del texto original.

naturaleza ética de los medios utilizados. La Razón de Estado estima lícito un mal menor si con ello se evita un mal mayor.”<sup>9</sup>

Así las cosas, la soberanía permitía que las políticas de Razón de Estado y los conflictos internos Estatales fueran tratados con indiferencia por el Derecho Internacional Público dentro de la modernidad. Esta disciplina concentraba sus esfuerzos por desarrollar normas encaminadas a regular la actividad entre los Estados, y lo que sucediera entre el Estado y sus ciudadanos pasaba completamente desapercibido y era considerado irrelevante. Todo esto cambiaría en la segunda mitad del siglo XX con los nuevos usos de la fuerza dentro del nuevo contexto internacional.

## **1.2 El Cambio del Uso de la Fuerza en el Paso de la Modernidad al Orden Político Contemporáneo**

El momento máximo de la guerra como medio de utilización de la fuerza a nivel internacional se presenta en la primera mitad del siglo XX. Durante las dos guerras mundiales las más grandes potencias del planeta se vieron enfrentadas las unas con las otras en un combate a muerte. El resultado de la Segunda Guerra Mundial, la creación de dos bloques antagónicos por naturaleza y la creación de una tecnología con capacidad aniquiladora de la existencia misma del planeta, llevaron a que se replanteara el uso de la fuerza a nivel internacional.

---

<sup>9</sup> SETTALA, Ludovico. *La Razón de Estado*. Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1988. Pg 12.

Este proceso de cambio se puede enmarcar en el contexto de la Guerra Fría. “Durante esta época los Estados Unidos de América y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas concentraron sus esfuerzos bélicos en crear una estrategia de intimidación mutua donde si alguna de las partes se enfrentaba con la otra se garantizaría el exterminio mutuo o *mutual assured destruction (MAS)* en inglés”<sup>10</sup>. Se generó así una dinámica del uso de la fuerza a nivel internacional nunca antes vista; la lucha por los intereses globales dentro del marco de los conflictos armados intra-estatales.

Eduardo Pizarro Leongómez en su texto *Una Democracia Asediada* nos confirma esta idea cuando afirma que “en este medio siglo que ha transcurrido entre 1946 y 2002, el rostro de la guerra ha sufrido una honda transformación. En particular, es importante señalar que las guerras interestatales son hoy en día mucho menos comunes que los conflictos intra-estatales: de los 33 conflictos armados que había en el mundo a finales del año 2001 todos eran de esas características, salvo uno que era propiamente interestatal (India-Pakistan)”<sup>11</sup>.

Con los eventos del 11 de septiembre de 2001 se añaden nuevos componentes al orden político contemporáneo, que, sumado al los cambios sufridos bajo la dinámica de la Guerra Fría, explican la utilización del uso de la fuerza a nivel internacional en la actualidad. La lucha contra el terrorismo adquiere un carácter global y deja de ser una preocupación eminentemente nacional. También se

---

<sup>10</sup> LIDDELL HART, B.H., *Disuasión o Defensa*, Ediciones Pleamar, Buenos Aires, 1964. Pg 34

<sup>11</sup> PIZARRO Leongómez, Eduardo. *Una Democracia Asediada*. Grupo Editorial Norma, Bogotá, 2004. Pg 40.

genera un nuevo tipo de guerra, conocida comúnmente como la guerra preventiva, que pretende neutralizar las amenazas que se gestan desde las instituciones Estatales o fuera de éstas sin que se haya producido todavía una agresión.

Antonietta Di Blase, en su texto *Guerra al Terrorismo y Guerra Preventiva en el Derecho Internacional* nos explica las dificultades que presentan estas nuevas tendencias del uso de la fuerza en el orden contemporáneo cuando afirma que “la estrategia de lucha contra el terrorismo y contra los *Estados Canallas* (rouge States) inaugurada por Gorge W. Bush tras el 11 de septiembre con el documento *The National Security Strategy of the U.S. of America*, representa todo un desafío a la prohibición de uso de la fuerza, principio universalmente considerado esencial para la convivencia pacífica de los Estados. Según la *Doctrina Bush*, el apoyo al terrorismo internacional y la posesión de armas nucleares y químicas de destrucción masiva configurarían amenazas tan graves a la seguridad internacional, que legitimarían una acción militar contra un Estado, incluso antes de que tuviera lugar un ataque contra el pueblo o el territorio estadounidense.”<sup>12</sup>

Queda claro entonces que el panorama de la guerra entre Estados predicada por los sujetos del modernismo ha tenido un cambio sustancial. Ya es necesario considerar los nuevos cambios en el orden mundial, cambios que a la hora de compararse por lo contenido normativo dentro del Derecho Internacional muestran una contradicción. Analicemos ahora dicha situación.

---

<sup>12</sup> DI BLASE, Antonietta. Guerra al Terrorismo y Guerra Preventiva en el Derecho Internacional. En: *No En Mi Nombre*. Editorial Trotta, Madrid, 2003. Pg 125.

### **1.3 Contradicción entre el Derecho Internacional Público y el Orden Político Internacional**

Tenido claro el cambio en el orden político internacional, resulta sensato afirmar que el escenario para el Derecho Internacional cambió drásticamente. Las guerras entre Estados ya no son comunes. Las disposiciones del *ius ad bellum* y del *ius in bello* ya no pueden regular las expresiones de violencia que a nivel mundial se utilizan sin recurrir a elementos novedosos. Así lo demuestran las conclusiones de la Corte Internacional de Justicia en el caso de Nicaragua Vs. los Estados Unidos de América cuando se consideraron los fenómenos de la legítima defensa colectiva, la distinción entre ataque armado e incidente fronterizo y la definición de agresión.<sup>13</sup>

Se ha generado pues, desde ese entonces y como consecuencia de todos estos eventos, una enorme contradicción que consiste en una enorme regulación por parte del Derecho Internacional para garantizar el adecuado uso de la fuerza, tanto con el *ius ad bellum* como con el *ius in bello*, y al mismo tiempo las expresiones de violencia y los conflictos armados se multiplican alrededor del planeta.

---

<sup>13</sup> GRAY, Christine. *International Law and the Use of Force*. Oxford University Press, Nueva York, 2004. Pgs 65-75.

Christine Gray, en su texto *International Law and the Use of Force*, dedica un capítulo entero al análisis del uso de la fuerza desde el Derecho Internacional en las guerras civiles. La profesora estadounidense expresa la dificultad que se tiene en aplicar las disposiciones de esta disciplina en los conflictos civiles cuando afirma que “existe un consenso entre los Estados de los principios que deben ser aplicados en las intervenciones forzadas de los conflictos civiles, pero en la práctica la discrepancia en relación con los hechos y la aplicación del Derecho a esos hechos puede fundamentalmente dividir Estados.”<sup>14</sup>

Dicha cita recoge lo que hasta ahora se ha venido planteando. En primer lugar se acepta un cambio efectivo en el uso de la fuerza a nivel internacional al reconocer la importancia de las guerras civiles para el Derecho Internacional y, por otro lado, se evidencia las enormes dificultades que han surgido en el seno de la comunidad internacional al tratar de aplicar las disposiciones legales a ese nuevo tipo de conflictos. Es ésta una expresión de la contradicción a la que nos referimos.

Así, esta contradicción debe ser salvada para evitar que el Derecho Internacional Público sea considerado un discurso simbólico que nada puede hacer a la hora de enfrentar los conflictos armados del mundo contemporáneo. Es necesario buscar un elemento que permita la reivindicación del papel regulador y protector de la paz y la seguridad internacional de esta disciplina dentro del nuevo contexto.

---

<sup>14</sup> *Ibidem*. Pg. 60. Traducción hecha por el autor

De acuerdo con nuestra hipótesis ese elemento es el individuo, que, citando una vez más a Paloma García Picazo, debe ser entendido de la siguiente manera: “En la escena internacional –el ámbito que nos concierne- todo ser humano es, en principio, un *individuo*, es decir, alguien indivisible, una unidad que es una totalidad, en y por sí misma. Cada individuo es alguien singular, irreplicable, provisto de una personalidad propia inalienable. ¿Qué significa esto en la práctica? En términos personales, implica que cada ser humano tenga conciencia de ser *él mismo*, alguien valioso sin el que el mundo y la vida estarían privados de un elemento irremplazable.”<sup>15</sup>

Es así como los próximos capítulos de este texto estarán dirigidos a exponer cómo la preocupación del individuo desde el Derecho Internacional Público puede servir como elemento para eliminar esa contradicción. Examinaremos como las áreas del Derecho Internacional que tocan directa e indirectamente con los conflictos armados incorporan la preocupación del individuo para superar las barreras que en la actualidad debe superar esta disciplina para seguir desempeñando su papel.

Pero antes de todo esto debemos otorgarle al Derecho Internacional el reconocimiento de ordenamiento jurídico vinculante. Sin esto nuestra tarea sería infructuosa pues caería en un discurso político o moral, mientras que nuestra intención es plantear un análisis jurídico. Examinemos entonces el carácter vinculante del Derecho Internacional Público.

---

<sup>15</sup> GARCÍA Picazo, Paloma. *Op cit.* Pg 49.

## **2. EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO COMO ORDEN JURÍDICO ATÍPICO**

La intención de este capítulo es otorgarle al propósito de este texto un carácter riguroso desde el punto de vista jurídico. Esto es así para evitar caer en un discurso argumentativo eminentemente político, donde lo que se plantee, a pesar de ser valioso, carezca de sentido para la ciencia del Derecho. Es por eso que, al percatarnos de los cuestionamientos que doctrinalmente se han planteado sobre el carácter jurídico, internacional y público del Derecho Internacional Público, dedicaremos las próximas páginas de este trabajo para fundamentar el carácter vinculante y las características propias del Derecho Internacional Público.

Así pues, al tratar de definir el Derecho Internacional Público como una disciplina autónoma con características propias, es necesario hacer varias aclaraciones. En primer lugar, desde un punto de vista conceptual, es indispensable entender el alcance de sus términos, es decir, entender por qué se utiliza el sustantivo derecho y los adjetivos internacional y público para referirse a dicha disciplina.

### **2.1 El Carácter Jurídico del Derecho Internacional Público**

Mucho se ha discutido sobre el carácter jurídico del Derecho Internacional Público. Existe una gran corriente doctrinal que le ha negado dicho carácter a esta

disciplina, afirmado que no existe tal cosa como el Derecho Internacional Público o que si existe, éste carece de cualquier fuerza jurídica. Hernán Valencia Restrepo, en su libro *Derecho Internacional Público*, nos indica cuáles han sido las diferentes posiciones que quienes niegan el carácter jurídico del Derecho Internacional Público han planteado. Estas establecen que el Derecho Internacional Público es:

- “Una política de fuerza
- Una moral internacional o cortesía internacional
- Un derecho imperfecto o en gestación
- Una mera retórica o una conversación sin contenido”<sup>16</sup>.

Para desvirtuar dichas concepciones y otorgarle al Derecho Internacional Público un carácter jurídico es necesario justificar su condición de ordenamiento con notas esenciales que caractericen cualquier derecho objetivo. Este punto toca directamente con la teoría general del derecho, pues es ésta quien determina cuáles son esas notas que cualquier ordenamiento deba poseer para ser considerado derecho.

Valencia nos indica que esas notas esenciales se determinan a través la manera como se puede regular la conducta humana. Insiste el autor que el mundo normativo está regido por tres sectores que regulan la conducta humana. El derecho, la moral y la cortesía tienen dicho punto en común pero difieren específicamente en la forma como la regulan. Son entonces cuatro los patrones,

---

<sup>16</sup> VALENCIA Restrepo, Hernán. *Derecho Internacional Público*. Universidad Pontificia Bolivariana y Biblioteca jurídica Diké. Medellín, 2005. Pg 116.

con dos posibilidades cada uno, como se determina la forma como se regula esa conducta humana

- “Interioridad o exterioridad
- Unilateralidad o bilateralidad
- Autonomía o heteronomía
- Incoercibilidad o Coercibilidad.”<sup>17</sup>

Valencia aclara que sólo será derecho aquella disciplina normativa que regule la conducta humana de manera externa (puesto que las normas no se dirigen a las consideraciones internas de las personas sino a sus acciones), bilateral (dado que impone deberes y obligaciones a la persona destinataria y al mismo tiempo otorga derechos o facultades a quien va a exigir de la primera tales deberes), heterónoma (lo que significa que la validez de sus normas es otorgada por otra persona diferente a su destinatario, es decir, por el legislador), y coercitiva (bajo el entendido que la inobservancia de sus normas tiene como consecuencia el uso de la fuerza por órganos competentes).

Al llevar estas cuatro características al campo del Derecho Internacional Público para determinar su juridicidad, encontramos cierta atipicidad. La doctrina acepta de forma pacífica que el Derecho Internacional Público regula las relaciones humanas de una manera externa y bilateral. Sin embargo, existe cierta atipicidad en la manera heterónoma y en la manera coercitiva como el Derecho Internacional Público regula las relaciones humanas.

---

<sup>17</sup> *Ibidem.* Pg. 121

En cuanto a la heteronomía del Derecho Internacional Público debe advertirse que ésta es una heteronomía inorgánica, a diferencia de la heteronomía del derecho interno que es orgánica (el legislador). Esto significa que no hay un órgano ni central ni especializado en la elaboración de normas. Existe una especie de atomización en la creación de las normas del derecho internacional, lo que significa que son sus destinatarios, desdoblándose, adoptan el papel de órgano y crean las normas que los regulan y los **obligan**, característica fundamental de la heteronomía.

