

DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD *y sus complejidades*

Resumen.

La relación de complementariedad entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario suele ser mucho más problemática de lo que en teoría se plantea. Uno de los aspectos que complejizan esta vinculación entre tales cuerpos normativos, tiene que ver con la interpretación que se haga de la *proporcionalidad*, como principio regular del uso de la fuerza. El presente artículo plantea y desarrolla brevemente el asunto, con miras a provocar una reflexión sobre las implicaciones que en la práctica judicial derivan de la distorsión del alcance y contenido de esta particular regla.



DEFENSORÍA MILITAR

“Las batallas legales, también las luchamos juntos”

DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD y sus complejidades

“El uso de la fuerza o de armas de fuego para hacer cumplir la ley es, obviamente, una medida extrema. Esta afirmación se desprende de la naturaleza del derecho a la vida como derecho humano fundamental. Desde luego, en un conflicto armado la situación es muy distinta. Conviene, por ende, explicar los principios que subyacen al uso de la fuerza, sobre todo porque algunos de ellos, como los de necesidad y proporcionalidad, se aplican tanto a tareas de mantenimiento del orden como a conflictos armados, pero con significados completamente diferentes.”¹

La relación de complementariedad entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, como cuerpos normativos aplicables a los conflictos armados², supone en la práctica complejas tensiones que conducen a interpretaciones equivocadas de las reglas que regulan la conducción de las hostilidades y, concretamente, el uso de la fuerza en el desarrollo de operaciones militares.

Entre una de las más problemáticas de estas tensiones se cuenta la interpretación del principio de la proporcionalidad. La determinación del contenido y alcance de esta específica regla, se complejiza en la medida en que los instrumentos de ambos cuerpos normativos emplean idéntica denominación a este principio

¹ CICR, VIOLENCIA Y USO DE LA FUERZA. Comité Internacional de la Cruz Roja, marzo 2012. P. 50

² La Resolución 2444 (XXIII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 19 de diciembre 1968, entre otras posteriores que la desarrollan, prevé que en el marco de los conflictos armados el núcleo duro derechos humanos, y por ende los instrumentos jurídicos que los contemplan, no se suspenden; en consecuencia, ha sido aceptado de manera pacífica que la aplicación del Derecho Internacional Humanitario en situaciones que lo ameriten no excluye completamente las normas que integran el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, estableciéndose de este modo una relación de complementariedad, cuyas tensiones sólo pueden ser solucionadas satisfactoriamente recurriendo al principio de *lex specialis*.



DEFENSORÍA MILITAR

“Las batallas legales, también las luchamos juntos”

regulador del empleo de las armas de fuego que incide directa y necesariamente en el grado de fuerza jurídicamente permitido, tanto para el funcionario encargado de hacer cumplir la ley como para quien tome parte en las hostilidades en el marco de un conflicto armado de cualquier tipo.

1. Contenido y alcance de la Proporcionalidad en situaciones no reguladas por el Derecho Internacional Humanitario.

La reflexión traída en su integridad textual enseguida del título de este artículo, advierte de modo magistral sobre el cuidado que habrá de observarse a la hora de determinar qué se entiende por uso proporcional de la fuerza. Para el Comité Internacional de la Cruz Roja pese a denominarse igual, el alcance del principio de proporcionalidad está condicionado al ámbito específico de regulación, de manera que el que ha de atribuírsele en situaciones suscitadas en el seno de un conflicto armado difiere sustancialmente del que le corresponde en cualquier otra situación. A consecuencia de lo advertido por la que pudiera ser considerada la más respetada de las autoridades en la materia, de entrada es incuestionable que el examen de proporcionalidad sobre el empleo de las armas de fuego en desarrollo de una operación militar, planeada y ejecutada bajo los reglas propias del Derecho Internacional Humanitario, no puede asimilarse, ni arrojar idénticos resultados, al que pudiera hacerse al mismo uso de la fuerza en situaciones no constitutivas o relacionadas con un conflicto armado.

El recurso mismo al empleo de la fuerza, difiere notablemente en uno y otro contexto; de ello igualmente llama la atención el Comité Internacional de la Cruz Roja al señalar que *“el uso de la fuerza o de las armas de fuego para hacer cumplir la ley es, obviamente, una medida extrema”* en tanto que *“en un conflicto armado la situación es muy distinta”*.



