

COMENTARIOS SOBRE LOS ASPECTOS HUMANITARIOS DEL "ACUERDO DE PUERTA DEL CIELO"

ERNESTO BORDA MEDINA*

"ya es hora de hacer comprender que el derecho humanitario no está sujeto a regateos, a chalanerías... Además, las interpretaciones de esta índole conducirían fatalmente, mediante contramedidas del mismo orden, a una nivelación hacia abajo en el respeto del derecho y, a largo plazo, a una degradación general y catastrófica de la lucha."

Jean Pictet
Ex vicepresidente
del Comité Internacional de la Cruz Roja.

Las apreciaciones efectuadas en este texto tienen como exclusivo propósito ayudar a la construcción de un proceso de paz, preservando la idea de que un acuerdo humanitario pueda constituirse en su puerta de entrada, o al menos ayude a detener la insoportable degradación de la guerra.

Para alcanzar ese acuerdo, parecen ser muchos los obstáculos y difíciles los caminos que permitan conciliar los intereses estratégicos de los actores del conflicto armado con las necesidades y los imperativos humanitarios. Pero el adecuado y riguroso uso del Derecho Internacional Humanitario, en cuya creación y desarrollo se ha tenido siempre en cuenta este aspecto, es el mejor camino en esa dirección. Baste

recordar que el nacimiento a la vida jurídica de los Cuatro Convenios de Ginebra, en 1949, se efectuó por expertos en la conducción de operaciones militares, muchos de ellos protagonistas directos de la Segunda Guerra Mundial. No comenzaron de cero; su producto fue fruto de una semilla que sembró Henry Dunant en 1863.

El problema surge cuando existe y se promueve la pretensión de aplicar un Derecho Internacional Humanitario "heterodoxo", improvisado al compás de las coyunturas del conflicto, argumento que se ha querido sustentar en las particularidades del caso colombiano. Ello constituye no sólo un grave error jurídico, sino también un desacierto político de nefastas consecuencias, pues el intento de quien busca relativizar sus preceptos, termina por liquidar su valor universal y su importancia de ser el lenguaje común para su exigibilidad y para su cumplimiento. El Derecho Internacional Humanitario "heterodoxo" simple y llanamente no existe (ni un derecho penal con esa característica, por ejemplo), como tampoco razones militares válidas para afirmar la necesidad de limitar el alcance de sus normas.

Tampoco es cierto que, en atención a las complejidades de los conflictos, el Derecho Internacional Humanitario requiera graduación entre el "maximalismo" y el "minimalismo" de su aplicación. Se trata de un cuerpo normativo que recoge elementales dictámenes de la humanidad, de un derecho de sobrevi-

* Director del Instituto de Derechos Humanos y Relaciones Internacionales "Alfredo Vásquez Carrizosa" de la Pontificia Universidad Javeriana.

vencia, de mínimos. Tal "minimalismo" que ahora se argumenta como necesario, es la declinación ante la barbarie.

No existe duda alguna de la buena intención que acompañó y acompaña a quienes en Würzburg, Alemania, suscribieron el pasado 15 de julio de 1998 el denominado "Acuerdo de Puerta del Cielo", para hacer el mejor esfuerzo de humanización del conflicto. El grueso de las siguientes apreciaciones versa sobre ese texto. Será crítico, pero no por eso pierde su propósito constructivo.

Naturaleza del Derecho Internacional Humanitario

Como es bien sabido, el Derecho Internacional Humanitario, o Derecho de los Conflictos Armados, es un ordenamiento jurídico establecido por la comunidad internacional para normar los conflictos armados, tanto de índole internacional como de carácter no internacional (que no es lo mismo que conflictos internos).

Enunciado en términos simples, su objetivo fundamental es aliviar los sufrimientos y estragos que produce la guerra. Para ello establece una protección mínima, tanto para los no combatientes (población civil, personal médico, paramédico, sanitario, religioso, entre otros), como para los combatientes que han quedado fuera de combate (por estar heridos o enfermos, o haber sido privados de la libertad, o por cualquier otra razón que los ponga en estado de indefensión y por lo tanto en condición de no poder seguir participando en las hostilidades, es decir, en imposibilidad de representar una ventaja militar definida al adversario).

A la vez, determina los derechos y deberes de los combatientes en la conducción de las operaciones

militares y regula los métodos y medios de hacer la guerra, prohibiendo o limitando ciertas actividades y armamentos.

Regulación de los conflictos armados de carácter no internacional

La regulación de este tipo de conflictos está establecida en el artículo 3 común y en el Protocolo II de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, que se invita a repasar.

En referencia exclusiva al primero de estos instrumentos, es decir, el artículo 3 común, hay que recordar que este obliga a las partes en un conflicto a tratar con humanidad y sin distinción de índole desfavorable a todas las personas que no participen directamente en las hostilidades.

En desarrollo de esa obligación, la norma prohíbe en cualquier tiempo y lugar los atentados contra la vida y la integridad corporal, la toma de rehenes, los atentados contra la dignidad personal, y las violaciones a las garantías del debido proceso legal.