En cuanto a la coercibilidad del Derecho Internacional Público, también debemos resaltar que es una coercibilidad inorgánica, a diferencia del derecho interno, donde existen órganos competentes destinados a imponer las sanciones por el quebrantamiento de las normas. Al igual que como sucede con la heteronomía, los sujetos adoptan el papel de órganos para exigir el cumplimiento de las normas y en caso tal de no cumplirse éstas, aplicando forzosamente sus consecuencias. Esto no significa que el derecho no sea coercible. Todo lo contrario. La coercibilidad no está centrada en un órgano específico sino que está en cabeza de los mismos sujetos destinatarios de las normas.

Debemos afirmar entonces, que a pesar de tener ciertas atipicidades, la manera como el Derecho Internacional Público regula las relaciones humanas cumple a cabalidad con las características de un ordenamiento que puede ser tildado como jurídico. H.L.A Hart confirma esta posición desde otra perspectiva al establecer

que “si el Derecho obtiene su fuerza de la aceptación de una sociedad de que sus reglas son vinculantes, y no de su aplicabilidad, entonces el Derecho Internacional es Derecho”<sup>18</sup> Esta conclusión es de enorme trascendencia para el propósito de este ensayo, pues al tener la certeza de considerar al Derecho Internacional Público como un instrumento de carácter jurídico, podremos plantear un análisis riguroso del papel que puede desempeñar esta disciplina en lograr, a través de la protección de los derechos del individuo, la reivindicación de su papel como aquella disciplina encargada de regular el orden político internacional y garantizar la paz y la seguridad mundial. Pasemos ahora a determinar el carácter internacional y público de ese derecho.

## **2.2 El Carácter Internacional del Derecho Internacional Público**

La primera observación que es necesario hacer del adjetivo *internacional* es que éste resulta insuficiente para describir el alcance de las normas del Derecho Internacional Público. Para entender la razón de esta deficiencia es indispensable remitirse al origen del concepto. Debemos resaltar que el término Derecho Internacional Público fue utilizado por primera vez por Jeremy Bentham en su obra *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Antes de eso, el nombre que se le otorgaba a la disciplina que regulaba las relaciones entre diversos ordenamientos políticos era el Derecho de Gentes.

---

<sup>18</sup> Citado por AUST, Anthony, En: *Handbook of International Law*. Cambridge University Press, New York, 2003. Pg 5. Traducción hecha por el autor.

Esta expresión es tomada del *Ius Gentium*, que en tiempos romanos se encargaba de regular las relaciones entre Roma y los demás pueblos organizados políticamente. Bentham, tratando de adaptar el Derecho de Gentes a su época, decidió suplantar el concepto *Gentes* por *Nación* pues observó que esta última noción desarrollada en el siglo anterior daba cuenta de la idea de “pueblo organizado políticamente” que era precisamente lo que los romanos entendían por Gentes. Fue así que nació la denominación Derecho *Internacional*. Ésta fue traducida al francés en 1802 por el suizo Dumon y es allí, en Francia, donde se le agrega el adjetivo de Público.

Vale la pena señalar que por Nación políticamente se ha entendido “la sustancia humana del Estado que se identifica con un grupo de hombres con cierta unidad de raza, lengua, religión, cultura o civilización que comparten una serie de aspiraciones, tradiciones, imaginarios y recuerdos”<sup>19</sup>. No existe, por otro lado, un criterio unánime sobre el carácter **jurídico** de Nación. Además, en estricto sentido el sujeto jurídico más importante para el Derecho Internacional Público no es la Nación sino el Estado.

Por esta razón autores como Hernán Valencia proponen sustituir el término Internacional por Interestatal o Supraestatal. Así se lograría utilizar una categoría estrictamente jurídica y además darle importancia a los sujetos más importantes del Derecho Internacional Público. Es indispensable aclarar en este punto que, pese a las sobre el cambio del término Internacional, una nueva denominación,

---

<sup>19</sup>VALENCIA Restrepo, Hernán. *Op Cit.* Pg 67

como la propuesta anteriormente, tampoco reflejaría íntegramente el alcance de las normas del Derecho Internacional Público.

Recordemos que también existen sujetos no estatales ni nacionales que son creadores y destinatarios de estas normas, a saber, las Organizaciones Interestatales (que pueden ser internacionales como la ONU, OEA o los NOAL; o supranacionales como la Unión Europea, el ALCA o la CAN), los grupos rebeldes o insurrectos, los Organismos no Gubernamentales de alcance internacional (la Cruz Roja) y hasta los mismos individuos.

Esta última aclaración es fundamental para entender la importancia de la evolución que el Derecho Internacional ha experimentado gracias a los nuevos tipos de conflictos armados alrededor del mundo al no considerar al Estado como único sujeto. Estos conflictos, tal como quedó demostrado anteriormente, conforman la gran mayoría de enfrentamientos militares en el orden contemporáneo y en la mayoría de los casos, por no decir todos, provocan enormes violaciones a los derechos de los individuos.

También resulta ser importante esta aclaración, pues nos da la posibilidad de plantear la inclusión con mayor fuerza de la preocupación del individuo dentro del Derecho Internacional Público y lograr así la reivindicación de esta disciplina. Pasemos ahora a establecer el carácter público del Derecho Internacional Público

### 2.3 El Carácter Público del Derecho Internacional Público

Pasemos ahora a analizar en este punto el adjetivo *Público* del Derecho Internacional Público. Tal como lo dijimos anteriormente, el adjetivo Público fue añadido en Francia al concepto que Bentham ya había ideado. El objetivo principal al añadir este término consistía en poder “distinguir el Derecho Internacional Público del Derecho Internacional Privado”<sup>20</sup>, encargado principalmente de “determinar las reglas que se deben implementar en un asunto legal que contiene un elemento extranjero”<sup>21</sup>. Sin embargo se debe advertir que identificar ambas disciplinas (Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado) como unas que compartan una misma disciplina jurídica es errado. Valencia señala que esto se debe a que estas dos disciplinas no comparten ni fuentes ni ámbitos de validez.

Siguiendo al autor colombiano, el Derecho Internacional Público nace en el seno de la comunidad internacional. El derecho Internacional Privado, por el contrario, nace en la necesidad de los nacionales de cada Estado de entender sus normas nacionales a la luz del comercio Internacional. Afirma Valencia que hay entonces tantos derechos internacionales privados como ordenamientos internos haya, razón por la cual su fuente es claramente el ordenamiento jurídico de carácter nacional. Por otro lado, Derecho Internacional Público no hay sino uno y es aquel que nace por la necesidad de los Estados de relacionarse recíprocamente.

---

<sup>20</sup> AUST, Anthony. *Handbook of International Law*. Cambridge University Press, New York, 2003. Pg 2  
Traducción hecha por el autor.

<sup>21</sup> *Ibidem*. Pg 1

De esta manera tenemos los elementos necesarios para entender con certeza las características e implicaciones del Derecho Internacional Público. Establezcamos entonces una definición que de cuenta lo hasta ahora explicado de este concepto:

*“El Derecho Internacional Público es la rama jurídica que se ocupa de las normas (principios y reglas) positivizadas por los poderes normativos de la comunidad internacional, poderes normativos que se han concentrado hasta el día de hoy, bien en los principios generales del derecho internacional (nomoárquica internacional), bien en el comportamiento habitual de los sujetos que la componen (costumbre internacional), bien en las declaraciones emitidas por ellos individualmente (negocios jurídico-internacionales bi- o multi-laterales), bien en las Organizaciones Interestatales, ora Internacionales (legislación internacional) ora Supranacionales (legislación supranacional), bien en fallos jurisdiccionales y arbitrales (jurisprudencia internacional) y bien en las opiniones de los iusinternacionalistas (doctrina internacional), todas las cuales normas tienen como finalidad establecer la paz, la cooperación y la solidaridad en la misma comunidad.”<sup>22</sup>*

Esta definición nos sirve para fundamentar jurídicamente la tesis que este trabajo propone. Allí no sólo se establecen las diferentes fuentes del Derecho Internacional sino que se reconoce su carácter vinculante, la inclusión de otros

---

<sup>22</sup> VALENCIA Restrepo, Hernán. *Op cit.* Pg 77

sujetos ajenos al Estado como objeto de esta disciplina y su misión de ser garante de la paz y la seguridad a nivel mundial.

Con todo lo anterior podemos pasar a estudiar las ramas del Derecho Internacional Público relacionadas directa o indirectamente con el conflicto armado contemporáneo, para evidenciar allí la importancia que ha adquirido la protección a los derechos del individuo y los asuntos en donde es necesario hacer avances para lograr reivindicar el papel de esta disciplina.

### **3. EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y EL USO DE LA FUERZA – EL IUS AD BELLUM Y EL IUS IN BELLO–**

Este capítulo está destinado a analizar cómo dentro de la regulación del uso de la fuerza del Derecho Internacional Público se ha generado una evolución importante al tratar de incluir los nuevos fenómenos violentos del orden contemporáneo y al crearse una preocupación por los derechos del individuo. Para tal efecto, será necesario analizar las dos áreas del Derecho Internacional Público que tocan con esta temática de manera complementaria. Estas son el ius ad bellum (Derecho a la Guerra) y el ius in Bello (Derecho en la Guerra). Ambas ramas, al estar íntimamente relacionadas la una con la otra, generan cierta dificultad a la hora de entender su relación, conceptualización y alcance, por lo que haremos esfuerzos por diferenciarlas y entender sus diversos planteamientos.

También, dentro de este capítulo, se expondrá la relación que existe entre estas dos ramas del Derecho Internacional Público para entender cómo ha avanzado la preocupación por los derechos de los individuos desde el fenómeno del uso de la fuerza. Para lograr esto es necesario partir de la conceptualización de cada una de ellas por separado, insistiendo en el hecho que ambas tienen su origen en la guerra y el conflicto armado entre los Estados de la comunidad internacional. Por otro lado, se compararán estas dos áreas para analizar detenidamente las similitudes y diferencias entre los elementos de cada una de ellas. Finalmente se

sostendrá que estas dos ramas del Derecho Internacional Público son complementarias, pues si bien es cierto que tienen el origen en el mismo hecho, regulan situaciones y hechos muy diferentes.

Así, entenderemos si desde la regulación del uso de la fuerza el Derecho Internacional ha hecho esfuerzos por incluir los fenómenos de violencia contemporáneos y en proteger los derechos de los individuos para poder reivindicar su papel regulador y pacificador. Empecemos pues por conceptualizar dichas ramas.

### **3.1 Ius Ad Bellum (El Derecho a la Guerra)**

El Ius ad bellum, o Derecho a la guerra tiene su origen en la guerra entre los diversos Estados de la comunidad internacional. En este sentido, dicha rama del Derecho Internacional Público se remonta al siglo XVI, la misma época en la que el nace el Estado Nación dentro del mundo como un ordenamiento político con características propias. Había, en ese entonces tal como lo hay hoy, una enorme preocupación por calificar las condiciones de legitimidad de una guerra.

Con el nacimiento del Estado Moderno, se instauró no sólo un nuevo orden político, sino que se inició un proceso complejo de interrelación entre los Estados nacientes, sobre la base de la reivindicación sustancial de la “representación política y legal” de cada uno de esos Estados en relación con los demás. Legitimidad, legalidad, y soberanía Estatal e individual, constituyeron los

elementos fundamentales, cuya expresión instrumental y funcional para las relación entre ellos fue precisamente el Derecho Internacional, bajo sus formas más primarias y gestadoras todas del proceso histórico moderno y contemporáneo.

El profesor Hernán Valencia explica que durante esta época “los teólogos juristas españoles, particularmente Vitoria y Suárez basaron el *ius ad bellum* sobre la teoría de la guerra justa (*bellum iustum*), que se remonta hasta el derecho feodal romano.”<sup>23</sup> Es más, algunos autores como Alberto Granda Marín, van mucho más allá al afirmar que el mismo inicio del Derecho Internacional Público nació con la preocupación de legitimar una guerra.

Según este autor “la función del derecho internacional como disciplina distinta de las demás ciencias jurídicas fue, más que nada, debida a la transferencia del debate sobre la guerra justa (guerra legítima) y la que no lo era, fundada en consideraciones filosóficas e ideológicas, al nivel del derecho concebido como régimen jurídico de relaciones internacionales en esta situación (guerra legal).”<sup>24</sup>

Pero advierte al mismo tiempo que “los vínculos orgánicos que existen en toda la andadura del derecho internacional público, como normativa de las relaciones internacionales y el progreso en el de las reglas de la guerra, como relación entre grupos humanos, llegan a su forma clásica con la aparición del Estado-Nación.”<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup> *Ibidem*. Pg 796

<sup>24</sup> GRANDA Marín, Alberto. *Derecho Internacional Humanitario y Pedagogía para la Paz*. En: Revista Universidad Pontificia Bolivariana. Vol. 49, No. 148. Año 2000. Pg 8.

