

EL DERECHO DE GUERRA



Teniente Coronel RAFAEL OLAYA P.

PREAMBULO

Inquietud permanente del hombre, como ente pensante, es el inquirir la razón de las cosas, las causas de los fenómenos, el fundamento de las instituciones que rigen la civilización y la cultura contemporánea. Por esta consideración, se nos ocurre suponer que el elemento humano de la Institución Armada, de reconocida capacidad intelectual y preparación, especialmente en cuanto a la Oficialidad se refiere, frecuentemente se interrogue el por qué de la existencia de las Fuerzas Armadas, dónde se encuentra el origen legal de su establecimiento, cuáles las razones para considerarlas como entidad tutelar de la soberanía y defensa nacionales.

A tratar de absolver estas inquietudes se orienta la primera parte de este trabajo, como una colaboración para la Revista de las Fuerzas Armadas, con la intención de presentar en una serie de artículos, el tema principal del mismo, relacionado con los principios, normas e instituciones que regulan el derecho de guerra o derecho bélico.

El Derecho Bélico por desconocido entre nosotros, no es menos importante, de manera particular para quienes pertenecemos a la entidad encargada de cumplir sus preceptos y ejercer los derechos que de él emanan, es decir, a la Institución Armada, al tenor de lo ordenado por el artículo 44 de la Convención de Ginebra de 1944, que fue suscrita por Colombia y otros cincuenta y nueve Estados integrantes en esa época de las Naciones Unidas, que dice así: "Las altas partes contratantes tienen la obligación, tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, de difundir el texto de la presente convención, en la mayor amplitud posible dentro del territorio de sus respectivos países y en particular, de incluir su estudio en los **programas de instrucción militar** y hasta donde sea posible, de enseñanza civil, de modo que sus principios sean conocidos de toda la población". "Toda **autoridad**, militar, civil, de policía o de otra clase que asuma en tiempo de guerra responsabilidades con relación a las personas protegidas, deberá poseer el texto de la Convención y hallarse ins-

truida en forma especial de sus disposiciones”.

GENERALIDADES

Antes de adentrarnos en los temas propios de la materia, parece conveniente hacer una corta disertación que nos informe la categoría de la ciencia que nos ocupa y la rama a que pertenece, a fin de organizar mentalmente nuestro estudio. Al efecto, se encuentra como fruto permanente de la floración del Derecho Romano que, Ulpiano, insigne jurista del imperio, planteó, una división del Derecho, en “Público” y “Privado”, tan acertada y sabia, que de entonces a nuestros días, ha sido respetada y acogida por los comentaristas de la ciencia jurídica. La definición que de ellos expone, nos informa sobre las materias que regulan, al decir: “Es Derecho Público, lo que mira al Estado Romano; Privado, lo que se refiere al interés particular”. Se entiende entonces por Derecho Público, el conjunto de normas encargadas de regular las relaciones de los estados entre sí, o del Estado y los particulares; el Derecho Privado en cambio, se ocu-

pa de los preceptos que ordenan la conducta de los particulares a fin de que esta se mueva dentro del marco de elementales principios de equidad y buena armonía en el desarrollo de sus actividades privadas. Entonces el Derecho Internacional que tiene por función primordial, dar principios y normas reguladoras de la conducta de los estados en sus relaciones recíprocas, pertenece a la importante rama del Derecho Público Externo, toda vez que las reglas referentes a las relaciones del estado y los particulares, constituyen el Derecho Público interno.

Cuando las normas ordenadas por el Derecho Internacional se refieren a una de las más discutidas actividades del Estado, la guerra, tan temida como inevitable, según lo ha demostrado la dura experiencia de la historia, surge a la vida de la ciencia jurídica, el **Derecho Bélico, inquietud del entendimiento humano, de reciente creación, resultante necesaria del continuo progreso y evolución del Derecho Internacional.**

El Derecho de Guerra puede interpretarse en dos significados diferentes: 1º. **En su sentido extrínseco**, que dice relación a las normas que estatuyen las circunstancias en que un estado obrando en ejercicio de un legítimo derecho, puede declarar la guerra o más claramente expresado, el derecho de hacer la guerra. 2º. **En su sentido intrínseco**, se refiere a las normas que regulan la relación bélica, tratando de encausarla en leyes internacionales para que estas obren hasta donde la actividad destructora del estado en guerra lo permita, a manera de preceptos humanizadores que constituyen un código de garantías para los combatientes, los prisioneros, los heridos, los particulares, etc., que a la luz del Derecho de Gentes, les sirva de amparo y protección en el curso de las operaciones tácticas.