Este artículo 3 común es una norma de índole imperativa. Es decir, una "norma que no puede derogarse en ningún caso, y que sólo puede modificar una nueva norma de derecho internacional de la misma índole" (artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados). Es un dictamen de la conciencia de la humanidad, con carácter vinculante para todo actor del conflicto, sin perjuicio de su aceptación.

Esa característica sustenta la decisión de la Comunidad Internacional, de establecer que las infracciones graves al artículo 3 común constituyen crímenes de guerra, es decir, tipos penales para determinar la responsabilidad individual y no sólo objetiva (como

lo hace el Derecho Internacional Humanitario), de los actores en un conflicto. Esos crímenes son de jurisdicción universal, imprescriptibles en la acción y en la pena, y por ende no amnistiables.

Así lo confirman las determinaciones adoptadas en el proceso de creación del Derecho Penal Internacional, particularmente con el establecimiento de los Tribunales Penales *ad hoc* para el juzgamiento de criminales de guerra, tanto en la ex Yugoslavia como en Rwanda, y con la recién creada Corte Penal Internacional.

El Protocolo II de los Convenios de Ginebra, complementa el artículo 3 común, desarrollando sus disposiciones con el propósito de ampliar la protección de las personas y de los bienes.

A los propósitos de este escrito, es muy importante tener presente que los bienes civiles se definen por el Derecho Internacional Humanitario como todos aquellos que no son objetivos militares (término que se reserva para la denominación de bienes y nunca de personas, pero que en nuestro contexto pervertimos).

Los objetivos militares son aquellos bienes que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización, contribuyen eficazmente a la acción militar y cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización, ofrezcan una ventaja militar definida. El Derecho Internacional Humanitario dispone que en caso de duda sobre el carácter de un bien, se presumirá que este es civil y no militar.

Las infracciones graves al artículo 3 común constituyen crímenes de guerra, es decir, tipos penales para determinar la responsabilidad individual y no sólo objetiva (como lo hace el Derecho Internacional Humanitario) de los actores en un conflicto.

Naturaleza de los Acuerdos Humanitarios

En el contexto de un conflicto armado de carácter no internacional pueden suscribirse acuerdos con contenidos de derechos humanos o de derecho humanitario, paso que en algunos casos ha sido conveniente para impulsar procesos serios de paz.

En lo que se refiere exclusivamente a los acuerdos humanitarios suscritos en el contexto de conflictos armados de carácter no internacional, la experiencia indica la validez de dos vías para

su suscripción:

i) **La vía jurídica:** que tiene su base en el mismo artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, cuando establece que "las partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de **las otras** disposiciones del presente Convenio" (negrilla fuera de texto). Nótese que la facultad legal no existe para limitar los alcances de la ya mínima protección de la norma. Los acuerdos a los que refiere en artículo 3 común tienen como propósito ampliar la protección, tanto materialmente como en sus garantías, y no para reducirla.

ii) **La vía política:** se ha usado en el contexto de procesos de paz. En este caso los acuerdos sobre humanización del conflicto no se sustentan directamente en normas jurídicas, sino en un catálogo de compromisos políticos que adoptan las partes. Un buen ejemplo es el Acuerdo Global de Derechos Humanos de Guatemala (1994), que al regular el comportamiento de las partes antes del cese al fuego,

expresamente aclaró que los compromisos allí adquiridos por ambas para proteger a la población civil no constituían un acuerdo especial en los términos previstos por el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra del 49.

No obstante, estos acuerdos de naturaleza política tampoco pueden pactarse en desmedro de lo dispuesto por el artículo 3 común. Su propósito es también ampliar los márgenes de protección, sólo que en este caso creando mecanismos políticos que la refuercen y, por lo tanto, superando por esa vía la ausencia o debilidad de los mecanismos jurídicos que existen.

Desde esa perspectiva, en este tipo de acuerdos no es indispensable que los compromisos asumidos agoten el contenido material del Derecho Internacional Humanitario aplicable. Por eso pueden seleccionarse algunas obligaciones para ser objeto de acuerdo, pero bajo el entendido de que se trata de conductas frente a las cuales se establece una protección especial, ampliada, y no de una parcialización de normas jurídicas obligatorias. De no establecerlo así podría entenderse que los comportamientos no contenidos en el acuerdo están permitidos, lo que de hecho significa en la práctica una indebida derogación de compromisos ineludibles.

Si es posible entonces reducir materialmente el contenido del Derecho Internacional Humanitario por la vía de los acuerdos políticos, la pregunta que surge es: ¿cuál es el mérito de dichos acuerdos en términos de ampliar la protección? El mérito está en dos vertientes: una, la posibilidad de ampliar las garantías de cumplimiento de lo pactado, mediante el establecimiento de mecanismos políticos que lo aseguren; la otra, la posibilidad de ampliar los niveles de responsabilidad de los actores armados mediante el estable-

cimiento de responsabilidades y sanciones que en el ordenamiento jurídico no existen.