<sup>25</sup> *Ibidem*. Pg 8

Sobre el supuesto anterior se puede afirmar que la legitimación de la guerra es una preocupación tan antigua como la existencia de ordenamientos políticos organizados pero que sólo con la aparición del Estado Nación se evidencia el Derecho a la Guerra como una rama propia del Derecho Internacional.

Pues bien, tomando este periodo histórico como punto de partida del *ius ad bellum*, es preciso entender qué consideraciones se hacían en un principio dentro de esta área del Derecho Internacional y cómo, con el paso del tiempo, estos criterios fueron evolucionando. Los juristas españoles mencionados pretendían explicar que una guerra era lícita cuando existía una justa causa. Dicha causa podría provenir de la ocurrencia de una injuria, como un ataque de otro Estado, justificando así defensivamente la guerra, o por la negación al acato de una pretensión fundada en derecho, justificando en este caso una guerra ofensiva o de ejecución.

En el siglo XVII, Hugo Grocio retoma las ideas de los juristas españoles pero va más lejos. En palabras de José García Caneiro y Francisco Javier Vidarte, “Grocio afirma que es lícita toda conducta dirigida a un fin, siempre que el fin que se persiga sea justo; y, por otra, que ningún acto bélico es justo si carece de una causa justa; sin embargo, también deja claro que no todos los actos realizados por quien combate son siempre justos por el mero hecho de que la causa sea justa, y es en este reconocimiento donde se produce una distinción evidente entre el *ius*

ad bellum y el ius in bello, distinción que no aparecía manifiesta en el pensamiento escolástico medieval”<sup>26</sup>.

En el siglo XVIII se llega a la conclusión de que en el Derecho Internacional Positivo no hay ningún precepto que prohíba la guerra, siendo la moral la única instancia que determina como legítima o no una guerra. En el siglo XIX se dejan a un lado los planteamientos ético-jurídicos de la guerra y esta pasa a ser considerada como una forma de autotutela (self help) para que los Estados aseguraran su conservación. Pero el desarrollo de esta área del derecho no pararía ahí.

El siglo XX resultaría ser determinante para la evolución del ius ad bellum. En 1907 se da el primer paso revolucionario con la Convención de la Haya donde se estableció que se prohibía el uso de la fuerza para cobrar deudas contractuales salvo que el Estado deudor no aceptare la solución del conflicto mediante el arbitraje (Convención Drago-Porter). Por otro lado, después del fin de la Primera Guerra Mundial la teoría de la guerra justa fue transformada por Leo Strisower de la mano de Kelsen y Guggenheim. Según estos pensadores “un ordenamiento jurídico sólo puede admitir la guerra como reacción contra la violación grave de una norma del derecho internacional positivo.”<sup>27</sup> Finalmente, la creación de la Sociedad de Naciones en 1920 estableció 3 nuevas reglas de hacer la guerra, creando 3 prohibiciones. Estas son:

---

<sup>26</sup> GARCÍA Caneiro, José y JAVIER Vidarte, Francisco. *Op Cit.* Pg. 49.

<sup>27</sup> VALENCIA Restrepo, Hernán. *Op cit.* Pg 797.

- “Ante todo, hay que destacar el principio que prohíbe en cualquier circunstancia todas las guerras, aún como reacción contra un acto ilícito, antes de la realización de un procedimiento ante el Consejo de la Sociedad.
- También quedaba prohibido incondicionalmente a los miembros de la Sociedad hacer la guerra a otro miembro, que hubiese aceptado la decisión arbitral o que se hubiese conformado con el dictamen unánime del Consejo, quedando equiparado a éste el informe de la Asamblea, adoptado con la aprobación de todos los miembros del Consejo y la mayoría de los demás miembros, sin tener en cuenta los votos de las partes.
- Finalmente, el Pacto, artículo 10, prohibía la guerra emprendida con el fin de arrebatar a un miembro una parte de su territorio (guerra de conquista) o reducirle a la condición de Estado dependiente.”<sup>28</sup>

Por otro lado, fue en 1928 que se dio la última evolución *ius ad bellum* de gran relevancia antes de la Segunda Guerra Mundial. En la ciudad de París se celebró el Pacto Briand-Kellogg cuyo fin era condenar la guerra como medio de solución de conflictos internacionales renunciando a ella bajo todas las circunstancias. Dicho pacto fue ratificado por la mayoría de los Estados del mundo. La Segunda Guerra Mundial daría un vuelco absoluto a lo alcanzado hasta este punto.

En 1945, una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial, el *ius ad bellum* tuvo su más grande e importante desarrollo. Es de tal magnitud esta transformación que a partir de ese momento se habla del *ius ad bellum* contemporáneo. Tal como lo

---

<sup>28</sup> *Ibidem*. Pg 798.

explica Greenwood, “El moderno ius ad bellum es de un origen relativamente reciente y está basado en el artículo 2 (4) y el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas.”<sup>29</sup>

El artículo 2 (4) de la Carta de las Naciones Unidas establece que “Todos los Miembros de la Organización se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con lo propósitos de las Naciones Unidas”<sup>30</sup>

El capítulo VII de la Carta del misma Organización se encarga de regular las acciones con relación a las amenazas a la paz, el quebramiento de la paz y los actos de agresión. El artículo 51, que hace parte de este capítulo, es de trascendental importancia, pues sienta las bases dentro del ius ad bellum, para la defensa legítima de los Estados de una agresión injustificada. Dicho artículo establece lo siguiente: “Nada en la presente carta perjudicará el derecho inherente a la legítima defensa individual o colectiva cuando un ataque armado se efectúe en contra de un miembro de las Naciones Unidas y hasta tanto el Consejo de Seguridad haya tomado las acciones necesarias para mantener la paz y la seguridad internacional. Las medidas tomadas en legítima defensa serán informadas inmediatamente al Consejo y estas no afectarán la responsabilidad del

---

<sup>29</sup> BOTHE, Michael et al. *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Dieter Fleck, Oxford University Press, New York, 2003. Pg 1. Traducción hecha por el autor.

<sup>30</sup> *Carta de las Naciones Unidas* Artículo 2(4).

mismo para emprender acciones destinadas al mantenimiento o restauración de la paz y seguridad internacional.”<sup>31</sup>

Así las cosas podemos afirmar que el *ius ad bellum* desarrollado en la Carta de la ONU va mucho más lejos en la regulación de los conflictos armados que aquello consagrado en los Pactos de la Sociedad de Naciones y en el Pacto Briand-Kellogg. Valencia explica que “el Pacto de la Sociedad de Naciones no contenía más que prohibiciones aisladas del uso de la fuerza, llegando a permitir expresamente la guerra como medio de realizar el derecho y la justicia, una vez fracasado el procedimiento ante el Consejo”<sup>32</sup> En la ONU el uso de la fuerza, incluida la guerra, está expresamente prohibido por el artículo 2(4). No se acepta entonces, como se permitía en la Sociedad de Naciones, la utilización de la fuerza como último recurso.

Pero desde el punto de vista histórico, el significado del Pacto Briand-Kellogg “no era otro que el que pueblos y gobierno quisieran atribuirle. Sin embargo, contribuyó a crear un clima de distensión, en el que florecieron, a la sombra de la Sociedad de las Naciones, iniciativas orientadas al refuerzo de la paz.”<sup>33</sup> De todas maneras, en aquello consagrado en la ONU, se utiliza el término *uso de la fuerza* para así extender la prohibición a cualquier medio de autotutela violenta y evitar así el fracaso que sufrió la Sociedad de las Naciones como el Pacto Briand-

---

<sup>31</sup> *Ibidem*. Artículo 51.

<sup>32</sup> RIVOIRE, Mario. *Europa Desde 1918 hasta hoy*. Unión Tipográfica Editorial Hispanoamericana. México D.F., 1961. Pg 29.

<sup>33</sup> VALENCIA Restrepo, Hernán. *Op Cit*. Pg 800.

Kellogg. Dentro de la Carta de la misma Organización se regula además las excepciones a la prohibición del uso de la fuerza, tomando en consideración acciones violentas entre Estados que escapen a lo contenido en las normas positivas del Derecho Internacional.

La primera de esas excepciones está contenida en el artículo 107 de la Carta. Esta excepción permitía el uso de la fuerza contra aquellos Estados que en la Segunda Guerra Mundial eran enemigos de los Estados firmantes de la Carta. Dicha excepción quedó sin sustento jurídico en el momento en que Alemania y Japón ingresaron a las Naciones Unidas manifestando ser Estados amantes de la paz.

La segunda excepción, contenida en el artículo 51 de la Carta tiene plena vigencia hoy en día. Allí se contempla la posibilidad que tiene un Estado de hacer uso de la fuerza para conservar su integridad cuando está siendo atacado ilegalmente. Tal como se dijo, dicha intervención ha sido bastante reglada dentro de la ONU y por la misma jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia. Es necesario aclarar en este punto que la legítima defensa consagrada en el artículo 51 de la Carta se presenta de dos formas a saber, la legítima defensa individual o colectiva.

Para que se pueda ejercer la legítima defensa colectiva, la Corte Internacional de Justicia, por ejemplo, en el caso de Nicaragua contra Estados Unidos en 1986 sobre actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua, estableció:

- Que el Estado en cuyo favor se ejerciese, declare que haya sido víctima de un ataque armado.<sup>34</sup>
- Que el Estado que se repute víctima de un ataque armado solicite la ayuda de los demás<sup>35</sup>.

Planteado el tema en términos contemporáneos y en relación con la legítima defensa en general, es decir, tanto la colectiva como la individual, la Corte Internacional de Justicia, interpretando la Carta de la ONU ha llegado a las siguientes conclusiones<sup>36</sup>.

- La legítima defensa se debe entender frente a un ataque consumado. No se acepta entonces la legítima defensa preventiva. En este sentido la Corte ha pronunciado lo siguiente: la legítima defensa individual y colectiva “no puede ser ejercida más que si el Estado interesado ha sido víctima de un ataque armado.”<sup>37</sup> Vale la pena resaltar que la legítima defensa anticipada ha sido aceptada por la comunidad internacional en el caso de la Guerra de los 6 días en 1967, cuando Israel atacó anticipadamente a los Estados árabes. Además, Estados Unidos, Francia, la Unión Soviética y el Reino Unido también han invocado la aplicación de tal concepto en diversos conflictos en la segunda mitad del siglo XX, aunque con la oposición de la comunidad internacional. Lo que vale la pena resaltar es que muchos Estados han reconocido que dicho derecho sí existe.

---

<sup>34</sup> CIJ, asunto *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, 1986, par. 195

<sup>35</sup> *Ibidem*, par. 198

<sup>36</sup> *Ibidem*.

<sup>37</sup> *Ibidem* par. 103

- La legítima defensa está regida por los principios de la necesidad (la fuerza debe ser el único medio al que puede recurrir un Estado para repeler la agresión), la inmediatez (ésta ha de ejercerse sin solución de continuidad entre el ataque y la resistencia), la proporcionalidad (se debe utilizar la fuerza de manera que exista una relación mesurada entre el ataque y la respuesta) y la provisionalidad (se debe utilizar la fuerza sólo hasta que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacional).

Además de la legítima defensa del artículo 51 y el ataque justificado a los Estados enemigos de aquellos firmantes de la Carta contenido en el artículo 107 por costumbre, también se han planteado otras excepciones al uso de la fuerza, aunque sin lograr la absoluta aceptación en la comunidad internacional. Estos son según Greenwood:

- “La intervención por invitación
- La Protección de nacionales en el exterior
- La Intervención humanitaria”<sup>38</sup>

Así, queda en evidencia la creciente preocupación por incluir los nuevos fenómenos de violencia del orden contemporáneo a la regulación del *ius ad bellum*. Christine Gray confirma esto cuando establece: “la Corte Internacional de Justicia en el caso de Nicaragua aparentemente consideró las disposiciones de la

---

<sup>38</sup> BOTHE, Michael et al. *Op cit.* Pg 3. Traducción hecha por el autor.

Carta (de la ONU) como dinámicas y no pétreas, y por lo tanto, con capacidad de cambiar con el paso del tiempo a las prácticas de los Estados.”<sup>39</sup>

De esta manera, tras haber hecho un recorrido histórico del concepto del *ius ad bellum*, enfatizando en el contenido de éste después de la Segunda Guerra Mundial, se puede evidenciar el alcance de dicho concepto. Podemos afirmar entonces que éste tiene como objeto la prohibición general del uso de la fuerza entre los Estados posibilitando ciertas excepciones. En pocas palabras el *ius ad bellum* siempre se ha preocupado, desde sus inicios, cuándo un Estado está o no legitimado para ir a la guerra, tal como quedó en evidencia durante el desarrollo de este concepto. Además, se han incorporado nuevas preocupaciones sobre el uso de la fuerza en los conflictos del orden contemporáneo. Hoy en día esta rama del Derecho Internacional Público considera hechos que eran impensables anteriormente, tales como la definición de la legítima defensa colectiva y la diferencia entre ataque armado e incidente fronterizo.

Sin embargo, y tal como lo advertíamos anteriormente, existen muchos fenómenos que no son pacíficos a la hora de establecer el derecho que un Estado tiene en usar la fuerza de manera legítima. Es allí, en eventos como la intervención humanitaria, claro ejemplo de la preocupación por los individuos, donde se tienen que hacer los mayores esfuerzos para sentar unas bases jurídicas sólidas y reivindicar así el papel pacificador y regulador del Derecho Internacional Público.