TENIENTE CORONEL RAFAEL OLAYA P.

Inició su carrera en enero de 1940, como Oficial de Caballería y en tal condición fue instructor de tropas y ayudante del Comando Segunda Brigada y Comando del Ejército. Posteriormente obtuvo título de Dr. en Derecho en la U. N. (1953-57) y asistió a especialización a la Universidad Internacional de Estudios Sociales “Pro Deo” en Roma (1958). Sus respectivas tesis fueron “Nociones sobre Derecho Bélico” y “El Prisionero de Guerra ante el Derecho Internacional”. Actualmente desempeña el cargo de Auditor Superior de Guerra en el Comando General de las Fuerzas Armadas.

Aceptada la ubicación del Derecho Bélico, en el puesto que le atañe como actividad especulativa de la ciencia humana, pero de utilización eminentemente práctica, cual corresponde a la acción bélica regulada; conocidos sus nexos con el Derecho Internacional y los de éste con el Derecho Público, es conveniente investigar ahora sobre el nacimiento y origen del Derecho de Guerra, a cuyo cabal sometimiento por parte del Estado tanto en su alcance intrínseco como en el extrínseco, resulta un tanto utópico, al menos, dentro del incipiente desarrollo del Derecho Bélico, a pesar de haberse demostrado su conveniencia a través de las últimas contendas internacionales.

Efectivamente, en la investigación tendiente a despejar los orígenes del derecho de guerra, encontramos que la mayoría de los tratadistas de Derecho Internacional, Diena, Paglieri, Cock, entre otros, están de acuerdo en plantear una interesante tesis según la cual, así como la persona natural, el hombre, tiene derechos primarios naturales universalmente conocidos, el derecho a la vida, a la sustentación, a la procreación, al bienestar personal, etc., con la misma razón, la persona jurídica que configura el estado, tiene derechos inherentes a su condición de sujeto de derecho, que le garantizan una existencia autónoma en el concierto de las naciones civilizadas, su defensa y seguridad y otros tantos derechos que responden a la satisfacción de múltiples e imprescindibles necesidades del Estado, en su moderna concepción y en función del necesario desarrollo de los elementos esenciales que lo integran.

DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS ESTADOS

El Derecho Internacional, de aparición relativamente reciente en el pa-

norama de la ciencia jurídica, pues sólo a partir de **Hugo Grocio**, conocido jurista holandés del siglo XVII adquiere tal categoría y cuya denominación actual se atribuye a **Jeremias Benthan**, le asigna al estado moderno derechos y obligaciones en su calidad de persona jurídica, que tienen aplicación y cumplimiento en dos campos completamente diferentes, a saber:

1º El ámbito externo o internacional, y

2º El ámbito interno o nacional.

En cuanto al primero, se dice que la aplicación de un derecho estatal pertenece al ámbito externo o internacional, cuando interviene el estado, en su calidad de sujeto de derecho en el concierto de las naciones, y cuya solución del problema suscitado pertenece a la órbita del derecho internacional. En cuanto al segundo, corresponde al campo de aplicación nacional o interno, cuando es dentro de los límites territoriales del estado, donde se debe dar acertado cumplimiento al derecho estatal de que se trata.

Hoy día, aún cuando la tesis ha sido ampliamente debatida, se acepta que el estado tiene claros y precisos derechos, cuyo respeto constituye una verdadera obligación, a la luz del Derecho Público y sobre los cuales se fundamenta la paz interestatal y el mantenimiento del orden público interno de la nación.