A modo de ejemplo, la fuerza de los acuerdos con contenidos de derechos humanos o de derecho internacional humanitario, en El Salvador y Guatemala la dio: i) la creación por ellos de instancias políticas internacionales *ad hoc* para la verificación del comportamiento de las partes durante las hostilidades (ONUSAL y MINUGUA), dotando así a los procesos de mecanismos que el ordenamiento jurídico internacional no podía suministrar, por no existir. ii) la autocalificación que tanto el FMLN como la URNG se hicieron como sujetos capaces de violar derechos humanos (condición que el derecho reserva sólo al Estado), para efectos de la aplicación de esos acuerdos, con lo cual la protección se extendió, cubriendo situaciones ajenas a la confrontación armada. Es decir, para efectos de las responsabilidades de la insurgencia, se previó que estas podían darse no sólo frente al Derecho Internacional Humanitario, en medio del fuego, sino también durante el período comprendido entre el cese del fuego y el desmantelamiento de sus estructuras militares, momento hasta el cual tenían de hecho la capacidad de ejercer poder.

La virtud esencial de esos acuerdos está en que las partes entendieron que, si bien la humanización del conflicto podía ser la puerta de entrada a procesos de paz —que ya tenían una agenda y un cronograma establecidos, basados en la inequívoca voluntad de poner fin al conflicto por la vía política—, era fundamental crear mecanismos conducentes a la construcción de la confianza en la palabra empeñada. Así, por ejemplo, la decisión bilateral de solicitar a la comunidad internacional su participación, en condición de tercero imparcial, para vigilar el cumplimiento de lo pactado, significó la ampliación y no la reducción de los escasos

márgenes de protección jurídica con los que se contaba y se cuenta hoy internacionalmente.

Es bueno tener en cuenta que en estos casos, por tratarse de mecanismos políticos *ad hoc*, creados con el propósito exclusivo de verificar los acuerdos, estos no se pronuncian acerca de la responsabilidad jurídica internacional de las partes a la luz de los tratados y pactos sobre derechos humanos y derecho humanitario, ni sobre la responsabilidad individual de sus miembros frente al derecho penal o la legislación disciplinaria. Para ese tipo de valoraciones jurídicas existen las respectivas instancias, tanto internacional como nacionalmente, y ellas continúan operando sin perjuicio de la instancia *ad hoc* de verificación de los acuerdos.

El Acuerdo de Puerta del Cielo y el Derecho Internacional Humanitario

Junto con reiterar la constructiva voluntad que animó a quienes se congregaron en la reunión de Würzburg, incluidos los voceros del ELN, para buscar caminos de entendimiento y para humanizar el conflicto armado, hay también que decir que concurren varias razones imperativas para afirmar que el documento suscrito adolece de fallas, que de no subsanarse pueden llegar a cuestionar su capacidad para avanzar en la humanización del conflicto.

Un acuerdo de esta naturaleza no solo requiere buenas intenciones. Exige también estudio y reflexión, condiciones que difícilmente pueden darse en medio de una reunión de tan sólo tres días,

durante la que esperan hablar más de treinta personas, no todas ellas conocedoras de un tema tan sensible.

A modo de ejemplo, el Acuerdo de San José sobre Derechos Humanos de El Salvador (1990), se adoptó con fundamento en un texto base, redactado cuidadosamente por un grupo de reconocidos expertos en la materia, durante varias e intensas jornadas de trabajo destinadas a ese solo propósito. En el caso de Guatemala, la negociación del Acuerdo Global sobre Derechos Humanos (1994) tardó alrededor de 18 meses, y su texto fue preparado por expertos de ambas partes, con el apoyo jurídico que ofrecimos desde Naciones Unidas, en el marco de grandes discusiones. Vale la pena tener presente que ambos acuerdos dedican parte importante de su texto a reafirmar los compromisos del Estado y los grupos guerrilleros frente al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, y por tanto a dejar en claro que los compromisos adquiridos en ellos, ni desconocen ni modifican esas obligaciones, ni alteran el estatuto jurídico de las partes.

Respecto al caso colombiano, existen protocolos de acuerdo preparados por expertos. Ninguno de ellos se adoptó como base de lo firmado en Alemania. A eso debe sumarse que no fueron consultados los expertos en el tema, ni se hizo consideración alguna de la institución rectora en esa materia: el Comité Internacional de la Cruz Roja.

Acerca del Texto

El texto de Würzburg, en lo que se refiere a la humanización

*El texto de Würzburg,
en lo que se refiere
a la humanización
de la guerra, nada consigna
respecto a la reafirmación
de los compromisos
que tienen las partes frente
a las normas
del Derecho Internacional
Humanitario.*

de la guerra, nada consigna respecto a la reafirmación de los compromisos que tienen las partes frente a las normas del Derecho Internacional Humanitario, elemento de entrada necesario para despejar toda duda acerca del propósito del acuerdo, que no puede ser "liberarse" de las obligaciones vigentes.