---

<sup>39</sup> GRAY, Christine. *Op Cit.* Pg 7. Traducción hecha por el autor

Sobre esta situación, Gray, hablando sobre las intervenciones humanitarias en el pasado, da luces sobre lo poco desarrollado que ha sido este concepto en el *ius ad bellum* cuando dice que “la acción india en Bangladesh (1971) que ayudó al pueblo a asegurar su independencia de Pakistán y finalizar la represión, la acción tanzaní en Uganda (1979) que llevó a la caída de Idi Amin y la invasión vietnamita a Cambodia (1978) que causó la caída de Pol Pot, no fueron justificados por India, Tanzania o Vietnam bajo el supuesto de la intervención humanitaria; por el contrario, los Estados que usaron la fuerza se enfocaron en gran parte en justificar su acción en la legítima defensa.”<sup>40</sup>

Es así como, teniendo claro el concepto del *ius ad bellum*, sus desarrollos históricos y conceptuales y sus limitaciones actuales, podemos pasar a entender el alcance del *ius in bello* para ver allí cómo se ha incorporado la preocupación por el individuo.

### **3.2 *Ius in Bello* (Derecho de la Guerra o Derecho Internacional Humanitario)**

El Derecho Internacional Humanitario es una de las divisiones más importantes del Derecho Internacional Público en la actualidad y fue una de las primeras ramas de esta disciplina en considerar como sujetos de ésta a los individuos<sup>41</sup>. Para tener

---

<sup>40</sup> *Ibidem*. Pg 32. Traducción hecha por el autor.

<sup>41</sup> BOTHE, Michael et al. *Op Cit*. Pg 8

un entendimiento claro de esta área, es importante comprender su definición y sus particularidades.

El nacimiento de esta área del Derecho Internacional Público es relativamente nuevo. Christopher J. Greenwood, nos explica que “el término Derecho Internacional Humanitario es de un origen relativamente reciente y no aparece en las Convenciones de Ginebra de 1949. El Derecho Internacional Humanitario comprende todas aquellas reglas del Derecho Internacional que están encargadas de regular el tratamiento de un individuo, sea este un militar o un civil, o un herido o activo, en conflictos armados internacionales. (...) El Derecho Internacional Humanitario incluye a la mayoría de lo que solía ser conocido como el Derecho de la Guerra, aunque estrictamente hablando, algunas partes de esa regulación, tal como el principio de neutralidad, no son incluidas dado que su propósito principal no es humanitario.”<sup>42</sup>

Así, dos cosas quedan claras tras la explicación brindada por Greenwood. En primer lugar, el objetivo de esta serie de normas es garantizar la humanización del conflicto armado. En segundo lugar, citando una vez más a este autor norteamericano, el Derecho Internacional Humanitario “constituye una reafirmación y desarrollo del tradicional Derecho de Guerra (*ius in bello*). En este contexto, la mayoría de las reglas del Derecho de la Guerra se extienden incluso a aquellos conflictos armados internacionales que las partes no consideran como

---

<sup>42</sup> *Ibidem*. Pg 9. Traducción hecha por el autor. .

guerras. El término Derecho Internacional Humanitario se encarga de este desarrollo.”<sup>43</sup>

Ahora bien, el Derecho Internacional Humanitario ha tenido un desarrollo tan profundo, como se verá más adelante, que se concluye que éste no se debe circunscribir única y exclusivamente a los conflictos internacionales. Valencia, de manera tajante afirma que “el Derecho Internacional Humanitario se aplica indistintamente a todos los conflictos armados: a los interestatales y a los intraestatales.”<sup>44</sup>

Con lo anterior queda abierta así la posibilidad de exigir el cumplimiento del Derecho Internacional Humanitario tanto en conflictos internacionales (sean estos generados en uso legítimo de la fuerza, autorizado por la Carta de las Naciones Unidas o como respuesta a la violación de la prohibición del uso de la fuerza, ambas situaciones reguladas por el *ius ad bellum* o Derecho a la Guerra) como en conflictos nacionales consistentes en guerras civiles, disturbios internos o movimientos de insurrección popular. Esto último es de suma importancia para nuestro ensayo, pues abre las puertas para que las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario se apliquen directamente y sin mayor justificación a los conflictos armados contemporáneos para lograr así la protección a los derechos de los individuos y, en consecuencia, reivindicar el papel regulador y pacificador del Derecho Internacional Público.

---

<sup>43</sup> *Ibidem*. Pg 8. Traducción hecha por el autor.

<sup>44</sup> VALENCIA Restrepo, Hernán. *Op Cit*. Pg 808

Entendida la definición y alcance del Derecho Internacional Humanitario, resulta pertinente estudiar el desarrollo histórico que ha presentado. Vale la pena insistir, tal como quedó claro más atrás, que el Derecho Internacional Humanitario recoge lo desarrollado por el Derecho de la Guerra. Miremos, entonces el desarrollo histórico de esta área del Derecho Internacional Público.

El *ius in bello* arranca formalmente por los avances doctrinales de la Escuela Española de Derecho Natural, “con postulados tales como que en la guerra son lícitos todos los medios conducentes a la defensa del bien público y la obligación de respetar a los inocentes o a la población civil”<sup>45</sup> La Paz de Westfalia en 1648 también resulta ser un periodo importante para el Derecho de la Guerra puesto que fue durante esta época que se crearon las Ordenanzas Militares aplicables a las hostilidades cuyo fin era humanizar la guerra. Pero definitivamente es en el siglo XIX, gracias a la codificación de sus normas, que el Derecho de la Guerra tiene su mayor desarrollo. El 18 de abril de 1856 se redacta la Declaración de Paris, encaminada a abolir el corso marítimo. El 22 de agosto de 1864 se adopta la Convención para la Mejora de la Suerte de los Militares Heridos. Posteriormente, la Declaración de San Petersburgo del 29 de noviembre se prohibió el uso de munición para armas de peso inferior a 400 gramos.

El siglo XX también jugó un papel determinante en el desarrollo histórico del *ius in bello*. Gracias a las Convenciones de la Haya, aparece por primera vez el

---

<sup>45</sup> *Ibidem*. Pg 809

Derecho Internacional Humanitario como disciplina independiente, recogiendo lo desarrollado hasta ese momento por el Derecho de la Guerra. Estas se firman en 1864 y en 1907 siendo la más importante de las dos la de 1907, también llamada la Convención sobre Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre. Esas Convenciones han tenido un peso extraordinario en el desarrollo ulterior del ius in bello por 4 razones:

1. “Ellas se ocupan de los modos y los medios de combatir, regulando las hostilidades e imponiendo límites a los medios de hacer la guerra. Esto es conocido, dentro de la disciplina del Derecho Internacional Público, como el Derecho de la Haya.
2. Se introdujo por primera vez en la historia la cláusula *Martens*. Esta fue propuesta por un jurista ruso de igual nombre cuya intención era llenar las lagunas y vacíos que podría tener el derecho internacional humanitario con los principios de derecho internacional resultantes de los usos establecidos entre las naciones civilizadas, las leyes de la humanidad y las exigencias de la conciencia pública, evitando así que las poblaciones y los beligerantes quedaran libradas a la barbarie.
3. Sirvieron como sustento jurídico para juzgar los crímenes de guerra en los tribunales de Nüremberg y Tokio, independientemente de la ratificación por los Estados implicados. Esto fue así porque se consideró que “las normas contenidas en ellas estaban reconocidas por todas las naciones civilizadas y eran declarativas de las leyes y costumbres de los conflictos armados.”<sup>46</sup>

---

<sup>46</sup> *Ibidem*. Pg 811

4. Se incluyó la cláusula *si omnes* que pretendía aplicar el contenido de las Convenciones solamente a aquellos conflictos donde todas las partes fueran firmantes de las Convenciones. Esto impidió que el Derecho de la Haya hubiese sido aplicado durante la Primera Guerra Mundial, puesto que Serbia, Montenegro y Liberia no eran partes firmantes de las convenciones pero hacían parte del conflicto.”<sup>47</sup>

Ahora bien, es sólo después de la Segunda Guerra Mundial con la celebración de las Convenciones de 1949 y los Protocolos de Ginebra de 1977 de Ginebra que el Derecho Internacional Humanitario adquiere la complejidad y la importancia de la actualidad. Son cuatro convenciones las aprobadas en la ciudad suiza el 12 de agosto de 1949 destinadas a regular los siguientes temas:

- Heridos y enfermos en la guerra terrestre
- Heridos, enfermos y náufragos en la guerra naval
- Prisioneros de guerra
- Personas civiles.

Los logros más importantes de estas Convenciones consisten en haber establecido que el desarrollo jurídico alcanzado por ellas se aplica de manera obligatoria, independientemente del consentimiento de un Estado en adherir a éstas. Además, las mismas Convenciones de Ginebra establecieron que el contenido de éstas hacía parte de las normas del *Ius Cogens* lo que significa que sus destinatarios no pueden derogarlas, desconocerlas ni modificarlas.

---

<sup>47</sup> *Ibidem*. Pg 811

También se estableció que las Convenciones serían aplicadas a todos que los que participaran en cualquier tipo de conflicto armado, fuera este de carácter internacional o intraestatal, avance que es trascendental para el propósito de este ensayo pues con esto se logra proteger a los individuos dentro de los conflictos armados del orden contemporáneo. Finalmente se logró que se consagrara la intervención de una potencia protectora encargada de salvaguardar los intereses de las partes contendientes, cooperar y concurrir a la ejecución de las Convenciones.

Con el paso del tiempo, los alcances que acabamos de enunciar parecieron resultar insuficientes al evidenciarse un aumento en las bajas provenientes de la población civil y un enorme incremento en el poder destructivo de la tecnología armamentista desarrollada hasta la época, muestra esto de la contradicción a la que nos referíamos anteriormente en este trabajo. Así entonces, una vez más en Ginebra, esta vez en 1977, se celebraron dos Protocolos. El primero de ellos fue sobre la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales. El segundo de ellos se dedicó a proteger las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional.

Los alcances más importantes de los desarrollos de los Protocolos consistieron en establecer ciertas definiciones que las cuatro Convenciones de Ginebra habían omitido. El artículo primero del Protocolo II de Ginebra estableció que “un conflicto armado no internacional es una conformación entre la autoridad gubernamental

existente y grupos de personas subordinadas a cierta autoridad, que se realiza bajo la fuerza de las armas dentro de un territorio nacional y alcanza la magnitud de una revuelta armada o de una guerra civil.”<sup>48</sup>

Hoy en día, los logros en la aplicación del Derecho Internacional Humanitario después de toda su evolución histórica tomando como referencia lo expresado por Greenwood son:

- “El Derecho Internacional Humanitario es aplicable a los conflictos armados internacionales o internos. “Los conflictos armados internacionales existen si una de las partes utiliza la fuerza de las armas contra alguna otra parte. Esto también ha de aplicarse a aquellos casos de total o parcial ocupación militar, aún si esa ocupación no encuentra resistencia armada.”<sup>49</sup> Es irrelevante si una de las partes del conflicto consideran estar en guerra con ellas mismas y la manera como describen el conflicto.
- La aplicación del Derecho Internacional Humanitario no es dependiente en una declaración formal de guerra. Las declaraciones formales de guerra actualmente ocurren de manera ocasional.
- La aplicación del Derecho Internacional Humanitario en conflictos armados internacionales no depende si el conflicto armado fue empezado de acuerdo o en violación de las normas del Derecho Internacional.

---

<sup>48</sup> BOTHE, Michael et al. *Op Cit.* Pg 47. Traducción hecha por el autor.

<sup>49</sup> *Convenciones de Ginebra*, Artículo 2 común, párrafo 2

- En los conflictos armados no internacionales cada parte está obligada a aplicar, como mínimo, las disposiciones fundamentales del derecho internacional humanitario.”<sup>50</sup>

A estos alcances en la aplicación del Derecho Internacional Humanitario se le han hecho algunas críticas. Héctor Charry Samper, un reconocido internacionalista colombiano expresó que “admirable en su conjunto, la tarea de 1977 resultó incompleta. Nuevos fenómenos, inéditos o de una ferocidad intempestiva, amenazan su edificio. Nunca discutimos, por ejemplo, el papel que un caso como el narcotráfico representa como desafío, que cambia muchos supuestos de la relación entre la subversión y el Estado. Tampoco se previó el caso territorial de un Estado (casos como los de nuestras fronteras con Venezuela y prácticamente todos los vecinos), que no son conflicto internacional stricto-sensu pero dejan de ser, a la vez conflicto sin carácter internacional. El llamado paramilitarismo, ¿cómo se encuadra en las normas de 1977 de una manera convincente?”<sup>51</sup>

Dicha afirmación deja claro que existen enormes retos pendientes para lograr incorporar de manera satisfactoria los nuevos fenómenos del orden contemporáneo al Derecho Internacional Humanitario. Es así como podemos afirmar que si bien es cierto existe un consenso sobre la definición del *ius in bello* (las normas que se deben respetar para limitar las acciones armadas en los casos de conflictos armados internos e internacionales para así proteger a los

---

<sup>50</sup> BOTHE, Michael et al. *Op Cit.* Pgs 39-49. Traducción hecha por el autor

<sup>51</sup> CHARRY Samper, Héctor. *Reflexiones sobre el Derecho Humanitario y la Paz.* En: Revista de Estudios Sociales, No. 002, Diciembre 1998. Pg 10.

combatientes y no combatientes de actos de barbarie), no existe claridad sobre el alcance de esa limitación a fenómenos como la guerra entre grupos insurgentes, o la protección que se le debe dar, para los propósitos de este ensayo, a los individuos que pueden resultar violentados dentro del contexto de un conflicto intraestatal. El desarrollo histórico del ius in bello, adoptado recientemente por el Derecho Internacional Humanitario, ha mostrado un importante avance en esas limitaciones pero existe todavía un amplio camino por recorrer para lograr una clara aplicación en sede de diferentes tipos de conflictos armados del Derecho Internacional Humanitario.