De manera que el estado moderno, sociedad perfecta que como tal debe procurar invariablemente el bienestar de sus asociados, requiere, para su pleno desarrollo, el ejercicio de los derechos que le procuren, tanto en el orden internacional como en el nacional, el adecuado empleo de los elementos que lo integran, ateniéndonos a la definición que del estado ha dado el profesor Joseph Barthelemy, así: **"El estado es una agrupación de hombres organizados en una unidad indivisible, bajo**

una autoridad autónoma, en el interior de un territorio determinado y en vista del bien común de sus miembros". Se observa en la definición transcrita, la manera acertada como el profesor de la Universidad de París, describe los elementos esenciales del estado en su concepción contemporánea, a saber:

- a) Un pueblo o nación.
- b) Una autoridad o poder.
- c) Un territorio o país.
- d) Un fin social o de bienestar general.

Establecida la personería del estado, como ente de derecho en el ámbito internacional y aceptada la tesis sobre reconocimiento de derechos que le permitan el progreso y desarrollo de sus elementos constitutivos, en función del bienestar general, veamos a continuación cuáles son estos derechos, tratando de enumerarlos en el orden que a nuestro juicio establece su importancia, de los cuales, como veremos posteriormente, surge el Derecho de Guerra y en ellos fundamenta el estado contemporáneo, su existencia.

Estos derechos han sido enumerados de manera diversa por los tratadistas que se han ocupado de ello, dando preferencia a los que a su criterio tienen mayor importancia y categoría. Fiore, por ejemplo, habla de los derechos de autonomía e independencia, de conservación, de igualdad, de propiedad, etc. Neuman, los agrupa en derechos a la autonomía, al comercio, a la soberanía territorial; Bonfils, dice que hay uno principal, que es el de existencia, del cual se derivan el de seguridad, defensa y el de libertad que comprende soberanía e independencia.

Nosotros, en concordancia con lo expuesto, hemos considerado que los principales o fundamentales derechos de los estados, conforme a la denominación expuesta por el profesor Julio Diena en su texto sobre Derecho In-

ternacional, son los que a continuación se enumeran, con la aclaración de que solamente se plantean los más sobresalientes, ya que existen otros importantes derechos estatales, aparte de los aquí descritos:

- 1º) Derecho de soberanía.
- 2º) Derecho de seguridad y defensa.
- 3º) Derecho de representación.
- 4º) Derecho de comunicación.
- 5º) Derecho de comercio, etc.

Por la especial vinculación que su ejercicio origina con el derecho bélico y por tanto, con las Fuerzas Armadas, se verán con algún detenimiento, solamente el derecho de Soberanía y el de Seguridad y Defensa, toda vez que el estudio de los restantes, aún cuando interesante y de gran actualidad, no pertenece a nuestro asunto.

DERECHO DE SOBERANIA

La soberanía, dice el Dr. Copete en sus lecciones de Derecho Constitucional, es "el derecho de mando supremo de que el Estado debe estar investido". Juan Bodin, pensador francés del siglo XVI, la define así: "La soberanía es el derecho de gobernar una pluralidad de familias con poder supremo en lo interior y en lo exterior". La noción de soberanía, ha sido ampliamente debatida a través de los tiempos y a lo largo de la evolución de su significado, desde cuando se estimaba con Bodin, que la soberanía residía en el "soberano", significando con esta expresión el Rey o Emperador, hasta el concepto de la moderna teoría del estado, el cual radica la soberanía en la nación, criterio éste que plasmaron los constituyentes colombianos de 1886 en el artículo 2º de la Carta Fundamental, que dice: "La soberanía reside esencial y exclusivamente en la Nación".

Acatando la norma constitucional que ubica perentoriamente la sobe-

ranía en cabeza del Estado con carácter esencial y exclusivista, es conveniente aclarar que hoy día han sido revaluadas las teorías de Bodin, Hobbes y Rousseau sobre la absoluta e ilimitada soberanía del estado, para aceptar la de Pillet, Jellinek, Del Vecchio y otros quienes plantean la relatividad de la soberanía estatal tanto en el orden interno, como en el internacional. Al respecto, el eminente filósofo contemporáneo Del Vecchio, en su obra "El Derecho Internacional y el Problema de la Paz", dice: "No erróneamente se ha hablado recientemente, de manera especial entre los cultores del Derecho Internacional, de una crisis del concepto de soberanía. Debe este concepto aplicarse solamente al Derecho Interno o al contrario debe admitirse una supremacía de las organizaciones internacionales sobre aquella del estado aisladamente considerado".