Las consideraciones humanitarias constan en los numerales 9 al 19, que se entra a comentar.

En el **numeral 9**, se acuerda *"Condenar las acciones hostiles y masacres de civiles financiados desde distintos sectores y que se acrecientan por omisión y acción de algunos agentes del Estado."*

Se trata de una condena importante y sin duda útil en términos de la humanización del conflicto. No obstante, es bueno que se defina qué se entiende por "acciones hostiles", pues se trata de un término que no usa el Derecho Internacional Humanitario para calificar infracciones al mismo.

En el **numeral 10**, *"El ELN se compromete a suspender la retención o privación de la libertad de personas con propósitos financieros, en la medida en que se resuelva por otros medios la suficiente disponibilidad de recursos para el ELN, siempre que -mientras culmina el proceso de paz con esa organización- no se incurra en su debilitamiento estratégico. También, a partir de hoy, cesa la retención de menores de edad y de mayores de 65 años y en ningún caso se privará de la libertad a mujeres embarazadas."* Se trata sin duda del más desafortunado numeral del documento.

A la luz del Derecho Internacional Humanitario, las únicas privaciones de la libertad que pueden llegar a ser legítimas en el contexto de un conflicto armado son las que se realizan contra combatientes, y jamás las que se realizan contra civiles, en violación del principio fundamental conocido como la inmunidad de la población civil.

Toda privación de la libertad que tenga como propósito pedir a cambio beneficios, entre ellos por supuesto los financieros, a los que se refiere el texto, trátese de civiles o de combatientes, constituye a la luz del Derecho Internacional Humanitario una toma de rehenes, que, como se ha visto, es una conducta prohibida en el artículo 3 común. Por lo tanto, un acuerdo en ese sentido es nulo y contrario a derecho.

El condicionamiento de la no "privación de libertad", -léase toma de rehenes-, a la resolución por otros medios de la suficiente disponibilidad de recursos para el ELN, siempre que no se incurra en su debilitamiento estratégico, es nuevamente una violación a la prohibición de tomar rehenes, obligación no sujeta a condición, y cuyo cumplimiento, como el de toda norma humanitaria, no depende de la reciprocidad.

A ello debe sumarse lo preocupante que resulta la intención de acuerdo que conforme al texto parece haberse asumido, acerca de la *"resolución por otros medios de la disponibilidad de recursos para el ELN"*. Debe aclararse este punto, pues la interpretación literal es que allí se está dando paso a una "vacuna colectiva", a través de la cual terminarían por ser, el propio Estado, la sociedad colombiana y la comunidad internacional, quienes financiarían a un movimiento insurgente, sin que exista por su parte el compromiso inequívoco de poner fin a la confrontación.

Por otra parte, la conducta que denomina el Derecho Internacional Humanitario aplicable a los conflictos armados no internacionales "privación de la libertad", trátese de un acto lícito a la luz de ese ordenamiento jurídico, o de una toma de rehenes, en todo caso es una conducta delictiva conforme al derecho penal interno, calificada como "secuestro".

Ese hecho reconfirma que en un documento de la naturaleza del referido no pueden establecerse

compromisos—ni siquiera unilaterales— que limiten o condicionen las normas imperativas, sin que antes no quede expresa y claramente dicho que aquellos no las modifican en sus efectos frente al infractor. La omisión que al respecto hace el Acuerdo, ha suscitado, con razón, la preocupación de importantes sectores sociales y de organismos de protección.

Piénsese por ejemplo en la incómoda posición en la que queda quien, en condición de Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, o Magistrado de la Corte Constitucional, está en todo caso obligado a condenar cualquier secuestro, después de haber avalado con su firma el confuso numeral en mención. Probablemente sea esa la razón que condujo al Zar Antisecuestro a abstenerse de suscribir el texto.

Por otra parte, al no haberse hecho el reconocimiento expreso de la vigencia de las normativas penal y humanitaria, los compromisos del ELN para no privar de la libertad a determinadas categorías etéreas de personas, o a mujeres en estado de gravidez, acaban por dar en la práctica una suerte de “vía libre” a secuestros de personas en otra condición. Lamentablemente así lo corroboran las declaraciones públicas hechas el pasado 24 de julio, por un representante de la Comisión Facilitadora de Paz de Antioquia, sobre la imposibilidad de exigirle al ELN el cumplimiento de compromisos que no adquirió en el Acuerdo de Puerta del Cielo. Tales declaraciones fueron hechas con ocasión de la “retención” de personas por esa organización insurgente.