DEFENSORÍA MILITAR

“Las batallas legales, también las luchamos juntos”

En efecto, como bien lo anota el Comité y da cuenta el sentido intrínseco de ambos ámbitos normativos, el uso letal de la fuerza en un contexto de alteración del orden público que no alcance a constituir o esté relacionado con el desarrollo de las hostilidades (Ej. Tensiones o disturbios) representa el último recurso del que dispone un funcionario encargado de hacer cumplir la ley³ ante una situación que requiera de su reacción. En situaciones como estas el empleo de las armas de fuego sólo es justificable, salvo contadas excepciones, y por tanto legítimo, ante el fracaso de las demás acciones no letales o disuasivas. Se pretende con esto racionalizar el empleo de las armas de fuego a un grado tal que quede reducido a especialísimos eventos de suma gravedad, asegurando un uso diferenciado de la fuerza que permita mayor protección a la vida e integridad de las personas.

De este modo lo dictan los *Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley*, aprobados en el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana, Cuba, entre el 27 de agosto de 1990 y el 7 de septiembre del mismo año.

“2. Los gobiernos y los organismos encargados de hacer cumplir la ley establecerán una serie de métodos lo más amplia posible y

³ “a) La expresión “funcionarios encargados de hacer cumplir la ley” incluye a todos los agentes de la ley, ya sean nombrados o elegidos, que ejercen funciones de policía, especialmente las facultades de arresto o detención.

b) En los países en que ejercen las funciones de policía autoridades militares, ya sean uniformadas o no, o fuerzas de seguridad del Estado, se considerará que la definición de funcionarios encargados de hacer cumplir la ley comprende a los funcionarios de esos servicios.” **Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.** Adoptado por la Asamblea General en su resolución 34/169, de 17 de diciembre de 1979.



DEFENSORÍA MILITAR

“Las batallas legales, también las luchamos juntos”

dotarán a los funcionarios correspondientes de distintos tipos de armas y municiones de modo que puedan hacer uso diferenciado de la fuerza y de las armas de fuego. Entre estas armas deberían figurar armas incapacitantes no letales para emplearlas cuando fuera apropiado, con miras a restringir cada vez más el empleo de medios que puedan ocasionar lesiones o muertes. Con el mismo objetivo, también debería permitirse que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley cuenten con equipo autoprotector, por ejemplo, escudos, cascos, chalecos a prueba de balas y medios de transporte a prueba de balas a fin de disminuir la necesidad de armas de cualquier tipo.

(...)

4. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, en el desempeño de sus funciones, utilizarán en la medida de lo posible medios no violentos antes de recurrir al empleo de la fuerza y de armas de fuego. Podrán utilizar la fuerza y armas de fuego solamente cuando otros medios resulten ineficaces o no garanticen de ninguna manera el logro del resultado previsto.”

Considerando que existen situaciones que *per se* o por su desarrollo no hacen posible excluir completamente el uso de las armas de fuego, esta misma declaración de principios fija estrictos límites a dicho recurso extraordinario; con esto, el empleo de las armas de fuego se torna en excepcionalísimo.

5. Cuando el empleo de las armas de fuego sea inevitable, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley:

a) Ejercerán moderación y actuarán en proporción a la gravedad del delito y al objetivo legítimo que se persiga;

b) Reducirán al mínimo los daños y lesiones y respetarán y protegerán la vida humana;

(...)⁴

⁴ Ello mismo ya había sido establecido en el Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, ya citado:



DEFENSORÍA MILITAR

“Las batallas legales, también las luchamos juntos”

Lo previsto en este principio supone un uso de la fuerza **disuasivo, diferenciado** y de **intensidad progresiva**, en el entendido de que en situaciones no relacionadas con el conflicto armado o que no se den como parte de las hostilidades que ameriten la intervención de la Fuerza Pública, para el caso colombiano, los efectivos de ésta deberán acudir en primer término a medidas disuasivas que no impliquen el empleo de sus armas, seguido de acciones de creciente intensidad que pueden llegar en última instancia a su uso letal. De ese modo lo determinan los principios 9 y 10.

9. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no emplearán armas de fuego contra las personas salvo en defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito

“Artículo 3.

Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas.