"Prevalece sin embargo, el erróneo concepto de que la potestad jurídica del estado hacia lo externo, sea por su naturaleza ilimitada y no sujeta a norma alguna de un ordenamiento superior. Se desconoce con esto, la ley suprema que afirma e impone la unidad del género humano, ley radicada en nuestro espíritu, proclamada en el evangelio y demostrada por la filosofía".

Efectivamente se observa cómo, en vista del incremento y desarrollo del Derecho Internacional en los últimos tiempos y la definitiva estructuración de organismos como las Naciones Unidas, conocida generalmente con la denominación de la "ONU", la Organización de los Estados Americanos "OEA", la organización del Tratado del Atlántico Norte "OTAN", etc., etc., estas entidades internacionales han desempeñado un papel definitivo en la solución de la mayor parte de los conflictos dentro de sus respectivas órbitas de acción. Sus decisiones adquieren mayor obligatoriedad para las naciones

que las integran, razones por las cuales no es completamente acertado ni ajustado a la realidad internacional de nuestros tiempos, continuar afirmando conforme a la teoría tradicional, que el estado disfruta en el ámbito internacional de soberanía absoluta e ilimitada, toda vez que hoy día se asocia por imperiosa necesidad de su vida exterior, a organizaciones internacionales cuyos reglamentos y decisiones, le resultan de obligatorio cumplimiento.

En cuanto a la soberanía del estado en el ámbito interno o nacional de aplicación, es evidente que la autoridad estatal impera a lo largo y ancho del territorio nacional, incluidos todos sus elementos componentes, superficie terrestre, mar territorial, espacio atmosférico nacional, y estaría en error quien afirmara, que alguna parte del territorio colombiano, se sustrae, al menos en un significado legal y teórico, a la soberanía del estado. A pesar de ello, sin incurrir en incongruencia, se puede manifestar que la soberanía del estado, también sufre serias limitaciones en el ámbito interno de su observancia, según las tesis de tratadistas como Hiering, Jellinek, Carré de Malberg, quienes expresan que el estado se autolimita a través de sus normas jurídicas positivas, las cuales, en la Constitución, Leyes, etc., estatuyen los principales derechos y garantías de los ciudadanos, todo lo cual significa en definitiva, la limitación de la soberanía estatal en el campo nacional.

Sintetizando, se puede manifestar que la soberanía del estado en su ordenamiento interno, es total, pero no absoluta. Lo primero, desde el punto de vista del campo de la aplicación, porque la soberanía del estado se extiende a la totalidad del territorio nacional, sin excepciones. Lo segundo, porque haciendo referencia al sujeto pasivo de la soberanía estatal es decir, a las personas que lo integran, tiene las lími-

taciones que la Constitución y las leyes establecen.

Con fundamento en lo planteado anteriormente, existe unanimidad de criterios en reconocer la necesidad que tiene el estado, de disponer de elementos apropiados encargados de hacer respetar y cumplir coercitivamente, es decir, con el empleo de la fuerza, en caso necesario, tanto en el orden interno como en el externo, los principios inmanentes de su soberanía. Desafortunadamente para la humanidad, pasarán muchos siglos y quizá nunca alcance la meta, dadas las condiciones de su naturaleza misma, antes de que los estados puedan sustentar confiadamente el respeto de su soberanía, en el cumplimiento de los tratados, de los pactos, en el campo internacional y el obediencia de las leyes en el interno.

Entre tanto, mientras llega esa etapa de perfeccionamiento, que pertenece al terreno de la utopía de que nos habla el filósofo y estadista inglés Thomas Moro, todos los estados civilizados se preocupan en mayor o menor grado, por crear, organizar y mantener sobre las armas, fuerzas militares, que tienen la misión fundamental de garantizar, el respeto y cumplimiento del derecho de soberanía, en toda la extensión de su significado.

