

Revista Facultad de Ciencias Forenses y de la Salud, ISSN 2011-3331  
Nº.10 Diciembre 2014, pp. 51-78  
Tecnológico de Antioquia, Medellín (Colombia)

# **Derecho de gentes: guerra y humanitarismo en los ilustrados y liberales hispanoamericanos del siglo XIX<sup>1</sup>**

*Law of Nations: War and Humanitarianism in the Enlightened and Liberal Hispanic Americans of the 19th Century*

Luis Ociel Castaño Zuluaga<sup>2</sup>

**Tipo de artículo:** Investigación

## **Sumario**

Introducción; Interrogante y justificación; Metodología; Exordio a la temática; Aportes del proceso de independencia hispanoamericana al derecho internacional bélico humanitario; el derecho de la guerra; Primeros teóricos del derecho de la guerra; La concepción de la guerra en la era liberal; La concepción de la guerra en la América española; Arraigo de las doctrinas de Vattel y de los ius internacionalistas en la América española; Conclusión; Bibliografía

## **Resumen**

El ensayo da cuenta de los antecedentes directos de lo que, con posterioridad, tendrá ocasión de consolidarse discursiva, política y jurídicamente como el derecho humanitario bélico propiamente dicho. En particular, señala

1. El trabajo es producto de la investigación titulada “El proceso de Independencia Hispanoamericano como factor dinamizador del Derecho Internacional Público, 1808-1850”, que fuera adelantada en su momento en el Grupo de Investigaciones Sociojurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín.
2. Doctor en Derecho Universidad de Cantabria-Santander (España); Magíster en Derecho Procesal, Universidad de Medellín; Abogado, Universidad de Antioquia; Historiador Universidad Nacional de Colombia. Profesor Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín. Integrante del Grupo de Investigación en Ciencias Forenses y Salud, línea Derechos Humanos, del Tecnológico de Antioquia – Institución Universitaria. locastano@tdea.edu.co; HYPERLINK “mailto:locastano@udem.edu.co” locastano@udem.edu.co; luisociel@une.net.co

cómo, antes de la consolidación de la independencia política de las naciones hispanoamericanas, en la mentalidad de los ilustrados criollos, habían calado profundo las doctrinas de los ius internacionalistas, en especial, algunas instituciones propias del derecho de gentes, tendentes no solo a regular, sino también a matizar los efectos perversos e inhumanos de la actividad bélica. Dichas teorías tendrán ocasión de ser puestas en práctica en las contiendas armadas de las guerras de independencia y en los conflictos civiles que les sucedieron en unas jóvenes entidades estatales propensas a un endémico enfrentamiento armado de sus élites por hacerse al control del poder político.

**Palabras clave:** derecho de gentes, derecho natural, derecho humanitario, guerra, conflicto, independencia.

### **Abstract**

The text provides an account of the direct background of what subsequently will be consolidated discursively, politically, and legally in Warlike Humanitarian Law. Particularly, it states how, even before the consolidation of the political independence of the Latin American nations, the doctrines of internationalists had penetrated deeply into the minds of natives, especially, some institutions of the law of nations aimed not only to regulate, but also refine the evil and inhuman effects of war activities. Lastly, some theories were implemented in the wars of independence and civil conflicts that followed.

**Keywords:** law of nations, natural law, humanitarian law, war, conflict.

### **Introducción**

Se pretende señalar cuál pudo ser el aporte al desarrollo del Derecho Internacional Público derivado del proceso de independencia de las colonias hispanoamericanas. El ensayo da cuenta de uno de los objetivos específicos de la investigación señalada, cual es describir el rol jugado por las ideas y las lecturas de los criollos ilustrados y liberales que, a modo de antecedente, marcaron en parte la conducción de la guerra de secesión frente a la metrópoli.

## **Interrogante y justificación**

El proceso de independencia hispanoamericano (1808-1825) fue el escenario natural en el que se moldearon una serie de prácticas, de instituciones y de principios entre las partes enfrentadas bélicamente, que indudablemente contribuyeron a fortalecer las relaciones civilizadas a las que deben ajustarse, los pueblos, los Estados y los conductores de la guerra misma.

Se contribuye al conocimiento y difusión de la historia del Derecho y de sus instituciones como complemento a la perspectiva eurocéntrica que prácticamente se ha mostrado tradicionalmente como si el Derecho Internacional Público, y en particular el bélico humanitario, fuese su producto exclusivo.

## **Metodología**

A partir de un análisis teórico cualitativo, desde las tesis de los ius internacionalistas clásicos, nos detenemos en la difusión que éstas alcanzaron en la América española y la manera como se insertan en el complejo proceso bélico-político por el que discurrió la independencia de las nuevas entidades estatales latinoamericanas.