*• A la luz
del Derecho Internacional
Humanitario,
las únicas privaciones
de la libertad que pueden
llegar a ser legítimas
en el contexto de un conflicto
armado son las que se
realizan contra combatientes,
y jamás las que se realizan
contra civiles, en violación
del principio fundamental
conocido como la inmunidad
de la población civil •*

De igual modo, es conveniente evitar el uso de términos que no tienen una definición precisa y por lo tanto una interpretación unívoca. Es el caso de “retenidos”, palabra que se entiende mejor cuando se emplea para describir las restricciones momentáneas a la libertad de circulación (retenes), que, como se hace en el Acuerdo, para definir privaciones a la libertad personal, menos aún cuando ellas son prolongadas.

El **numeral 11**, dispone “Exigir la superación real de la impunidad de crímenes de lesa humanidad, tales como las desapariciones forzadas, las masacres, el genocidio y la tortura, que responda integralmente al espíritu del ordenamiento internacional sobre la materia”.

La disposición es buena, aún cuando habría sido mejor si, además de los crímenes de lesa humanidad, se hubieran incluido los crímenes de guerra, que son, precisamente, las infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario.

El **numeral 12**, acuerda “Con base en los criterios de la ONU, estar atentos a que no se prorrogue la vigencia de la Justicia Regional más allá del actual mandato legal. Del mismo modo, se insistió en la urgencia de recuperar para la justicia su eficacia, prontitud, imparcialidad y garantías procesales”. El numeral ofrece un buen ejemplo sobre cómo acuerdos de esta naturaleza pueden trascender su enfoque, del Derecho Internacional Humanitario, hacia el establecimiento de compromisos que, como los allí con-

signados, son de derechos humanos. Su texto también puede ser un buen punto de entrada para acuerdos dirigidos a la reforma y consolidación de la administración de justicia.

El **numeral 13**, dice que *"En cuanto al grave problema de desplazados forzosos, fomentaremos y apoyaremos su organización e interlocución para la defensa de sus legítimos intereses y necesidades en especial el retorno seguro, la titulación de tierras si fuere pertinente y su desarrollo integral y el de sus regiones"*.

Sobre este tema las previsiones del numeral no se derivan estrictamente de las normas del Derecho Internacional Humanitario, y constituyen una ampliación en la protección.

No obstante, el principio general fundamental del Derecho Internacional Humanitario frente a los desplazados, la prohibición de generar desplazamiento, contenida en el artículo 17 del Protocolo II, está ausente de los compromisos, cuando por su carácter de grupo insurgente compromete en forma directa al ELN. De igual modo lo hacen las obligaciones relativas a que la población civil desplazada sea acogida en condiciones satisfactorias de alojamiento, salubridad, higiene, seguridad y alimentación, previstas en la misma disposición.

El **numeral 14**, establece que *"Con el fin de sustraerlos de los ataques armados se procederá con el liderazgo de la sociedad civil y la coordinación de la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo a la identificación y demarcación de todos los bienes protegidos por el DIH tales como: Acueductos y represas. Escuelas. Centros de salud humana y animal. Hospitales. Centros y medios de abastecimiento de la población civil. Ambulancias, bomberos y vehículos de socorro. Vehículos, naves y aeronaves de*

uso civil que no estén siendo utilizados en tareas militares. Campañas de higiene humana, animal o de interés social. Centros educativos, deportivos, culturales, recreacionales y para el culto religioso. Infraestructura de transmisión eléctrica con destino a la población civil. Instalaciones que contengan fuerzas peligrosas como aguas represadas o material nuclear".

En este caso es claro el desconocimiento de la naturaleza del Derecho Internacional Humanitario y la falta de consulta a sus normas, así como cierto desdén a los desarrollos que durante más de cincuenta años ha efectuado la comunidad internacional respecto a la protección de los bienes protegidos.

En efecto, como ya se ha dicho, el Derecho Internacional Humanitario establece como norma de aplicación general que bienes protegidos son todos los que no son objetivos militares (*ver supra*, Página 186). Asimismo, establece que en caso de duda en cuanto a la naturaleza de un bien, se presumirá su carácter civil, y por lo tanto su protección de la acción militar.

Como puede verse, la regla respecto a los bienes es la protección general, y la excepción son los objetivos militares.

Es bien distinta la situación frente a la protección especial que prevé el Derecho Internacional Humanitario para personas y bienes determinados: el personal sanitario y religioso, las unidades sanitarias, los medios de transporte sanitario, los bienes culturales, el material de la protección civil, y las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas.

Es sólo para estos y no para otros bienes que el Derecho Internacional Humanitario ha establecido los signos distintivos, en virtud de su protección especial, fundada en que esas personas o bienes pertenecen

generalmente a alguna de las fuerzas enfrentadas, pero que aún así gozan de inmunidad debido a su naturaleza exclusivamente humanitaria (por ejemplo las ambulancias de las Fuerzas Militares), lo que no quiere decir que los demás bienes protegidos, para estarlo, deban ser identificados y demarcados.

La disposición del Acuerdo invierte la regla, al establecer la *"identificación y demarcación de todos los bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, tales como..."*. El listado no es taxativo, y en él se incluyen de manera indiscriminada, los bienes que por gozar de protección especial deben tener un signo distintivo, y el resto de bienes protegidos, con lo cual será necesario identificar y demarcar prácticamente todo el territorio nacional.