### **3.3 Relación Entre El Ius Ad Bellum Y El Ius In Bello**

Tal como lo dijimos en el comienzo, estas dos áreas del Derecho Internacional Público están íntimamente ligadas. Dentro del desarrollo conceptual efectuado a ambas disciplinas quedó claro como tanto el ius ad bellum como el ius in bello tocan, en sus bases más fundamentales, con los fenómenos de la guerra y del conflicto armado.

Así, mientras el ius ad bellum se encarga de determinar cuándo se entiende legítimo o ilegítimo el uso de la fuerza, el ius in bello se ocupa de limitar el actuar bélico dentro de ciertos tipos de conflictos armados para evitar que los combatientes y no combatientes sean objeto de acciones calificadas por encima de los parámetros legales permitidos de violencia. Teniendo claro que se trata de disciplinas con objetos claramente diferenciables, descartando su carácter de

paralelas, es importante determinar cómo se tocan entre sí, es decir, si tienen una relación de contradicción o complementación. Para lograr esta tarea es importante hacernos algunas preguntas:

- ¿Es contradictorio prohibir el uso de la fuerza entre los Estados, tal como lo hace el *ius ad bellum*, y al mismo tiempo establecer reglas que limiten el uso de la fuerza de los mismos tal como lo predica el *ius in bello*?
- ¿Es necesario pasar por el *ius ad bellum* para poder aplicar el contenido del *ius in bello*?
- ¿Pueden complementarse el *ius ad bellum* y el *ius in bello* sabiendo que son dos disciplinas que tienen objetos diferentes o son absolutamente independientes?

La primera de las tres preguntas debe ser contestada de entrada de manera negativa. En primer lugar quedó claro dentro del desarrollo conceptual de ambas ramas que el *ius ad bellum* permite el uso de la fuerza bajo determinadas excepciones. Siendo esto así resultaría completamente lógico establecer un conjunto de normas que determinen un derecho a la guerra y al mismo tiempo establecer otro conjunto de normas que regulen, en caso de presentarse algunas de las excepciones al uso de la fuerza por parte de los Estados, el actuar bélico de esos Estados. En segundo lugar se debe tomar en consideración las acciones armadas perpetuadas por los Estados que escapan lo contenido dentro del *ius ad bellum*. Existe claramente la posibilidad de que un Estado decida desatender las

prohibiciones del artículo 2 (4) de la ONU, lo que claramente lo pondría por fuera del *ius ad bellum* por lo que resulta plenamente coherente que aún en esas circunstancias se limite el actuar bélico de ambos Estados contrincantes. Dicha situación nos lleva inexorablemente a resolver la segunda pregunta.

Dentro de la conceptualización del *ius in bello*, intentamos aclarar que no es necesario pasar por el *ius ad bellum* para aplicar las normas del Derecho Internacional Humanitario. Es más, y esto como diferencia entre ambas disciplinas, no es necesario ser un Estado para que se apliquen las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario. El *ius ad bellum* sólo es aplicable a los Estados pues tiene como objetivo principal regular el uso legítimo de la fuerza entre Estados mientras que *ius in bello* se extiende a todos aquellos actores que participan en un conflicto armado según lo establecido por las Convenciones y Protocolos de Ginebra.

Es por esta razón que inclusive en los ataques armados ilegítimos de un Estado sobre otros, los simples incidentes fronterizos y ciertos conflictos internos, casos en los cuales el *ius ad bellum* tiene poca relevancia, se debe aplicar el Derecho Internacional Humanitario puesto que el objetivo es evitar el uso desmedido de la fuerza dentro de un conflicto armado, sea este nacional o internacional. Queda descartada así la relación de necesidad entre ambas ramas de Derecho.

Se trata entonces de reafirmar aquí que ambas áreas del Derecho Internacional Público son complementarias. Alberto García Marín lo expresa claramente

cuando establece que la relación internacional bélica se contempla bajo dos aspectos: “el de los procedimientos legales de iniciar y terminar la guerra de conformidad con las reglas del derecho (*ius ad bellum*) y el del comportamiento, en situación de conflicto, respecto de las personas y los bienes que están afectadas por él (*ius in bello*).”<sup>52</sup>

El Derecho Internacional Público, en relación con el hecho inevitable históricamente del constante uso a la fuerza se ha preocupado por establecer las reglas bajo las cuales los Estados van a la guerra y a su vez, la manera como esos Estados y sus contrapartes, -sean estos otros Estados u otro tipo de organizaciones-, hacen esa guerra. La afirmación de una relación “complementaria” consistiría entonces en la regulación del mismo fenómeno, el uso de la fuerza en materia internacional, desde dos ramas que puedan brindar un adecuado tratamiento jurídico. Así, no podría predicarse que sin el *ius ad bellum* no hay *ius in bello* ni que sin el *ius in bello* no hay *ius ad bellum* sino que al unirse ambas disciplinas se genera un excelente complemento para entender el fenómeno del uso de la fuerza a nivel internacional.

Lo anterior tiene un significado importantísimo en términos de la reivindicación del Derecho Internacional Público al la hora de proteger el individuo. Gracias a esa relación de complementariedad podemos afirmar sin temor alguno que dentro de los conflictos armados, el Derecho Internacional Público, con algunas limitaciones claro está, ha logrado consagrar la preocupación por los derechos del individuo

---

<sup>52</sup> GRANDA Marín, Alberto. *Op cit.* Pg 9.

para poder reivindicar, en el contexto contemporáneo donde se generan nuevos tipos de confrontaciones militares, su papel de regular el orden político internacional y garantizar la paz y la seguridad internacional. Sin embargo, tal como quedó claro en el desarrollo de este capítulo, siguen existiendo enormes retos para lograr una verdadera protección a los derechos de los individuos dentro del orden contemporáneo pues, por ejemplo, fenómenos tan deplorables como el secuestro político de ciudadanos por parte de grupos al margen de la ley dentro de un conflicto intraestatal nunca han sido considerados desde el Derecho Internacional Público. Será esta una tarea que se deberá emprender para poder reivindicar el papel pacificador y regulador de esta disciplina.

Pasemos ahora a estudiar las otras ramas del Derecho Internacional Público que tocan de manera indirecta los conflictos armados, para ver cómo en éstas se ha generado también una creciente preocupación por los derechos de los individuos. Ocupémonos en primer lugar del área de los Derechos Humanos.

## **4. DERECHOS HUMANOS**

El propósito de este capítulo consiste en mostrar como la preocupación por los derechos de los individuos ha trascendido a tiempos de paz, o mejor, a tiempos donde no es posible aplicar el Derecho Internacional Humanitario. Nos encargaremos de definir conceptualmente esta disciplina, plantear su recorrido histórico e identificar los instrumentos jurídicos que desde el Derecho Internacional Público se han creado para proteger estos derechos y que permiten, para efectos de este trabajo, reivindicar el papel pacificador y regulador de esta disciplina.

### **4.1 Preocupación Internacional por los Derechos Humanos**

Esta rama del Derecho Internacional Público tiene un estrecho vínculo con el Derecho Internacional Humanitario. Históricamente, tal como quedó establecido anteriormente en este ensayo, fue el Derecho Internacional Humanitario la primera rama del Derecho Internacional Público encargada, mediante los avances del siglo XIX y XX, de regular la protección a los individuos de manera internacional. Esta característica es compartida con el área de los Derechos Humanos, lo que no significa que el Derecho Internacional Humanitario y los Derechos Humanos sean iguales.

Greenwood explica una de las diferencias entre ambas disciplinas sosteniendo que “el Derecho Internacional Humanitario tiene obviamente mucho en común con los Derechos Humanos, puesto que ambos cuerpos de reglas se ocupan de la protección del individuo. Sin embargo, hay unas diferencias importantes entre ellos. Los Derechos Humanos están diseñados para operar primordialmente en condiciones de paz y dentro del marco de una relación legal entre un Estado con sus ciudadanos. El Derecho Internacional Humanitario, por su parte, está principalmente preocupado con las condiciones anormales de un conflicto armado y la relación de un Estado con los ciudadanos del adversario, una relación basada en el poder antes que en la ley. Aún así, la importancia de los Derechos Humanos y los poderes de los Tribunales sobre Derechos Humanos han incrementado de manera importante dentro de los conflictos armados, en particular en la relación del Estado con un territorio ocupado.”<sup>53</sup>

Por otro lado, Henry J. Steiner y Philip Alston explican, en relación con lo que ocurre con la violación de una norma del Derecho Internacional Humanitario, que “la violaciones a los Derechos Humanos son diferentes. Éstas están arraigadas al interior de los Estados y, en primera instancia, no generan ninguna consecuencia internacional. (...) Todas estas violaciones pueden ser estudiadas en su totalidad dentro del marco normativo interno de un Estado. (...) Sin embargo, sería equivocado desarrollar un marco de estudio de los Derechos Humanos sin incluir como ingrediente principal los aspectos legales y políticos internacionales tales

---

<sup>53</sup> BOTHE, Michael et al. *Op Cit.* Pg 9. Traducción hecha por el autor

como las leyes, los procesos y las instituciones. Hemos insistido que los Derechos Humanos son un área distintiva del Derecho Internacional.”<sup>54</sup>

Es así como debemos entender que la preocupación de los Derechos Humanos por proteger al individuo y garantizarle ciertos derechos nace en el ámbito nacional, a diferencia de las otras ramas del Derecho Internacional Público, tal como sucede tradicionalmente con el Derecho Internacional Humanitario, que se originan en la interacción entre Estados o sujetos de diferente nacionalidad.

Esto hace que el desarrollo principal de esta disciplina haya efectuado dentro de los Estados Nación, lo que significa que la protección de los Derechos Humanos recae en primera instancia en los Estados. Eso no impide que “el desarrollo interno de muchos Estados haya estado demasiado influenciado por el Derecho Internacional y sus instituciones, como también por las presiones de otros Estados que intentan implementar el Derecho Internacional (...).”<sup>55</sup>

Lo anterior es de trascendental importancia para el propósito de este texto pues, tal como lo advierten Steiner y Alston “los Derechos Humanos deben ser entendidos en el mundo moderno como un movimiento internacional cuyo estudio involucra necesariamente el Derecho Internacional y sus instituciones, y también como un movimiento dentro y entre Estados.”<sup>56</sup> Tal afirmación nos ayuda a

---

<sup>54</sup> STEINER, Henry J. y ALSTON, Philip. *International Human Rights in Context*. Oxford University Press, Nueva York, 1996. Pg 24. Traducción hecha por el autor.

<sup>55</sup> *Ibidem*. Pg 24.

<sup>56</sup> *Ibidem*. Pg 24.

caracterizar la disciplina de los Derechos Humanos, entendida como una rama independiente del Derecho Internacional Público preocupada por los derechos de los individuos en tiempos de ausencia de conflicto armado.

Es así como, en primer lugar, encontramos que existe una enorme preocupación desde la comunidad internacional para que todos los Estados del planeta garanticen la protección a los Derechos Humanos. Aust da cuenta de esto cuando afirma que “el periodo Nazi fue notorio por sus masivas violaciones a los Derechos Humanos. Los próximos sesenta años estuvieron marcados por el desarrollo de sofisticados tratados sobre Derechos Humanos.”<sup>57</sup> Esta preocupación se ve reflejada en una enorme cantidad de convenciones, tratados e instituciones, que a través de mecanismos internacionales, pretenden proteger lo que en principio está en cabeza del Estado.