## **Exordio a la temática**

Como todo hecho social, el Derecho Internacional, y en especial el llamado Humanitario Bélico, no surgió de la noche a la mañana en una fecha determinada, sino que se debió a un largo proceso histórico que cuando las condiciones necesarias estuvieron dadas le permitió en un momento dado decantarse como disciplina o actividad particular a la que le fue reconocido su campo específico. Si bien puede resultar pertinente anotar, como lo expresa Calvo, que las intervenciones armadas europeas en las primeras décadas del siglo XIX contribuyeron indirectamente a retardar la desaparición de los restos del viejo sistema (Calvo, 1862, p. XXIII), también resulta cierto que al mismo tiempo incidieron en la consolidación del Derecho Internacional mismo, como en efecto puede constatarse de la realidad político – jurídica de los nuevos estados hispanoamericanos inmersos en el vaivén de la política desplegada por las grandes potencias

europas desde finales del siglo XVIII hasta la tercera década del siglo XIX. Una coyuntura como ésta, adosada a un anárquico ambiente bélico y a un intenso proceso diplomático, puso, igualmente, a los hombres de la época a reflexionar sobre la manera de humanizar la propia guerra.

Hoy resulta notoria la pertinencia del Derecho Internacional, en tanto orden normativo, en un mundo que se presenta en lo económico como globalizado, en la pretensión de regular efectivamente el uso de la fuerza, la protección de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, lo mismo que la preservación del planeta para la especie humana, intereses públicos de primera magnitud que, como diría la profesora Pinto, necesitan de la normatividad internacional para su regulación (Pinto, 2004, p. 59), pero que se mostraban apenas si como meras utopías en las calendas de que nos ocupamos en este ensayo.

Como contribución a la historia del Derecho las siguientes páginas están dedicadas a dejar en claro parte de la génesis del Derecho Internacional moderno, que se consolidó, de manera lenta y progresiva, en el período comprendido entre la llamada Paz de Westfalia (1648) y la imposición de la Paz de Versalles (1919), acontecimientos entre los cuales se ubica el período propuesto por esta mirada particular en la idea de señalar cómo la sociedad hispanoamericana también jalonó parte de este proceso de construcción del Derecho Humanitario Bélico.

Es así como nos ocuparemos no tanto de las relaciones entre Estados y gobernantes entre sí, sino entre éstos y sus pueblos, lo mismo que de la manera como debían regirse las diferencias mediadas por el conflicto entre contendores bélicos que asumían la defensa armada de tesis y modelos ius políticos diferentes, en un mundo en el que se trastocaba la concepción misma del poder y de la soberanía. La coyuntura de la que nos ocupamos muestra lo rica y propicia que fue en fijar avances en cuanto ahorrar el costo de vidas humanas, en evitar pérdidas innecesarias y en paliar de alguna manera los intensos sufrimientos de los actores involucrados en el conflicto y de la población civil que quedaba a merced de los bandos.

En el contexto de la guerra que se desarrollaba de manera generalizada y seriamente destructiva en las colonias españolas en América se tuvo, por

entonces, la ocasión de poner en práctica algunas instituciones propias del “Derecho de Gentes”<sup>3</sup> encaminadas a su regularización y a hacer más llevadera la situación de las tropas y de la población civil involucrada o afectada por aquel estado de guerra.

Fue así como luego, cuando la nación española de este lado del océano pretendió romper su cordón umbilical con la del otro lado, en un contexto guerrerista y anárquico, los conceptos teóricos que desde siglos atrás se habían venido construyendo tendrían la oportunidad de ser puestos en práctica dependiendo del grado de ilustración, caballerosidad y de honor de cada uno de los jefes de los efectivos enfrentados, hasta el punto de que se van a proponer y a dar condiciones de trato a los adversarios políticos con mayor o menor grado de eficacia y de respeto de acuerdo con la mentalidad de cada uno de los comandantes que las suscribirían. Surgirán pues, en este contexto bélico, variedad de canjes de prisioneros, suspensión de hostilidades, armisticios, capitulaciones, amnistías, indultos, perdones y olvidos por las conductas o acciones desplegadas entre las fuerzas enfrentadas, que con el transcurrir del tiempo han sido consideradas gérmenes y antecedentes directos de los que hoy día denominamos “Derecho de la Guerra” y del “Derecho Internacional Humanitario”.