Comentario:

a) En esta disposición se subraya que el uso de la fuerza por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley debe ser excepcional; si bien implica que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley pueden ser autorizados a usar la fuerza en la medida en que razonablemente sea necesario, según las circunstancias para la prevención de un delito, para efectuar la detención legal de delincuentes o de presuntos delincuentes o para ayudar a efectuarla, no podrá usarse la fuerza en la medida en que exceda estos límites.

b) El derecho nacional restringe ordinariamente el uso de la fuerza por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, de conformidad con un principio de proporcionalidad. Debe entenderse que esos principios nacionales de proporcionalidad han de ser respetados en la interpretación de esta disposición. En ningún caso debe interpretarse que esta disposición autoriza el uso de un grado de fuerza desproporcionado al objeto legítimo que se ha de lograr.

c) El uso de armas de fuego se considera una medida extrema. Deberá hacerse todo lo posible por excluir el uso de armas de fuego, especialmente contra niños. En general, no deberán emplearse armas de fuego excepto cuando un presunto delincuente ofrezca resistencia armada o ponga en peligro, de algún otro modo, la vida de otras personas y no pueda reducirse o detenerse al presunto delincuente aplicando medidas menos extremas. En todo caso en que se dispare un arma de fuego, deberá informarse inmediatamente a las autoridades competentes.”



DEFENSORÍA MILITAR

“Las batallas legales, también las luchamos juntos”

particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, o para impedir su fuga, y sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos. En cualquier caso, sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida.

10. En las circunstancias previstas en el principio 9, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley se identificarán como tales y darán una clara advertencia de su intención de emplear armas de fuego, con tiempo suficiente para que se tome en cuenta, salvo que al dar esa advertencia se pusiera indebidamente en peligro a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, se creara un riesgo de muerte o daños graves a otras personas, o resultara evidentemente inadecuada o inútil dadas las circunstancias del caso.

Ahora bien, en lo que atañe a la *proporcionalidad* del uso de la fuerza, lo transcrito es suficiente para afirmar que dicho examen se logra por vía de un ejercicio de balanceo entre dos valores específicos: *la gravedad del delito y el grado de intensidad de la fuerza empleada por el funcionario*. Es en este contexto en que importa determinar el peligro que representaba el delito o el agresor a fin de contrastarlo con el tipo de respuesta del funcionario, de tal manera que quien esté llamado a efectuar dicho examen le corresponderá determinar si el uso de las armas que se hubiere dado por parte de éste en el caso concreto respondía a una agresión o peligro extraordinariamente grave que hiciera inane cualquier otra medida de disuasión o empleo de fuerza no letal.



DEFENSORÍA MILITAR

“Las batallas legales, también las luchamos juntos”

2. La Proporcionalidad de un ataque militar

Por supuesto que en el marco de las hostilidades esto es sustancialmente diferente, como ya fue advertido. En efecto, el Derecho Internacional Humanitario, *lex specialis* en relación con el comportamiento de quienes toman parte de las hostilidades, concibe y regula el empleo de la fuerza letal como inherente, connatural, a la guerra misma. Luego es comprensible que esta simple lógica sirva para cortar aguas en una relación que en no pocos sectores, incluidos los judiciales, se concibe como armoniosa entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario.

El entendimiento de la complejidad de la relación entre ambos ordenamientos normativos sería más fácil, de aceptarse que la dinámica de las hostilidades no es siquiera asimilable a la de cualquier otra situación de desorden público que no habilite la aplicación automática del Derecho Internacional Humanitario (Ver artículo 3º Común a los Convenios de Ginebra de 1949).

La dinámica de las hostilidades, implica necesariamente que planeamiento y ejecución de las operaciones militares, en última medida, no tiene otro fin distinto que el de dirigir ataques contra objetivos militares con lo que se contribuya al debilitamiento de la capacidad logística u operativa de la contraparte o, en otras palabras, su esfuerzo de guerra.

En consecuencia, Derecho Internacional Humanitario autoriza el empleo de las armas, incluido su uso letal, dirigidos a las personas o bienes que de conformidad con estas mismas normas constituyan objetivos militares. En forma clara es explicado por la doctrina:



DEFENSORÍA MILITAR

“Las batallas legales, también las luchamos juntos”

El Principio de Proporcionalidad tiene relación directa con el concepto de necesidad militar. Desde el punto de vista militar se tiene la obligación de vencer al adversario, lo que implica el empleo de violencia o fuerza para conseguir ese específico y único objetivo de guerra: someter al enemigo.⁵

Al efecto, es útil lo normado en el Artículo 3º Común y el artículo 52 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949:

Artículo 3 - Conflictos no internacionales

En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

*1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo
(...)*

Artículo 52 - Protección general de los bienes de carácter civil

1. Los bienes de carácter civil no serán objeto de ataques ni de represalias. Son bienes de carácter civil todos los bienes que no son objetivos militares en el sentido del párrafo 2.