El compromiso sobre la identificación y demarcación de los bienes protegidos, en los términos escritos, produce la perversa pretensión de justificar la acción militar contra bienes que no cuenten con esas condiciones. Pero además es inquietante que a la sociedad civil se le haya endilgado la responsabilidad de liderar la "demarcación e identificación" de esos bienes "Con el fin de sustraerlos de los ataques militares", y que la Procuraduría y la Defensoría, instituciones encargadas de proteger a los habitantes de Colombia, hayan aceptado su "coordinación". Son esas instancias ahora las que tienen las cargas, pues de no cumplir el cometido, conforme a lo escrito no habrán sustraído los bienes protegidos de la acción militar.

Pero a ello hay que sumarle el desconocimiento que hace el Acuerdo respecto de las normas internacionales que regulan el uso del emblema de la Cruz Roja, así

como de los demás signos distintivos (entre otras cosas, para evitar su uso péfido, lo que no quedó asegurado con el distintivo que ha de crearse por la sociedad civil, la Procuraduría y la Defensoría en desarrollo del Acuerdo, como ya se ha anunciado) y, lo que es más preocupante, de la acción de los organismos humanitarios o de protección civil. Esas regulaciones se han construido a partir de la experiencia, durante años, por personal especializado, en buena parte profesional de la guerra.

Seguramente estas omisiones provienen de la premura con que debió redactarse el texto, y no de una distorsión sobre la concepción del Derecho Internacional Humanitario, que no permite, sino que prohíbe conductas.

El **numeral 15**, establece que *"El ELN reafirma su acogimiento unilateral a las recomendaciones hechas por Amnistía Internacional para el movimiento insurgente en su informe de 1.994 sobre Colombia. Tales recomendaciones cuyo cumplimiento confirma son: A. Tratar con humanidad a los **prisioneros**, heridos y a quienes intentan rendirse, ya se trate de civiles o de miembros de las Fuerzas Armadas, no se les debe quitar la vida (sic). B. Están prohibidos los homicidios deliberados y arbitrarios de no combatientes en cualquier circunstancia. C. No se utilizarán a los cautivos como **rehenes**. Se identificará a las personas detenidas y se garantizará su devolución sanas y salvas. D. No se utilizarán minas para matar o mutilar **deliberadamente** a civiles. E. Se investigarán los presuntos abusos cometidos por los guerrilleros con el fin de determinar res-*

"El compromiso sobre la identificación y demarcación de los bienes protegidos, en los términos escritos, produce la perversa pretensión de justificar la acción militar contra bienes que no cuentan con esas condiciones"

ponsabilidades. F. Los guerrilleros sospechosos de haber cometido u ordenado abusos, serán apartados de todo cargo de autoridad y de cualquier servicio que los coloque en condiciones de volver a cometer dichos abusos". (negrilla fuera de texto).

En relación con el ordinal A., vale la pena precisar que el término "prisioneros" está reservado por el Derecho Internacional Humanitario para los conflictos armados de carácter internacional, o para aquellos que librados al interior de las fronteras de un Estado se les asimilan, bien en virtud de la aplicación del principio internacional de la autodeterminación de los pueblos —como los casos de la liberación contra regímenes racistas o coloniales—, o bien porque se libran contra fuerzas que poseen el estatuto internacional de beligerancia. Ninguna de estas situaciones se presenta en Colombia, por lo que el término correcto es el de "personas privadas de la libertad", que incluyen los textos humanitarios aplicables.

Esta precisión no es meramente semántica, pues el prisionero de guerra tiene un estatuto especial que busca protegerlo ante la sustracción de la jurisdicción propia que se ocasiona con su captura y el subsecuente sometimiento a las leyes de la *"potencia detenedora"*. En ese sentido, para procurar el retorno de los prisioneros de guerra a la seguridad jurídica en su propio territorio, el Derecho Internacional Humanitario aplicable en conflictos armados de carácter internacional prevé la posibilidad de efectuar canjes de prisioneros.

Pero ellos no son jurídicamente procedentes a la luz del Derecho Internacional Humanitario en los conflictos armados de carácter no internacional, por considerarse que en ellos las personas privadas de la libertad continúan bajo el amparo del orden jurídico del Estado, sin perjuicio de su captura material. Este precepto fue olvidado de manera lamentable por el

Gobierno alemán al proponer recientemente esos canjes para nuestro caso.

Una exigencia de los movimientos insurgentes en ese sentido, conforme a lo ya analizado, constituiría de manera inmediata a las personas por ellos legítimamente privadas de la libertad a la luz del Derecho Internacional Humanitario en rehenes. Por lo tanto les haría responsables por el incumplimiento, tanto del Derecho Internacional Humanitario, como de los compromisos que han ratificado en el Acuerdo que se analiza, en virtud de su aceptación a la acertada recomendación que en ese sentido les hizo Amnistía Internacional, todo ello sin perjuicio de la responsabilidad penal.