En segundo lugar debemos entender que en materia internacional los individuos que disfrutan de la protección de los Derechos Humanos son los ciudadanos de aquellos Estados que hagan parte de Tratados que los protejan, sean estos tratados Universales o Regionales. Aust explica que “los intentos para aplicar la protección de los Derechos Humanos a actos que ocurren fuera del territorio de las partes firmantes han sido generalmente frustrados. En *Bankovic* en 2001, la Corte Europea de Derechos Humanos unánimemente estableció que la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos (CEDH) no protegía a los civiles en la República Federal de Yugoslavia que fueron dados de baja en los

---

<sup>57</sup> AUST, Anthony. *Op Cit.* Pg 234 Traducción hecha por el autor

ataques realizados por ciertos miembros de la OTAN, dado que bajo la CEDH, la jurisdicción es esencialmente territorial.”<sup>58</sup>

En tercer lugar debemos resaltar que en materia internacional la protección de la integridad de los Derechos Humanos se garantiza en relación con los Estados. Es Aust quien una vez más nos explica que “los derechos son contra el Estado, no contra personas privadas. Un ataque por un ladrón, por serio y desagradable que sea, no es en si mismo un quebrantamiento de los Derechos Humanos de la víctima. Pero si un policía lo ataca sus Derecho Humanos pudieron haber sido violados. Usted podría entonces estar legitimado para llevar el asunto directamente a un tribunal internacional. Sin embargo, si existiesen vías disponibles en la ley nacional, usted debe primero agotarlas, a no ser que esto resulte irracional, por ejemplo, si el proceso fuese excesivamente largo o el remedio inefectivo.”<sup>59</sup>

Estas características son de una enorme relevancia para el propósito de este ensayo puesto que nos permiten ampliar la protección de los Derechos Humanos de los individuos, los que claramente se ven vulnerados y desprotegidos desde el ámbito internacional por los conflictos armados contemporáneos. Exaltemos entonces la importancia de entender que los Derechos Humanos son, en la actualidad, una preocupación fundamental de la comunidad internacional. Miremos ahora cuál ha sido el desarrollo histórico de esta disciplina, vista a través

---

<sup>58</sup> *Ibidem.* Pg 234. Traducción hecha por el autor

<sup>59</sup> *Ibidem.* Pg 235. Traducción hecha por el autor

de las organizaciones internacionales y los tratados celebrados en relación con esta materia.

## **4.2 Desarrollo Histórico de los Derechos Humanos**

Tal como lo dijimos anteriormente, en un principio, la preocupación sobre la protección de los Derechos Humanos era de incumbencia de los Estados. La preocupación internacional por proteger esos derechos estuvo, en un principio, íntimamente ligada con el desarrollo del Derecho Internacional Humanitario. Así pues, los derechos de los individuos eran considerados como una preocupación legítima del Derecho Internacional Público sólo en tiempos de guerra. De esta manera, en contextos de paz, existían intereses muy limitados para que un grupo de Estados se interesara por el bienestar de un grupo de individuos que estaban sometidos aun orden Estatal cualquiera.

Steiner y Alston explican que “los Estados se interesaban en asegurar que sus nacionales (y la propiedad de sus nacionales) fueran tratados razonablemente, justamente en el territorio de otro Estado.”<sup>60</sup> En otras palabras, esto significa que la preocupación por el destino que le deparaba a los individuos dentro de un Estado en específico sólo era legítima si se trataba de individuos de un Estado que habitaban en otro y que, lógicamente, estaban sometidos a su ordenamiento jurídico. Esa era entonces el caso de ciertos grupos étnicos, los diplomáticos o

---

<sup>60</sup> STEINER, Henry J. y ALSTON, Philip. *Op Cit.* Pg 114. Traducción hecha por el autor.

ciertos grupos religiosos que resultaban protegidos por acuerdos bilaterales entre Estados.

Como desarrollo posterior, a partir del siglo XVII se empezó a gestar desde el punto de vista internacional una preocupación legítima por el bienestar de los individuos propios de un Estado. Estos mismos autores señalan que “la preocupación por el bienestar humano de un individuo se hizo parte del sistema internacional en el siglo XVII y XIX con ciertos temas muy específicos y discretos. En el siglo XIX Estados europeos y americanos abolieron la esclavitud y el comercio de esclavos.”<sup>61</sup>

Al inicio del siglo XX, siguiendo una vez más lo dicho por Steiner y Alston, la preocupación por la protección de los derechos de los individuos dentro de un Estado siguió siendo tímida. Después de la Primera Guerra Mundial, la Liga de las Naciones obligó a ciertos Estados Miembro de la Organización a que adhirieran a algunos “tratados de minorías” patrocinados por ésta donde se garantizaba el respeto por los derechos de ciertas minorías étnicas, religiosas o nacionales. También, durante esta época, surgió una enorme preocupación por la protección de la clase trabajadora mundial, hasta ese entonces subestimada. Fue así como se creó la Oficina Mundial del Trabajo, conocida hoy como la Organización Mundial del Trabajo, OIT.

---

<sup>61</sup> *Ibidem*. Pg 114. Traducción hecha por el autor.

En pocas palabras, hasta la Segunda Guerra Mundial, la preocupación internacional por la protección de los derechos de los individuos bajo tutela de un Estado sólo estaba dirigida a ciertas minorías específicas que los Estados, mediante tratados bilaterales, se obligaban a garantizar. Todo esto cambiaría drásticamente con los nefastos eventos de la Segunda Guerra Mundial.

Tras observar los lamentables resultados del conflicto, la recién creada Organización de las Naciones Unidas, ONU, adoptó en 1948 la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Aunque algunos académicos consideran que dicha declaración es un tratado, esta no lo es. Su importancia radica en las consecuencias que a nivel internacional ha generado. Así lo explica Aust cuando establece que “aunque frecuentemente citada como si fuera obligatoria, la declaración no es un tratado. Pero ésta promovió la fundación de los tratados universales y regionales que la siguieron.”<sup>62</sup>

En relación con los mecanismos universales de protección de los Derechos Humanos, encontramos dos escenarios; la ONU y ciertos tratados y convenciones de alcance universal. La ONU posee una serie de órganos encargados de garantizar la protección de los Derechos Humanos desde el ámbito internacional. El Consejo Económico y Social (ECOSOC), la Comisión sobre Derechos Humanos (CHR) y las Comisiones Tercera y Sexta de la Asamblea General de la Organización son las más destacadas en relación con la protección de los Derechos Humanos.

---

<sup>62</sup> AUST, Anthony. *Op Cit.* Pg 235. Traducción hecha por el autor

En cuanto a los acuerdos y tratados universales, encontramos los siguientes: la Convención de los Refugiados de 1951, las Convenciones sobre los Individuos sin Estado de 1954 y 1961, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 1966 (CERD), el Acuerdo Internacional sobre Derechos Políticos y Civiles de 1966 (ICCPR), el Acuerdo Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (ICESCR), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación de la Mujer de 1979 (CEDAW), la Convención sobre los Derechos de los niños de 1989, y la Convención contra la Tortura y Otros Tratamientos y Castigos Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1989. Vale la pena resaltar que no existe hasta la actualidad un convención que se encargue de tratar la crisis humanitaria del desplazamiento interno, hallazgo que resulta fundamental para efectos de este ensayo, puesto que este fenómeno resulta ser uno de los de mayor importancia en los conflictos contemporáneos, según lo afirma el ACNUR.<sup>63</sup>

Ahora bien, también existe un enorme desarrollo del movimiento de los Derechos Humanos en el ámbito regional. Son acuerdos o tratados celebrados entre grupos de Estados que comparten una situación geográfica común que han dado origen a tribunales y organizaciones de carácter internacional. Estos acuerdos y tratados son: la Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales

---

<sup>63</sup> “For decades they were largely ignored and forgotten, but together they probably comprise the world’s largest group of vulnerable people. Currently there are an estimated 23.7 million of them in at least 50 countries living amidst war and persecution. They have little legal or physical protection and a very uncertain future – outcasts in their own countries.” Tomado de: *The Protection of Internally Displaced Persons and the Role of the UNHCR*, En: <http://www.unhcr.org/excom/EXCOM/45dd5a712.pdf>. Consultado el 6 de abril de 2007.

de 1950 (ECHR), la Convención Interamericana de los Derechos Humanos de 1969, la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 y la Carta Árabe sobre los Derechos Humanos (acuerdo que todavía no entra en vigencia). Todos estos acuerdos regionales reproducen básicamente lo establecido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU y el ICCPR.

Aust, en un intento por resumir brevemente los derechos políticos y civiles más importantes de todos estos instrumentos internacionales, tanto universales como regionales, elaboró en su texto *Handbook of International Law* un listado bastante ilustrativo. Según él los Derechos Humanos más relevantes son:

- “El Derecho a la Vida
- La Prohibición de la Tortura
- La Prohibición de la Esclavitud y el Trabajo Forzado
- El Derecho a la Libertad y Seguridad
- El Derecho a un Juicio Justo
- La Inexistencia de Castigo sin Ley Previa *Nulla Poena Sine Legem*
- El Respeto por la Vida Privada y Familiar
- La Libertad de Pensamiento, Conciencia y Religión
- La Libertad de Expresión
- La Libertad de Asociación
- El Derecho al Matrimonio
- El Derecho a Elecciones Libres

- El Derecho a la Propiedad
- El Derecho a la Educación
- La Prohibición a la Discriminación.<sup>64</sup>

Ahora bien, entendidos el concepto de los Derechos Humanos como una preocupación nacional que se convierte, después de la Segunda Guerra Mundial, en un movimiento internacional; los instrumentos jurídicos que desde el Derecho Internacional, tanto universales como regionales, existen para proteger los Derechos humanos; y cuáles son, a grosso modo, los Derechos Humanos más importantes, nos falta por examinar los mecanismos existentes para hacerlos exigibles forzosamente. Estudiemos ahora cuáles son los tribunales internacionales encargados de proteger los Derechos Humanos consagrados en los tratados ya estudiados.

### **4.3 Tribunales Internacionales Encargados de Proteger los Derechos Humanos**

En cuestiones regionales encontramos que ciertos tratados han dado origen a tribunales internacionales de justicia, encargados de hacer valer lo establecido en los instrumentos jurídicos. La ECHR fundó originalmente la Comisión Europea de los Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos, que en 1998 fueron remplazadas por una sola institución, la moderna Corte Europea de Derechos Humanos. La Convención Interamericana de los Derechos Humanos de

---

<sup>64</sup> *Ibidem.* Pgs 239-244. Traducción hecha por el autor.

1969 reprodujo la experiencia europea, teniendo, con sede en San José de Costa Rica, la Comisión y la Corte de Derechos Humanos, inauguradas ambas en 1979. En África la situación es similar. Allí existe la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos que entró a regir el 25 de enero de 2004. Sólo la Carta Árabe sobre Derechos Humanos que fue elaborada en 1994 y que todavía no ha entrado en vigencia se abstiene de consagrar una corte que garantice la aplicación de sus disposiciones.

En materia de tratados de alcance universal, la ONU posee el Comité de los Derechos Humanos. Es necesario resaltar que dicho comité no es considerado como una corte pues éste cumple funciones de verificación para emitir declaraciones sobre el comportamiento de los Estados miembros en relación con la protección a los Derechos Humanos.

Así pues llegamos al fin del análisis sobre la rama de los Derechos Humanos. Es de vital importancia resaltar que hoy en día la lucha por estos es considerada de altísima prioridad desde el Derecho Internacional. En relación con este ensayo hemos descubierto que si bien existen los mecanismos óptimos para exigir del Estado Nación la protección de los Derechos Humanos desde los tribunales internacionales de los organismos a los cuales pertenece, siguen existiendo vacíos importantes sobre la trascendencia que tienen algunos fenómenos, como el desplazamiento, que se generan con altísima frecuencia en los conflictos contemporáneos y que resultan ser violatorios de los Derechos Humanos.

También, desde la disciplina de los Derechos Humanos, existe la imposibilidad de enjuiciar a autores no Estatales que efectivamente violen estos derechos. Por esto se hace necesario analizar en el siguiente acápite de este ensayo un área del Derecho Internacional Público que nos permita cumplir con este propósito. Estudiemos entonces el Derecho Internacional Penal.

## **5. DERECHO INTERNACIONAL PENAL**

Este capítulo está orientado a explorar un área del Derecho Internacional Público que normalmente no está asociada con la protección de los derechos de los individuos. Sin embargo, demostraremos cómo, dentro de la nueva dinámica del orden contemporáneo, se hace indispensable el papel que el Derecho Internacional Penal cumple a la hora de juzgar los sujetos que cometen crímenes internacionales. Miraremos, en el desarrollo de las próximas páginas, cómo hoy en día se han incluido crímenes tendientes a proteger los derechos de los individuos y se han instalado tribunales encaminados a juzgar particulares que violen estos derechos.

### **5.1 Conceptualización del Derecho Internacional Penal**

Tal como ocurre con el Derecho Internacional Humanitario y con los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Penal ha tenido su más amplio desarrollo en el siglo XX. Eso no significa que esta disciplina hubiera tenido su origen durante esta época, pues tal como lo expresa Valencia, en la antigüedad “el Derecho Internacional Penal estaba formado sólo por los delitos, que el derecho de gentes consideraba internacionales.”<sup>65</sup>

---

<sup>65</sup> VALENCIA, Hernán. *Op Cit.* Pg 893.

Ahora, antes de empezar a explicar el desarrollo histórico que ha tenido esta rama del Derecho Internacional Público, es necesario conceptualizar qué se entiende por Derecho Internacional Penal, tal como lo hemos hecho para el Derecho Internacional Humanitario y los Derechos Humanos.

Aust explica de manera concisa que “el término Derecho Internacional Penal es solamente una manera útil de describir aquellos aspectos del Derecho Internacional Público que se relacionan con ciertos crímenes que tienen un aspecto y dimensión internacional.”<sup>66</sup> Esto nos lleva inmediatamente a plantearnos el siguiente interrogante: ¿Son este tipo de crímenes los que consagra un ordenamiento jurídico nacional o existen también crímenes de carácter internacional?

La respuesta es la siguiente: Existen algunos crímenes nacionales<sup>67</sup> que tienen relevancia a nivel internacional por varias razones. Pero también existen crímenes que, así no sean nacionales, son de carácter internacional por atentar contra la costumbre de la comunidad internacional. Examinemos primero los crímenes nacionales con relevancia internacional.