2. Los ataques se limitarán estrictamente a los objetivos militares. En lo que respecta a los bienes, los objetivos militares se limitan a aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o

⁵ HERNANDEZ HOYOS, Diana. *Derecho Internacional Humanitario*. Editorial Ediciones Nueva Jurídica. Página 385.



DEFENSORÍA MILITAR

“Las batallas legales, también las luchamos juntos”

utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida.

3. En caso de duda acerca de si un bien que normalmente se dedica a fines civiles, tal como un lugar de culto, una casa u otra vivienda o una escuela, se utiliza para contribuir eficazmente a la acción militar, se presumirá que no se utiliza con tal fin.

Ello se aviene con una popular máxima que explica la finalidad de las reglas propias del Derecho Internacional Humanitario, según la cual éste “no prohíbe la guerra, la limita”, por lo que legitima el uso **anticipado y letal** de las armas sobre objetivos militares. A diferencia de lo que ocurre en situaciones no constitutivas de conflictos armados o no relacionadas con estos, el uso letal de la fuerza no es el último recurso con el que cuentan las partes enfrentadas, por el contrario, es apenas lógico que sea el primero y más elemental. Vale la pena insistir una vez más: *el Derecho Internacional Humanitario concibe como lícitos los ataques letales directos sobre objetivos militares.*

Esta es la única lectura que admite el artículo 57 del mismo Protocolo Adicional:

Artículo 57 - Precauciones en el ataque

(...)

2. Respecto a los ataques, se tomarán las siguientes precauciones:

a) quienes preparen o decidan un ataque deberán:

i) hacer todo lo que sea factible para verificar que los objetivos que se proyecta atacar no son personas civiles ni bienes de carácter civil, ni gozan de protección especial, sino que se trata de objetivos militares en el sentido del párrafo 2 del artículo 52 y que las disposiciones del presente Protocolo no prohíben atacarlos;

ii) tomar todas las precauciones factibles en la elección de los medios y métodos de ataque para evitar o, al menos, reducir todo lo posible el



DEFENSORÍA MILITAR

“Las batallas legales, también las luchamos juntos”

número de muertos y de heridos que pudieran causar incidentalmente entre la población civil, así como los daños a los bienes de carácter civil;

iii) abstenerse de decidir un ataque cuando sea de prever que causará incidentalmente muertos o heridos en la población civil, daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista;(Subrayado fuera de texto)

Por difícil de comprender que esto resulte —desde una concepción básicamente humanitaria—, el Derecho que regula la guerra asume como inevitable la pérdida de vidas y bienes civiles protegidos, dada la complejidad connatural a las acciones de guerra; bajo el concepto de “daños incidentales” comprende las eventuales afectaciones a bienes y personas protegidas, las que sólo se considerarán lícitas, y por tanto permitidas, en la medida en que no supongan **un exceso en consideración de la ventaja militar concreta y directa prevista.**

Esto tiene implicaciones de hondo calado al momento de examinarse la proporcionalidad de un determinado ataque en contra de objetivos militares. Pues bien, a diferencia de los valores que se compensan en cualquier otra situación, en las hostilidades importa única y exclusivamente compensar **la ventaja militar concreta y directa prevista con el ataque y los daños de inevitable ocurrencia que incidentalmente pudieran producirse a personas y bienes protegidos.** Para nada importa, a la hora de definir si el ataque fue o no proporcional, el peligro real o concreto que represente el objetivo militar o la superioridad táctica o posición ventajosa que tenga quien lanza el ataque por sobre quien es objeto del mismo; para el Derecho Internacional Humanitario sólo será desproporcionado el ataque que produzca daños excesivos en bienes y personas protegidas.