Respecto al ordinal D. del numeral en comento, se debe tener presente que la prohibición del Derecho Internacional Humanitario es la del uso **indiscriminado** de las minas antipersonales, y no tan solo el de abstenerse de su uso **deliberado** en contra de civiles. Esta obligación ha debido establecerse en su real connotación, máxime si el espíritu que reinaba durante la reunión era abolir absolutamente el uso de estos artefactos, tal y como se deduce del compromiso consignado en el numeral 18 del Acuerdo para "Impulsar la aprobación por parte del Congreso de la Convención de Ottawa", que obligaría sólo al Estado a actuar en tal dirección (*ver infra*, numeral 18).

El numeral 16, dice que se acuerda *"Impulsar con todos los actores armados y partes concernientes el respeto a la autonomía, creencias, cultura y derecho a la neutralidad de las comunidades indígenas y demás étnias y de sus territorios"*. (negrilla fuera de texto).

Se trata de expresiones particulares de un principio humanitario más general, que es el respeto a la inmunidad de la población civil. Será conveniente que

en su oportunidad así se consigne, con lo cual estará claro también el respeto a derechos tales como las libertades de expresión y de opinión, cuyo ejercicio ha conllevado en no pocos casos a homicidios fuera de combate, a desapariciones forzadas o a desplazamientos por parte de los actores armados.

En ese sentido, debe decirse que el "derecho a la neutralidad" de las comunidades, en casos de conflicto armado no internacional, es un concepto político y no jurídico, pues no existe, ni en la legislación interna, ni en el Derecho Internacional Humanitario, en cuyo caso se predica sólo de los Estados que eligen permanecer ajenos a un conflicto armado de carácter internacional.

El concepto "heterodoxo" de la neutralidad surge de la necesidad a la que se han visto sometidos los habitantes de diversas regiones de Colombia de exigir a los actores armados que no les involucren en el conflicto.

El problema lo crea la propia heterodoxia en el uso del concepto "neutralidad", que termina por querer decir que la población civil debe abstenerse de ejercer sus derechos de opinión y de expresión para hacer valoraciones públicas y legítimas sobre los actores armados, o que debe eludir la responsabilidad constitucional que tiene de colaborar con las autoridades en la denuncia del delito.

En otras palabras, se incurre en el peligro, ya evidenciado, de que quien obre en ejercicio de sus derechos y deberes, por ese hecho pierda su "derecho de neutralidad", con la perversa consecuencia de

*• El bombardeo
es un método de combate
licito en el Derecho
Internacional Humanitario,
pero sujeto a restricciones
fundadas en la limitación
que tienen las partes
en un conflicto para elegir
los medios y métodos
de combate. •*

convertirse en blanco legítimo de ataque (objetivo militar, dicen algunos "heterodoxos"). Por ello es más conveniente abstenerse de pretender crear, a través de un acuerdo de la naturaleza del que se comenta, un derecho que hasta ahora no existe.

Es menester recordar que la población civil es inmune de la acción militar mientras no participe directamente en las hostilidades militares. Situación bien distinta es el ejercicio de sus derechos y deberes, que no le desprovee de su protección. El

principio de inmunidad, ese sí propio del Derecho Internacional Humanitario, es el que debe hacerse respetar.

El numeral 17 acuerda *"Reafirmar el compromiso de la Sociedad Civil y el E.L.N. de respetar y hacer respetar cabalmente los Derechos del Niño y esta organización no incorporará menores de 16 años para la fuerza militar permanente. Hacia el futuro esta edad será de 16 años"*.

Lo establecido en cuanto a la edad es bueno y supera la previsión de 15 años contenida en el Derecho Internacional Humanitario. Debe además entenderse, aun cuando no está escrito, que la obligación supone también la separación de las filas insurgentes de quienes, siendo menores de 16 años, se encuentran reclutados en ellas. Es además necesario aclarar qué quiere decir el término "fuerza militar permanente", pues en su sentido literal podría entenderse que el ELN previó reservarse el derecho de reclutar en sus filas a menores de 16 años en forma transitoria.

El **numeral 18** acuerda *"Impulsar la ratificación por parte del Congreso de la Convención de Ottawa sobre prohibición de uso de minas antipersonales. Igualmente, se estableció el compromiso de no sembrar minas antipersonales en sitios de riesgo para la población civil especialmente para los niños. Asimismo, exigimos el cumplimiento de la prohibición de bombardear bienes y áreas de uso de la población civil"*.

Ampliando lo ya dicho en las consideraciones al ordinal D. del numeral 15 (*ver supra*, numeral 15), no basta con "no sembrar minas antipersonales en sitios de riesgo para la población civil, especialmente para los niños". El uso indiscriminado de minas antipersonales es una conducta prohibida por el Derecho Internacional Humanitario. Es una obligación demarcar e identificar las zonas minadas, y removerlas una vez cumplan su propósito militar.