La relevancia de ciertos crímenes nacionales está, en la mayoría de los casos, atado al fenómeno de la asistencia y la cooperación internacional. Aust nos advierte que “la mayor facilidad con las que las personas ahora viajan al exterior,

---

<sup>66</sup> AUST, Anthony. *Op Cit.* Pg 263. Traducción hecha por el autor

<sup>67</sup> Por estar consagrados por un ordenamiento jurídico nacional.

significa que las autoridades de un Estado que investigan o juzgan un crimen pueden necesitar la ayuda de otros Estados.”<sup>68</sup> Es así como se explica la existencia de organizaciones internacionales tales como la INTERPOL, cuya finalidad es reunir a las fuerzas policiales del mundo para facilitar las capturas de delincuentes que se desplacen al exterior del Estado donde cometieron su crimen y el intercambio de inteligencia sobre investigaciones criminales.

También se explica, desde la misma lógica de asistencia y cooperación, la celebración de tratados y acuerdos de asistencia en materia criminal y extradición. Aust explica que “la asistencia puede ser suministrada por un Estado de manera informal. Pero, si existe una necesidad frecuente de ayuda, los tratado bilaterales o multilaterales o los esquemas de asistencia legal mutua en materia criminal pueden ser deseables.”<sup>69</sup>

En relación con este primer aspecto del Derecho Internacional Penal, y para efectos de este ensayo, vale la pena resaltar solamente la importancia que tienen esos instrumentos jurídicos de cooperación y asistencia internacional para perseguir los individuos que nacionalmente son considerados criminales. Resulta más relevante, desde el objetivo mismo de este trabajo, analizar los crímenes internacionales para poder determinar si estos ocurren dentro del contexto de los conflictos armados contemporáneos. Así podríamos aportar, desde el Derecho Internacional Penal, un nuevo criterio para la protección de los derechos de los

---

<sup>68</sup> AUST, Anthony. *Op Cit.* Pg 263. Traducción hecha por el autor

<sup>69</sup> *Ibidem.* Pg. 263. Traducción hecha por el autor

individuos y reivindicar la enorme importancia del Derecho Internacional Público en el mundo contemporáneo.

Siguiendo a Aust nuevamente, éste nos advierte que “no hay una definición acordada de crimen internacional, pero es un término conveniente para aquellos crímenes que son de incumbencia de todo Estado por su efecto corrosivo sobre la sociedad internacional o su terrible naturaleza.”<sup>70</sup>

Este autor británico señala que la primera particularidad de este tipo de crímenes es que la comunidad internacional no responsabiliza a un Estado en particular sino que el reproche por tan deplorable acción recae directamente sobre el individuo que la realiza.

Según Aust, la segunda particularidad de los crímenes de carácter internacional es que un Estado puede perseguir al individuo que ha cometido uno de ellos en cualquier lugar del mundo. Esto ha sido llamado por la doctrina internacional como una jurisdicción universal.

Como tercera particularidad, Aust señala que estos crímenes no tienen que coincidir con delitos plasmados en los ordenamientos jurídicos nacionales. La razón de ser de esta característica proviene directamente de la segunda Guerra Mundial donde algunos de los actos cometidos por los funcionarios del régimen

---

<sup>70</sup> *Ibidem*. Pg. 268. Traducción hecha por el autor

Nacional Socialista, aún siendo legales internamente, fueron considerados como crímenes internacionales.

Así, entendido el concepto del Derecho Internacional Penal, pasemos a hacer un breve recorrido histórico de esta rama del Derecho Internacional Público.

## **5.2 Historia del Derecho Internacional Penal**

La noción de Derecho Internacional Penal va íntimamente ligada al desarrollo que han tenido los crímenes internacionales a través de la historia. Aust hace un listado de los crímenes internacionales con mayor relevancia hoy en día con la sola intención de ilustrar qué se entiende por crimen internacional. Este listado, que a continuación transcribiremos, no pretender ser exhaustivo, pues como el mismo autor lo aclara “los crímenes discutidos más adelante no son los únicos que pueden ser llamados crímenes internacionales. El término también se utiliza para describir los crímenes establecidos en tratados internacionales (algunos crímenes terroristas, ofensas relacionadas con la droga, etc.) que imponen obligaciones a los Estados Miembros de criminalizar dichas actividades.”<sup>71</sup> En ese sentido, estos son algunos crímenes internacionales:

- Piratería: Este crimen consiste en un acto ilegal de violencia o detención cometido en alta mar contra una embarcación privada con intenciones privadas que ha sido practicado desde hace muchos siglos. No existe un

---

<sup>71</sup> *Ibidem*. Pg. 269. Traducción hecha por el autor

instrumento jurídico que lo defina por lo que es la costumbre internacional la que de la el título de crimen internacional.

- Esclavitud: Aunque es una práctica antigua y ha sido considerada por varias décadas como un crimen internacional, el derecho de dominio sobre seres humanos fue catalogado por la Corte Penal Internacional (ICC) como un crimen internacional en 1998.
- Genocidio: Esta práctica antigua, que consiste en exterminar una porción o la totalidad de un grupo de humanos, obtuvo su nombre después del fin de la Segunda Guerra Mundial cuando un historiador describió el holocausto judío. En 1946, la recién creada ONU adoptó de forma unánime la Resolución 96 (I) donde se estableció el genocidio como crimen internacional. En 1948 se celebró la Convención sobre la Prevención y Castigo del Crimen del Genocidio.
- Crímenes Contra la Humanidad: Estos crímenes pueden ser vistos como violaciones colectivas de los Derechos Humanos, en vez de violaciones a los derechos de un individuo. En un principio estos crímenes fueron concebidos en el Tribunal de Nuremberg de 1946, donde se estableció que ocurrirían únicamente en tiempos de guerra. Tal afirmación quedó superada en 1998 con la entrada en vigencia de la Corte Penal Internacional donde se estableció que este podía ocurrir también en tiempos de paz. El artículo 7 del Estatuto de Roma, (instrumento jurídico que da creación a la Corte Penal Internacional) estableció que dentro de estos crímenes se encuentra el asesinato, la exterminación, la esclavitud, la

deportación, el desplazamiento forzado de la población, la tortura, la violación y la desaparición de personas entre otras, siempre y cuando que esos actos hubiesen sido cometidos directamente contra la población civil de manera amplia y sistemática.

- **Crímenes de Guerra:** Son las violaciones a las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario. Se aplican los conceptos de responsabilidad de superiores y órdenes de superiores. El primero establece que se es responsable por los actos de los subordinados que constituyan crímenes de guerra si se sabía de la producción de ese acto o si se estaba en condiciones de saber. El segundo concepto se refiere a que no constituye causal de exención de responsabilidad si se está actuando según las órdenes.

Ahora bien, entendidos cuáles son algunos de los crímenes internacionales miremos cuáles han sido los tribunales internacionales que han encargado de juzgarlos.

### **5.3 Tribunales Penales Internacionales**

Los primeros tribunales internacionales creados para juzgar los crímenes internacionales en la historia fueron aquellos de Nuremberg y Tokio en 1946. Estos tenían como misión principal enjuiciar a los funcionarios de los Estado alemán y japonés y lograron centar importantísimos avances en materia de

Derecho Internacional Penal que posteriormente fueron ratificados por la Asamblea General de la ONU en 1946.

En 1993, actuando bajo el capítulo VII de la Carta de la ONU, el Consejo de Seguridad estableció la creación del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia., mediante las Resoluciones 808 y 827. Su objetivo era juzgar a aquellos individuos que habían roto lo establecido en las Convenciones de Ginebra de 1949, cometido crímenes de guerra, genocidio o crímenes contra la humanidad en la ex Yugoslavia desde el primero de enero de 1991. Debe aclararse que la jurisdicción de este tribunal se limita a lo ocurrido en este conflicto internacional, actuando en simultánea con tribunales locales, pero teniendo la posibilidad de pedir que los segundos cedan a éste su jurisdicción.

En 1994 el Consejo de Seguridad, actuando nuevamente bajo el capítulo VII de la Carta de la ONU, creó, mediante la Resolución 955 el Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Al igual que el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, este el tribunal ruandés tiene como función principal juzgar a aquellos sujetos, que durante este conflicto armado, hayan atentado contra las Convenciones de Ginebra de 1949 y sus protocolos de 1977, cometido crímenes contra la humanidad y genocidio.

En 2002 se estableció, mediante un tratado entre la ONU y Sierra Leona, la Corte Especial de Sierra Leona. Su principal objetivo es juzgar a los individuos acusados de cometer crímenes de genocidio, asesinato y contra la humanidad y

de quebrantar los establecido en la Convenciones de Ginebra y sus protocolos de 1977, desde el 30 de noviembre de 1996.

A pesar de la enorme importancia de todos estos tribunales internacionales para llevar a la justicia a quienes tanto daño hicieron en estos conflicto y de su trascendencia desde el punto de vista del Derecho Internacional Penal, estos no responden a la exigencia de crear un tribunal permanente que se encargue de juzgar, con jurisdicción universal, todos los crímenes internacionales que se cometan en el planeta independientemente de la existencia de un conflicto armado. Pensando en esa necesidad, la comunidad internacional se reunió el 17 de julio de 1998 en la ciudad de Roma para crear el Estatuto que lleva el nombre de la capital italiana, dando origen así a la Corte Penal Internacional.

Aust explica que “el principal valor de la Corte Penal Internacional es que, cuando un ordenamiento jurídico local no pueda o no enjuicie un crimen internacional, ésta estará disponible para tratarlo; no habrá necesidad para que el Consejo de Seguridad de la ONU establezca un tribunal penal internacional *ad hoc* como aquel de Yugoslavia o Ruanda.”<sup>72</sup> En la actualidad su competencia está determinada sólo para asuntos de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. La actuación de la Corte puede iniciar por que un Estado Parte le informa al fiscal sobre la ocurrencia de un crimen, por que el Consejo de Seguridad, haciendo uso del capítulo VII de la Carta de la ONU, le informa al fiscal

---

<sup>72</sup> *Ibidem.* Pg. 278. Traducción hecha por el autor

sobre la ocurrencia de un crimen o porque el fiscal inicia él mismo la investigación sobre la ocurrencia de un crimen.

En la actualidad Colombia hace parte de este Estatuto por lo que es perfectamente posible que se invoque la competencia de la Corte Penal Internacional para que sea ella quien juzgue a los individuos que han cometido crímenes internacionales. Dicha conclusión es de trascendental importancia para el propósito de este ensayo puesto que por primera vez en la historia vemos como los crímenes internacionales tienen una incidencia directa en el orden jurídico nacional. Así, quienes comentan crímenes de carácter internacional contra individuos podrán ser juzgados por una de las ramas del Derecho Internacional Público.

Esto es fundamental para afirmar que, dentro de la relación de contradicción planteada anteriormente, esta disciplina reivindica su papel para servir de manera efectiva como un instrumento que garantice la paz y la seguridad mundial dentro del orden contemporáneo. Así, fenómenos como la guerrilla y el paramilitarismo, deberán ser tratados bajo otra óptica desde el punto de vista nacional, puesto que las exigencias internacionales no permitirán nunca más que se indulte o perdone a sujetos que son considerados criminales bajo el Estatuto de Roma.

## 6. CONCLUSIONES

1. Resulta evidente, al hacer un barrido por las distintas áreas del Derecho Internacional que tocan directa e indirectamente con los conflictos armados, que el sujeto principal de estas regulaciones resulta ser, tal como lo se pretendió en la modernidad, el Estado.

Así, el *ius ad bellum* se encarga de establecer cuándo un Estado puede, dentro de un marco de prohibición casi absoluta, utilizar la fuerza contra otro Estado; el *ius in bello* se encarga de regular el uso de la fuerza de los Estados cuando estos deciden emprender acciones armadas, procurando evitar tratos crueles e injustificados a combatientes y no combatientes; los Derechos Humanos desde el ámbito internacional obligan al Estado a respetar ciertos derechos fundamentales, estableciendo herramientas y mecanismos internacionales para ello; y finalmente el Derecho Internacional Penal que pretende vincular a los Estados para que estos se comprometan a entregar los sujetos que cometan crímenes internacionales a ciertos tribunales encargados de juzgarlos.

Sin embargo, las expresiones de violencia del mundo contemporáneo ponen en duda la idoneidad de proteger al Estado como fin en sí mismo, sin establecerse ninguna otra preocupación desde el ámbito internacional. Es así como dentro de la nueva dinámica del uso de la violencia y de los conflictos armados la

consideración por un nuevo sujeto desde el ámbito internacional se hace urgente. Ese sujeto debe ser aquel que hoy en día sufre las peores consecuencias de las acciones violentas contemporáneas; el individuo.

Hemos visto entonces como el *ius ad bellum* ha considerado nuevos fenómenos del orden contemporáneo, tales como las guerras civiles y las intervenciones humanitarias; el *ius in bello* ha planteado la posibilidad de regular no sólo conflictos internacionales sino que obliga a quienes, dentro del contexto de un conflicto armado intraestatal, adelantan acciones violentas; la disciplina internacional de los Derechos Humanos se ha preocupado, con desarrollos recientes, de exigirle a los Estados la protección efectiva en el ámbito interno de los derechos de sus mismos ciudadanos; y el Derecho Internacional Penal ha creado nuevos tipos de delitos internacionales encaminados a proteger los derechos de los individuos, tales como aquellos que consagran los crímenes contra la humanidad.