DEFENSORÍA MILITAR

“Las batallas legales, también las luchamos juntos”

(...) la condición de combatiente se mantiene durante las veinticuatro horas del día y hasta que se deja de pertenecer a los cuerpos arriba mencionados; de manera que las muertes o lesiones ocasionadas a sus miembros cuando se encuentren durmiendo o de permiso no podrán incluirse en la columna de daños colaterales. Tampoco podrán incluirse en dicha columna, las muertes o lesiones ocasionadas a personas que, sin pertenecer a ninguno de los cuerpos arriba mencionados, estuviesen participando directamente en las hostilidades, puesto que desde el mismo momento en que se comienza su participación directa en el conflicto y hasta que la misma concluye definitivamente, su neutralización supone una ventaja militar para el enemigo y, por lo tanto, dichas personas constituyen un objetivo militar.⁶

Sin embargo, no son pocas las oportunidades en que el examen judicial seguido a una acción militar llevada a cabo en el marco de las hostilidades, se centra en establecer el número de integrantes de las fuerzas enfrentadas y hasta su capacidad armada, resultando en apreciaciones tan absurdas como el mismo ejercicio de comparación efectuado. Por lo que tampoco son extraños a la práctica judicial colombiana, juicios en contra de militares por la supuesta desproporción en el uso de sus armas de fuego, en consideración a la superioridad táctica que, en el caso concreto, ostentaba su Unidad con respecto a número de individuos objeto del ataque, no obstante constituir objetivos militares. Los valores comparados, en casos como el aludido, corresponderían a los mismos que deberían examinarse en cualquier otro evento no reglado por las normas regulatorias de la guerra.

El principio de Proporcionalidad permite comparar y valorar los daños que una operación militar puede ocasionar a las personas y bienes civiles, con la ventaja militar directa y concreta que se busca

⁶ OLÁSULO ALONSO, Héctor. *Ensayos sobre la Corte Penal Internacional*. Colección Internacional, Pontificia Universidad Javeriana. Página 429-430.



DEFENSORÍA MILITAR

“Las batallas legales, también las luchamos juntos”

conseguir. Se trata, en consecuencia, de la evaluación anticipada de las pérdidas civiles y las ventajas militares de un ataque bélico lícito.⁷

(...) la regulación jurídica de los medios y métodos de guerra está dominada por el principio de la paridad de los beligerantes y el principio concomitante del respeto debido por cada uno de ellos a los intereses y valores de índole humanitaria. Por eso, la interacción que domina la evaluación de la proporcionalidad en el jus in bello está relacionada en este caso con la ventaja militar que cada beligerante intenta alcanzar y con el daño que sufran los valores humanitarios, en particular —aunque no sólo— entre los civiles y las personas protegidas. Es de sobra sabido que ésta es la estructura conceptual en que se basa la evaluación de la proporcionalidad estipulada en el artículo 51.5 b) del Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949 referente a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, que considera indiscriminados y, por lo tanto, prohibidos “los ataques, cuando sea de prever que causarán incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, o daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista”¹⁴. Los elementos de esta cláusula llevan a la conclusión de que se ha convertido hoy en una norma del derecho consuetudinario, aplicable incluso más allá del ámbito racione personae del Protocolo I.

Las normas que no imponen una forma de conducta específica a los beligerantes, sino que requieren en lugar de ello una prueba de proporcionalidad, se aplican en situaciones en las que el equilibrio entre los valores no está predeterminado por la ley, sino que debe alcanzarse en función de cada situación concreta, teniendo en cuenta la importancia relativa de los diversos intereses a la luz de las necesidades reales de la situación en cuestión. A falta de una regla abstracta de conducta, la labor de conciliar intereses enfrentados se asigna al Estado que emprende la acción, que debe aplicar una norma de proporcionalidad.

(...)

⁷ HERNANDEZ HOYOS, Diana. *Ob. Cit.* Página 384.



DEFENSORÍA MILITAR

“Las batallas legales, también las luchamos juntos”

*La proporcionalidad no es una norma de conducta, sino una norma que exige un equilibrio entre valores antagónicos, como son el interés del beligerante en llevar a cabo una acción militar, por una parte, y el interés de los civiles que, aunque ajenos a la conducción de las hostilidades, pueden ser las víctimas de esa acción.*⁸

Así, la proporcionalidad del uso de la fuerza en una y otra situación difiere en la medida en que, mientras en situaciones que no habilitan la aplicación del Derecho Internacional Humanitario se busca regularla, en procura de limitar al máximo los daños en la integridad física de las personas que son objeto de la misma, en las hostilidades se pretende igualmente limitar la fuerza a fin de proteger la integridad de quienes no deben ser objeto de ataques directos. En esa medida, el principio de proporcionalidad como límite al empleo de la fuerza letal por quienes han tomado parte en las hostilidades procura evitar afectaciones innecesarias en bienes y personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario en atención a la ventaja militar que puedan reportar los ataques sobre objetivos militares, por lo que no conlleva una prohibición de estos ni mucho menos una graduación en la letalidad de la fuerza empleada.