El estado colombiano, plantea en su Constitución Nacional, la creación de las Fuerzas Armadas, al determinar sus funciones esenciales en el ámbito nacional e internacional, en el artículo 165, que dice: **"Todos los colombianos están obligados a tomar las armas, cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones patrias"**. Cabe observar que en el artículo transcrito se puede interpretar como de significado equivalente, "independencia nacional" por "soberanía nacional".

DERECHO DE SEGURIDAD Y DEFENSA

En la jerarquía de los derechos estatales reconocidos por las leyes internacionales, encontramos a continuación de la soberanía, el que hace referencia a la seguridad y defensa de los estados. Como fácilmente puede colegirse, tiene su origen y fundamento en su antecesor, porque si se admite que el estado detenta el derecho de soberanía, vale decir, que es soberano, es lógico deducir que para tal efecto debe estar investido del derecho natural que le permita proveer a su seguridad y defensa.

Posteriormente se verá en el curso de estos comentarios, el criterio adoptado por los clásicos para catalogar la guerra en justa e injusta y cómo desde aquellos tiempos se reconocía en caso de injusto ataque a una nación, el derecho de defensa, concepto este que transformado y actualizado para el tiempo presente, se encuentra en la Carta de las Naciones Unidas, artículo 42, que a la letra dice: "Si el Consejo de Seguridad estimare que las medidas de que trata el artículo 41 pueden ser inadecuadas o han demostrado serlo, podrá ejercer **por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres la acción que sea necesaria** para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales. Tal acción podrá comprender demostraciones, bloqueos y otras operaciones ejecutadas por fuerzas aéreas, navales o terrestres de miembros de las Naciones Unidas".

La atribución que la Organización de las Naciones Unidas "ONU", deposita en el importante sub-organismo denominado "el Consejo de Seguridad", para "realizar la acción que sea necesaria" y ejecutar "otras operaciones" por las fuerzas armadas de un estado, miembro de esta Organización Inter-

nacional, se ha interpretado que tiene un campo de acción tan amplio que llega hasta implicar, aún cuando expresamente no se manifieste, el derecho a declarar la guerra.

La Organización de los Estados Americanos (OEA), dispone en su constitución interna, de un cuerpo denominado "**La Junta Interamericana de Defensa**", que tiene entre sus funciones primordiales la de organizar y coordinar, en caso de una agresión, la defensa del continente americano y la de los estados que de él forman parte, dirigiendo la cooperación de las Fuerzas Armadas de los países signatarios del Tratado de Asistencia recíproca de Río de Janeiro, el que fue debidamente aprobado y ratificado por Colombia. Este importante organismo que tiene misiones de coordinación bélico-defensivas, que funciona permanentemente con sede en Washington y ante el cual tiene Colombia sus oficiales delegados, está comprobando con su existencia, la uniformidad de criterio entre las naciones americanas, sobre el reconocimiento del Derecho de Defensa y Seguridad, de manera tan afirmativa, que éste ha sobrepasado las fronteras estatales, para cobrar vivencia en el ámbito continental americano.

El Constituyente colombiano de 1886, en su función de dictar los preceptos fundamentales de la República, queriendo cristalizar en una norma permanente el vital derecho de defensa, autorizó al Presidente para declarar la guerra sin consultas ni requisitos previos, es decir, de manera inmediata, cuando se haya producido una agresión y sea por tanto urgente rechazarla, según lo estatuido en el artículo 120, numeral 9º: "Corresponde al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa: proveer a la seguridad exterior de la República, defendiendo la independencia

y la honra de la Nación, y la inviolabilidad del territorio; **Declarar la Guerra** con permiso del Senado, o **Hacerla sin tal autorización cuando urgiere repeler una agresión extranjera**".

Consecuencia de las tesis anteriores, es la imperiosa necesidad que surge para el estado, sustentada en el Derecho de Seguridad y defensa de crear, organizar y mantener elementos de fuerza que estén en condiciones de respaldar aún coercitivamente, este primordial derecho estatal, cuando los medios pacíficos empleados para la solución del conflicto, resulten ineficaces. Aparece así, espontánea y lógicamente, el origen y fundamento jurídico de las Fuerzas Armadas a la luz del Derecho Internacional, como el medio adecuado a la misión de vigilar y realizar el mantenimiento permanente de la seguridad de la nación.