Lo anterior no quiere decir entonces que el Estado, como sujeto principal del sistema internacional, haya perdido importancia con la introducción de la preocupación por el individuo desde el Derecho Internacional. Todo lo contrario. El Estado se vuelve en un garante del desarrollo de esa nueva protección. Son pues los Estados, al crear esa nueva preocupación dentro del Derecho Internacional, los que garantizan que el bienestar de los individuos alrededor del planeta se vea asegurado.

Lo que si debe entenderse es que dicha preocupación modifica elementos fundamentales del orden Estatal moderno. La soberanía no puede ser entendida como el poder ilimitado que un Estado detenta dentro de su territorio. Esta debe cambiar y adaptarse para permitir que las exigencias que desde la comunidad internacional se hacen para proteger el individuo penetren esa barrera y tengan una real acogida dentro de sus territorios. También se tienen que abandonar las tesis según las cuales la Razón de Estado justifica políticas que pretenden hacer valer los intereses de la Nación por encima de los derechos de los individuos.

Dichas modificaciones a los elementos fundamentales del Estado Moderno se justifican en procura de superar la contradicción que se presenta en el orden contemporáneo. En éste se observa un altísimo número de normas jurídicas del orden internacional encaminadas a salvaguardar la paz mundial y, al mismo tiempo se evidencia un crecimiento del uso de la violencia en nuevos contextos, todo aquello en detrimento de papel pacificador del Derecho Internacional. Es preciso entender entonces en qué consiste esa contradicción para justificar la preocupación por el individuo dentro de esta disciplina.

2. En este sentido, el mundo legal y político contemporáneo ubica su problemática en el campo teórico de la complejidad y hace referencia no sólo a los problemas históricos puntuales sino también, a las referencias de lo humano y lo civilizatorio.

Cuando se dice que hoy asistimos a un nuevo orden civilizatorio y político en construcción, y afirmamos que ese orden no tiene un norte que podamos

prefigurar, estamos haciendo alusión a la Incertidumbre que la filosofía de la historia debe enfrentar.

Sin embargo, en este proceso hay, entre otros, y respecto a nuestro objeto de estudio, dos órdenes temáticos, los más importantes del orden civilizatorio moderno, que hoy todavía son protagonistas en ese proceso de la incertidumbre contemporánea: la Política y el Derecho.

Política y Derecho no sólo continúan siendo los pilares de la transición histórica a la que asistimos, sino que además ambos se demarcan de manera fundamental en esa transición, también histórica, desde el orden clásico moderno de la unidad política Estatal, hacia la complejidad que valora definitivamente el orden “político y legal” internacional, en cuanto a espacio determinante de esa nueva era civilizatoria en construcción.

El estatuto clásico del Estado Moderno, que define el juego interestatal y sistémico dentro del modelo de la Anarquía, entendida como ausencia de un ente institucional superior al Estatal, hoy se inscribe en un claro proceso hacia una “comunidad constitucional” internacional.

Es este juego transformador del orden internacional contemporáneo, el que se inscribe como suma expresión histórica y teórica del combate epistemológico entre Derecho Internacional, en cuanto a regulador ideal de un orden pacífico entre

Estados, y la constante contradicción dominante, hacia la confrontación entre los Estados.

Por un lado, Derecho Internacional Público, y de otro, sistema político internacional, establecen, en su contradicción contemporánea, al individuo, al sujeto civil, pero también humano, en su epicentro, como lugar común a reivindicar hoy. Guerra y paz, en su dinámica histórica moderna, en un momento de su evolución, parecen superar, o más bien marginalizar, el valor intrínseco del Derecho Internacional en cuanto a regulador pacífico de su relación. Al mismo tiempo, la ruptura de la confrontación clásica entre Estados abre el paso a otro tipo de conflicto, ajenos a aquel de valor internacional, haciendo aparecer al individuo desde el punto de vista de la modernidad política, como sujeto y objeto de las acciones irracionales de la violencia, desprotegido de todo su ropaje moderno en relación con la dignidad humana.

El valor teórico, pero sobre todo político, del Derecho Internacional Público en el mundo contemporáneo está pues atravesado por una contradicción que da forma a la peculiaridad del debate histórico, de un lado del orden civilizatorio en el sentido científico y tecnológico, pero de otro lado, por el lugar confuso en que el ser humano y el individuo político son asumidos.

La innegable evolución de los principios y el valor de representación del orden jurídico internacional a nivel de la regulación de las dinámicas y fenómenos complejos del mundo integrado, conducen hacia una regulación jurídica de control

en búsqueda de los principios supremos por la paz y por la reivindicación del hombre en ese contexto. Todo esto nos permite el aserto de un mundo formalmente inscrito en los órdenes más avanzados de la cultura y la civilización humana.

Pero al mismo tiempo, y tal vez en contra de la misma historia del mundo moderno, y precisamente, producto de las grandes transformaciones materiales, poco a poco se ha ido transformando la relación entre el orden humano y el material, proyectando leyes y tendencias cuya materialización dominante se da en dirección de una conflictividad cada vez más violenta y por lo tanto más compleja. Es, precisamente en esa conflictividad, que el mundo contemporáneo, integrado de manera contradictoria, coloca al hombre en el epicentro, pero al mismo tiempo lo somete a las fuerzas de una racionalidad incontrolada, en donde el caos y la utilización de la violencia como mecanismo de control del mismo dan lugar a una desvaloración de esos principios tan caros a la civilización humana moderna. Se produce así, de manera contradictoria, la pérdida de los valores de reconocimiento de la condición, racionalidad y dignidad humana.

En este contexto, el Derecho Internacional Público también se transforma, deja de ser un principio en si mismo, virtud de la misma condición civilizatoria, y entra en el campo de los valores a rescatar. Se convierte, la preocupación por el individuo en el Derecho Internacional Público y dignidad humana, en fines, cuyos logros deben ser contruidos y reivindicados y así se politizan y toman la forma de espacios de confrontación, en el nivel de lo internacional y de lo nacional.

En el marco anterior se puede visualizar el esquema en que se mueve el Derecho Internacional hoy. Las instituciones internacionales instrumentalizan como proyecto la defensa del mismo Derecho y de su objeto; el hombre y el ciudadano.

El hombre y el ciudadano, al convertirse en el objeto último de la descarga conflictiva dentro de las sociedades y Estados en crisis profunda, son colocados por otro camino, en el mismo epicentro de la modernidad contemporánea, pero no en su forma original, de valor único y último, sino como valor a rescatar y a defender en cuanto objeto de todas las fuerzas en conflicto.

Así, la clásica identidad moderna entre democracia y paz, sustentada al mismo tiempo en el rescate del individuo en libertad, hoy en día muestra avances trascendentales pero también nuevas rupturas. La confrontación histórica entre Estados, sin acabarse, va cediendo el paso a nuevas expresiones conflictivas en los espacios nacionales y por este camino, el Derecho Internacional de ver forzado a recomponer su propia valoración de "fin en sí mismo", y al mismo tiempo a instrumentar, legal y políticamente, la defensa del valor supremo del individuo, de lo humano, como ya dijimos, convertido en objeto central pasivo de las crisis contemporánea.

De otro lado, en el plano propiamente teórico, filosófico y jurídico, la figura del Derecho Internacional Público, en sus áreas de *ius ad bellum*, Derecho Internacional Humanitario, Derechos Humanos y Derecho Internacional Penal, se

coloca en el punto nodal del debate. Pero al mismo tiempo se implementa como “recurso” necesario, tal vez insuficiente, no sólo para la elaboración explicativa de la complejidad a la que asistimos, sino como instrumento que trata de ir más allá de la mera explicación para poner orden, un tipo de orden, ahora defensivo respecto de unos procesos que aunque vienen de siempre, avanzan indudablemente hacia fronteras desconocidas.

El reto está ahí, y la complejidad e incertidumbre del mundo de hoy y del mismo hombre, integran en su propio devenir las dificultades, peligros y necesarias transformaciones del estatuto universal del orden político y legal de la modernidad, que ahora de nuevo es compelida a una recomposición epistemológica pero sobre todo política y legal.

3. Desde la perspectiva anterior, la crisis histórica y recurrente de Colombia, poco a poco integrada en su visión teórica explicativa a una relación interdependiente entre lo político y lo jurídico, en su expresión universal del Derecho Internacional, da forma a una visión alternativa no sólo del conflicto sino a la posibilidad de su comprensión y hacia la potencial superación histórica del mismo.

El esquema más original en la lógica teórica de interpretación del fenómeno del conflicto y la violencia en Colombia, se asentó en la relación de la política y la legalidad, vistas desde lo estructural y Estatal: legitimidad y legalidad fueron los entornos donde se concentró la reflexión original.

Pero poco a poco la permanencia histórica, la recurrencia y la transmutación de la confrontación política en su sentido clásico hacia una descomposición de una realidad conflictiva, junto a la superación violenta de las barreras políticas y legales hacia una confrontación de todos contra todos, condujo a una situación de Anomia política que fue transgrediendo los órdenes simbólicos e instrumentales de la juridicidad. Por ese camino se destruyó, en última instancia, el valor de representación y reconocimiento de la persona, la dignidad humana y del sujeto civil, símbolos históricos y filosóficos del orden político y legal moderno y democrático.

En este proceso el conflicto coloca al individuo como epicentro de sus expresiones violentas: sujeto y objeto de la confrontación, el individuo pierde su identidad política, su autonomía y su dignidad de persona.

Ahí en este espacio, el Derecho Internacional se ve forzado históricamente a reivindicar ese valor del individuo en el contexto de nuestra crisis interna, como parte de sociedades y Estados en “quiebra”, pero al mismo tiempo, ese Derecho Internacional se ve forzado, en nuestro caso colombiano, paralelamente a recomponer su figura y su representación, para rescatar sus principios más originales en cuanto a instrumento de consenso y conciliación en la lucha histórica entre paz y conflicto entre naciones.

Es precisamente dentro de este esquema teórico, político y legal “problemático”, que el conflicto y la violencia en Colombia, conducen, al camino del Derecho

Internacional. El Estado colombiano se ve “forzado” para la resolución y tratamiento de su conflicto a introducir la variable externa, concretamente a través de la reivindicación de los principios del Derecho Internacional, colocando como condición a cualquier posibilidad de reconocimiento de los procedimientos de resolución del conflicto, la inscripción de esa solución en el esquema del orden legal internacional.

Aquí en esta relación se encuentran finalmente ambos: las limitaciones para el tratamiento dado por el Estado en Colombia al fenómeno de la violencia y al conflicto y al mismo tiempo el reconocimiento posible de sus avances y búsquedas hacia la superación del mismo.

## BIBLIOGRAFÍA

ACNUR. *The Protection of Internally Displaced Persons and the Role of the UNHCR*, En: <http://www.unhcr.org/excom/EXCOM/45dd5a712.pdf>

AUST, Anthony. *Handbook of International Law*. Cambridge University Press, New York, 2003.

BADIE, Bertrand. *Un Mundo sin Soberanía, Estados entre Artificio y Responsabilidad*, Tercer Mundo Editores, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000

BOTHE, Michael et al. *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Dieter Fleck, Oxford University Press, New York, 2003.

CHARRY Samper, Héctor. *Reflexiones sobre el Derecho Humanitario y la Paz*. En: Revista de Estudios Sociales, No. 002, Diciembre 1998.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, asunto: *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, 1986.

DI BLASE, Antonietta. *Guerra al Terrorismo y Guerra Preventiva en el Derecho Internacional*. En: *No En Mi Nombre*. Editorial Trotta, Madrid, 2003

GARCÍA Caneiro, José y JAVIER Vidarte, Francisco. *Guerra y Filosofía*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

GARCÍA Picazo, Paloma. *¿Qué es esa Cosa Llamada Relaciones Internacionales?* Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2000.

GRANDA Marín, Alberto. *Derecho Internacional Humanitario y Pedagogía para la Paz*. En: *Revista Universidad Pontificia Bolivariana*. Vol. 49, No. 148. Año 2000

GRAY, Christine. *International Law and the Use of Force*. Oxford University Press, Nueva York, 2004.

LIDDELL HART, B.H., *Disuasión o Defensa*, Ediciones Pleamar, Buenos Aires, 1964

PIZARRO Leongómez, Eduardo. *Una Democracia Asediada*. Grupo Editorial Norma, Bogotá, 2004

RIGAUX, François. *Del Tratado de Wesfalia a la Carta de Naciones Unidas*. En: *No En Mi Nombre*. Editorial Trotta, Madrid, 2003.

RIVOIRE, Mario. *Europa Desde 1918 hasta hoy*. Unión Tipográfica Editorial Hispanoamericana. México D.F., 1961

ROUSSEAU, Jean Jaques. *El Contrato Social*. Orbis, Barcelona, 1985

SETTALA, Ludovico. *La Razón de Estado*. Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1988.

STEINER, Henry J. y ALSTON, Philip. *International Human Rights in Context*. Oxford University Press, Nueva York, 1996.

VALENCIA Restrepo, Hernán. *Derecho Internacional Público*. Universidad Pontificia Bolivariana y Biblioteca jurídica Diké. Medellín, 2005