3. Conclusiones: A propósito de la distorsión del Derecho Internacional Humanitario

El obligado corolario de lo que se acaba de precisar, bien pudo haber sido anticipado por el Comité Internacional de la Cruz Roja, en desarrollo de un estudio comparativo entre el contenido de los principios regulatorios del uso de fuerza en situaciones de hostilidades y las de desorden público que no conlleven estas.

⁸ CANNIZZARO, Enzo. *Contextualización de la proporcionalidad: jus ad bellum y jus in bello en la Guerra del Líbano*. INTERNATIONAL REVIEW of the Red Cross. Diciembre de 2006, N.º 864 de la versión original.



DEFENSORÍA MILITAR

“Las batallas legales, también las luchamos juntos”

El Organismo internacional, seguramente conocedor de la inadecuada aplicación de los conceptos propios de las reglas que regulan los dos tipos de escenarios en el examen de legalidad del empleo de la fuerza por parte de los servidores públicos, presentó en modo sumamente claro el contraste conceptual de cada situación.

*El uso de la fuerza o de armas de fuego para **hacer cumplir la ley** es, obviamente, una medida extrema. Esta afirmación se desprende de la naturaleza del derecho a la vida como derecho humano fundamental. Desde luego, en un **conflicto armado** la situación es muy distinta. Conviene, por ende, explicar los principios que subyacen al uso de la fuerza, sobre todo porque algunos de ellos, como los de necesidad y proporcionalidad, se aplican tanto a tareas de mantenimiento del orden como a conflictos armados, pero con significados completamente diferentes.*

(...)

*Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley pueden recurrir a la fuerza únicamente cuando **todos los demás medios** para lograr el objetivo legítimo **resulten ineficaces** (necesidad) y el uso de la fuerza pueda **justificarse** (proporcionalidad) en relación con la importancia del **objetivo legítimo** (legalidad) que se desea alcanzar. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley deben tener moderación al emplear las armas de fuego y **actuar en proporción a la gravedad del delito y al objetivo legítimo que se persiga** (PB, principios 4 y 5). Solo podrán utilizar la fuerza necesaria para lograr un objetivo legítimo.*

(...)

*En los conflictos armados, el uso de la fuerza está regulado por numerosos principios establecidos o sugeridos en los diferentes **instrumentos del derecho de los conflictos armados**, en particular el **Convenio de La Haya sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre y reglamento anexo**, de 1907, y en el **Protocolo I***



DEFENSORÍA MILITAR

“Las batallas legales, también las luchamos juntos”

adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, de 1977. En pocas palabras, siempre que sea necesario el uso de la fuerza para cumplir la misión, es preciso adoptar **todas las precauciones factibles**, sobre todo para confirmar que los objetivos sean objetivos militares legítimos; las mismas precauciones deberán adoptarse en la elección de los medios y métodos de ataque, a fin de evitar infligir danos incidentales excesivos a las personas o bienes civiles y causar sufrimientos innecesarios o superfluos. Por ejemplo:

Conforme al principio de **proporcionalidad**, es preciso efectuar un balance entre, por un lado, los posibles efectos, en términos de civiles muertos y heridos y danos a bienes de carácter civil, que podría causar incidentalmente un ataque, y, por otro lado, la ventaja militar directa y concreta prevista. Se prohíben los ataques que, previsiblemente, causen danos excesivos a las personas o bienes civiles (en contraste, véanse las observaciones sobre los Principios Básicos, en la sección 5.2.1).⁹

Sirva lo anterior para destacar, y de paso denunciar, la perversa distorsión del Derecho Internacional Humanitario que provocan interpretaciones equivocadas de la realidad jurídica, frente al acontecer fáctico en el que se enmarcan los exámenes judiciales sobre la legalidad de las acciones militares estrechamente ligadas a las hostilidades.