El legislador de 1886, al hablar de la Fuerza Pública en la Constitución Nacional que actualmente nos rige, en plena concordancia con los principios enunciados, dictó una norma que ha permanecido intacta a través de las diferentes reformas que ha sufrido y que constituye en el orden jurídico interno del Estado Colombiano, el sustento y la fuente de la Institución Castrense, plasmada en el artículo 166: "La nación tendrá **para su defensa un Ejército permanente**....". Es sabido que el vocablo "Ejército" se interpreta hoy día como extensivo a la Fuerza Aérea y a la Armada Nacional y por tanto equivale a la expresión "Fuerzas Militares".

Se ha pretendido a través de estos comentarios, hacer un estudio sistemático que nos permita, tal como se planteó al iniciarlos, investigar sobre el origen legal de las Fuerzas Armadas, con fundamento en el derecho de soberanía y como medio indispensable para garantizar el de Seguridad y Defensa del Estado Colombiano, en el

ámbito externo o internacional. En el interno o nacional se vió cómo existe una completa armonía entre los principios del Derecho Internacional y las normas que a través de los artículos 165 y 166 de la Constitución Nacional, constituyen el fundamento y origen jurídico de las Fuerzas Armadas de la Nación.

Finalmente, se ha llegado a través de este análisis a la conclusión planteada en su iniciación, cuando se dijo para seguir un orden lógico, sobre la conveniencia de averiguar los principios y fundamentos del Derecho Bélico. Efectivamente el Derecho Bélico y las Fuerzas Armadas cuyo origen común salta a la vista, toda vez que estas constituyen el sujeto activo de esta ciencia en su sentido extrínseco y el pasivo en su significado intrínseco, emanan de fundamentos comunes que se concretan en el legítimo ejercicio de los derechos atribuidos al estado y más precisamente en el Derecho de Soberanía y en el de Seguridad y Defensa, según se ha visto. En realidad, cuando quiera que un estado se ve precisado a darle efectividad jurídica y práctica al Derecho de Soberanía y cuando después de agotar los recursos existentes en el Derecho Internacional contemporáneo, para la solución pacífica de los conflictos, se halla avocado al empleo de la fuerza, para definir a través de la guerra la supervivencia de la Nación, a fin de mantener incólume su libertad y autonomía, mediante el legítimo empleo del derecho de Seguridad y Defensa, surge a la vida jurídica el Derecho Bélico o Derecho de Guerra, mediante cuyas normas se califica la legitimidad o arbitrariedad de la misma y posteriormen-

te en el curso de las operaciones bélicas, trata de humanizar con sus preceptos la tremenda acción destructora del estado moderno, conceptos que corresponden según lo visto anteriormente a la significación intrínseca y extrínseca del Derecho de Guerra o Derecho Bélico.

Para concluir estos comentarios, es conveniente observar que no ha sido nuestra intención hacer una apología de la guerra, sino al contrario, tratar de demostrar que **para el mantenimiento del dón imponderable de la paz, es necesario e indispensable para todo estado organizado, la sustentación de Fuerzas Armadas**, cuyo origen, fundamento y funciones se hallan en Colombia, al igual que en las demás naciones, en la Constitución Nacional, desde el punto de vista de la organización interna del estado; y **en el campo internacional, en la necesidad de respaldar y defender los derechos de soberanía y seguridad, cuyo ejercicio en el terreno de las vías de hecho, da origen, según se ha visto, al derecho de guerra o derecho bélico.**

BIBLIOGRAFIA: Constitución Política de la República de Colombia. Derecho Internacional Público contemporáneo. Alfredo Cock Arango. Lecciones de Derecho Constitucional Colombiano. A. Copete Lizarralde. Conferencias de Derecho Constitucional. Julio Diena. El Delito de Propaganda Bélica. Luis Carlos Pérez. Elementos de Derecho Constitucional por L. Constain. El Diritto Internazionale e il problema della pace Giorgio Del Vecchio. Carta de las Naciones Unidas.