Por otra parte, es progresista y deseable que no se produzcan más bombardeos, de ninguna índole, propósito que parece animar lo consignado sobre la materia. Ojalá las necesidades militares de las partes permitan pronto tal situación.

No obstante, es necesario aclarar que el Derecho Internacional Humanitario no enuncia la *"prohibición de bombardear bienes y áreas de uso de la población civil"*. El bombardeo es un método de combate lícito en el Derecho Internacional Humanitario, pero sujeto a restricciones fundadas en la limitación que tienen las partes en un conflicto para elegir los medios y métodos de combate. Esas limitaciones buscan que las acciones militares lícitas, como esta, no causen sin embargo daños superfluos o innecesarios, en cuyo caso lo dejan de ser.

Las prohibiciones expresamente consagradas en el Derecho Internacional Humanitario son las de efectuar "bombardeos dirigidos contra la población

civil como tal" y las de los "bombardeos indiscriminados" o de "aquellos cuyo objetivo principal sea aterrorizar a la población civil".

Hechas las anteriores aclaraciones sobre el genuino decir de las normas humanitarias en cuanto a los bombardeos, lo que sí es muy positivo es que la redacción del numeral se formule para exigir el cumplimiento de una prohibición, pues así se enuncia como propósito del Acuerdo la reafirmación de compromisos que ya tienen los actores del conflicto en virtud de las disposiciones humanitarias. Ese espíritu debió estar en todo el documento.

El **numeral 19** dice que *"La reunión consideró que los prisioneros y detenidos de la insurgencia deben ser tratados con humanidad, respeto de su dignidad y de su fuero como prisioneros políticos. Se apoyará la no penalización de la protesta social"*.

Este numeral es coincidente con los compromisos humanitarios, que buscan ese trato para todas las personas privadas de la libertad. El expreso reconocimiento del fuero de prisioneros políticos de la insurgencia es un avance, que hay que celebrar. Este proviene de una conveniente postura frente a la naturaleza del política del delito, asunto que no entra a considerar el Derecho Internacional Humanitario.

La última referencia al texto del Acuerdo es para hacer notar que los compromisos relativos al ataque militar contra el oleoducto no han sido considerados en su capítulo relativo a la humanización. Ojalá ese tema pueda ser objeto de reflexión con el ELN en ese ámbito.

Reflexión final

Van en contravía quienes aún proponen –a Dios gracias cada vez menos–, la posibilidad y la conve-

niencia de un desenlace militar a una confrontación que, como la nuestra, tiene causas objetivas en su origen y en su existencia actual. La mayor muestra de ello la ofrece el dramático panorama de muerte y de injusticia que copa la geografía colombiana.

Por eso toda reunión que se realice con el propósito de lograr el fin del conflicto político, social y armado en el país, a través de la negociación, debe elogiarse y apoyarse. Construir la paz es más difícil que hacer la guerra. Se requiere mayor valentía, mayor humildad, más voluntad. Allí está el mérito de la reunión de Würzburg.

Con ese convencimiento se han efectuado los anteriores comentarios al "Acuerdo de Puerta del Cielo". Buscan llamar la atención sobre la necesidad de conciliar el obvio afán de respuestas que exigen las circunstancias del conflicto, con la indispensable reflexión que demanda el proceso de construcción de un mejor país. Se hace hincapié en este aspecto con la consciencia del carácter enfático de varias apreciaciones hechas en este texto.

Buscar las salidas al conflicto, en medio del fuego como se ha propuesto, urge la adopción de un primer acuerdo formal, entre el Gobierno Nacional y el movimiento insurgente colombiano, que limite al máximo los rigores de la guerra, y construya la atmósfera de confianza progresiva para la negociación

y ejecución de una agenda que seguramente será amplia, compleja y altamente técnica, según se deduce de las reivindicaciones de la insurgencia y de las ofertas gubernamentales de paz.

Como es natural después de tantos años de estancamiento en los diálogos de paz, la presencia de la sociedad civil en la reunión de Alemania parece haber tenido un gran trasfondo de efusividad. La del Ejército de Liberación Nacional, conforme a lo aquí analizado, parece hilvanarse con la búsqueda de sus objetivos estratégicos. La humanización del conflicto, para la cual el Acuerdo de Puerta del Cielo es un buen preámbulo, tendrá éxito cuando, conciliando ambas posturas, se asuma con claridad de escenarios y de propósitos.

En ese contexto, la negociación de un acuerdo de humanización del conflicto tiene su mayor posibilidad de éxito si se usan como referente fundamental las propias normas del Derecho Internacional Humanitario. Como se ha insistido, ellas son dictámenes mínimos de humanidad que a la vez atienden las necesidades estratégicas de las fuerzas enfrentadas. Ojalá pronto lo entiendan los "heterodoxos" y "minimalistas". Se hace más difícil el camino cuando se improvisa, y, lo que es más grave aún, se está más cerca de la frustración cuando se persiste en el error. Los afanes de Colombia no nos permiten esos lujos.