La inversión del contenido de los principios que regulan el uso de la fuerza o la generalización de sus interpretaciones, sin consideración alguna de las particularidades que identifican el marco fáctico general y las de cada evento en concreto, explican los juicios de valor desentendidos de las diferencias entre los cuerpos normativos involucrados (DIH-DIDH).

Toda valoración judicial encaminada a verificar la proporcionalidad de una acción militar cumplida en desarrollo de las hostilidades, que parta por determinar la

⁹ Comité Internacional de la Cruz Roja. *Violencia y uso de la fuerza*. Marzo 2012.



DEFENSORÍA MILITAR

“Las batallas legales, también las luchamos juntos”

capacidad armada y logística de las partes trenzadas en un enfrentamiento, así como la superioridad táctica de una u otra (derivada de una posición ventajosa sobre el terreno o el número de individuo que participan por cada bando), hace altamente probable que termine por dictaminar la ilegalidad de sus resultados. La razón: la proporcionalidad se determina en función de la afectación incidental que un ataque directo contra un objetivo militar pueda provocar en bienes y personas protegidas, no en la existencia y la gravedad de un ataque previo al que se deba responder en defensa propia o de un tercero.

Esto último da cuenta de la inconveniencia de que en la interpretación de las reglas de la guerra se introduzcan términos que aludan a instituciones extrañas a la dinámica de las hostilidades y a las reglas que regulan el comportamiento de las partes involucradas, como la *“legítima defensa”*. Si bien normas de *jus ad bellum*, como el artículo 51 de la Carta de Naciones Unidas, recurren a expresiones similares para identificar el derecho de los Estados a responder a una agresión de que sean objeto, es indiscutiblemente pernicioso el empleo del mismo término para justificar cualquier acción militar en el nivel táctico, comoquiera que ello implicaría el estudio de la proporcionalidad de sus resultados a partir de una lógica y dinámica diferente a la propia de las hostilidades; siempre debería acreditarse la amenaza o agresión previa y se constataría la proporcionalidad de la acción de respuesta en función de su gravedad.

En suma, por la asimetría característica de confrontaciones armadas como la colombiana, en el mayor número de eventos, por no decir en su totalidad, el recurso a la fuerza letal por parte de los miembros de las Fuerzas Armadas devendría en desproporcionado.



DEFENSORÍA MILITAR

“Las batallas legales, también las luchamos juntos”

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AUBERT, Maurice. *El Comité Internacional de la Cruz Roja y la cuestión de las armas que causan males superfluos o dañan sin discriminación*. Revista Internacional de la Cruz Roja No. 102, 1990.

BUGNION, François. *El derecho de Ginebra y el derecho de La Haya*. Revista Internacional de la Cruz Roja No. 844, 2001.

CAMARGO, Pedro Pablo. *Derecho Internacional. Tomo I*. Jurídica Radar Ediciones. 1995.

CANNIZZARO, Enzo. *Contextualización de la proporcionalidad: jus ad bellum y jus in bello en la Guerra del Líbano*. INTERNATIONAL REVIEW of the Red Cross. Diciembre de 2006, N.º 864 de la versión original.

CÓDIGO DE CONDUCTA PARA FUNCIONARIOS ENCARGADOS DE HACER CUMPLIR LA LEY. Adoptado por la Asamblea General en su resolución 34/169, de 17 de diciembre de 1979.

Comité Internacional de la Cruz Roja. *Violencia y uso de la fuerza*. Marzo 2012.

HERNANDEZ HOYOS, Diana. *Derecho Internacional Humanitario*. Editorial Ediciones Nueva Jurídica.

OLÁSULO ALONSO, Héctor. *Ensayos sobre la Corte Penal Internacional*. Colección Internacional, Pontificia Universidad Javeriana.

O'DONNELL, Daniel. *Protección Internacional de los Derechos Humanos*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Comisión Andina de Juristas. Lima. 1988.

PRINCIPIOS BÁSICOS SOBRE EL EMPLEO DE LA FUERZA Y DE ARMAS DE FUEGO POR LOS FUNCIONARIOS ENCARGADOS DE HACER CUMPLIR LA LEY, aprobados en el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana, Cuba, entre el 27 de agosto de 1990 y el 7 de septiembre del mismo año

Resolución 2444 (XXIII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 19 de diciembre 1968.