A primer examen podría pensarse que el Derecho de Gentes solo vino a cobrar vigencia, tardíamente, en un ordenamiento jurídico como el colombiano al ser formalizado en la Constitución liberal de 1863, algo que no resulta exacto dado que tempranamente ya había sido puesto en vigor, al menos en la mentalidad de algunas personalidades de talante liberal, como se evidencia en los conflictos bélicos que se sostuvieron en las primeras tres décadas del siglo XIX.<sup>4</sup>

---

3. Resulta pertinente anotar, antes de avanzar, como los significados de los conceptos jurídicos evolucionan con el tiempo y la historia. De ahí que conviene delimitar el de “Derecho de Gentes”: uno es el “*Ius Gentium*” romano, otro el Derecho de Gentes a que refiere, por ejemplo, Rawls, siendo distinto al Derecho Internacional propiamente dicho. El lector habrá de considerar la coyuntura histórica de la que nos ocupamos, el inicio de la modernidad ius política en occidente, abstrayéndose, por lo tanto, de lo que hoy se entiende por ello y cuidar de hacer extrapolaciones de significados que no vienen al caso.

4. Y que es el propósito cardinal del ensayo complementario al presente, titulado “Antecedentes del Derecho humanitario bélico en el contexto de la Independencia hispanoamericana, 1808-1826”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Volumen XXXIV, 2012, pp. 323-368. Trabajo que hace parte de la investigación que adelantada el autor en la Universidad de Medellín.

Por un lado, si bien en la conducción de las guerras se desconocían las reglas del Derecho de Gentes por algunos sectores y personalidades intransigentes,<sup>5</sup> llevadas de un infausto fanatismo político, al mismo tiempo, abundaron espíritus altruistas o humanitarios que pretendieron ponerle un toque de humanización al conflicto, tratando al máximo de paliar sus rigores (Castaño, 2012, pp. 323-368).

Es así como se puede apreciar el hecho de que en Colombia durante el siglo XIX se dio una inveterada práctica de dicho Derecho de Gentes en los enfrentamientos bélicos que se realizaron, haciéndose tan extensivo que incluso durante la recta final de la hegemonía del radicalismo liberal, y como corolario de la consagración de los derechos y garantías que en especial buscaban la efectiva aplicación del Derecho de Gentes recogido en el artículo 91 de la Constitución Federal de los Estados Unidos de Colombia,<sup>6</sup> se llegó a promulgar la ley 35 del 20 de mayo de 1881 o “Código Militar de la Unión” en la que se plasmaron algunos instrumentos y procedimientos de carácter humanitario destinados al desarrollo y conducción de las hostilidades, recogiendo una larga y antigua tradición cultivada por los ilustrados granadinos de finales del siglo XVIII y acatada por individualidades pundonorosas e ilustradas en las confrontaciones armadas a su cargo en las abundantes guerras civiles que asolaron el país desde la misma revolución de Independencia.

De manera temprana el Código Militar de la Unión colombiana presenta el innegable mérito de erigirse en uno de los primeros instrumentos expedidos con el objetivo específico de regular la conducción de la guerra, teniendo ocasión de ser parcialmente aplicado en las tres últimas guerras civiles que arrostraría la nación, esto es, en las de 1885, 1895 y en la llamada de los Mil Días (1899-1902). En su libro IV introducía el Derecho de Gentes,

5. Como fue el caso de la manera como se asumió la conducción de la guerra por algunos caudillos en Venezuela en la primera etapa del proceso de su independencia, en particular Bolívar con su Decreto de Guerra a Muerte en 1813 y Boves con su política militar de tierra arrasada. En la Nueva Granada descolló por su fama de sanguinario y cruel, además del propio Bolívar, un personaje como el general Hermógenes Maza, quien paradójicamente era poseedor de un elevado nivel social y cultural.

6. Este artículo constituye un precedente notorio de lo que con posterioridad se conocería como la teoría monista del Derecho constitucional, en la concepción de que el orden interno del Estado debía ponerse en consonancia con el Internacional. En la práctica se muestra como un antecedente del luego también llamado “bloque de constitucionalidad”. “Artículo 91: **El Derecho de gentes hace parte de la legislación nacional. Sus disposiciones regirán especialmente en los casos de guerra civil.** En consecuencia, puede ponerse término a ésta por medio de tratados entre **los beligerantes, quienes deberán respetar las prácticas humanitarias de las naciones cristianas y civilizadas**”. Subrayas fuera de texto (Constitución de los Estados Unidos de Colombia, 1863).

como lo recoge Aguilera, “en cuanto a la regulación de los medios para hacer la guerra, las formas de suspensión y terminación del conflicto, el tratamiento de enfermos, rehenes y prisioneros, y el procedimiento para el canje. Se pretendía con ello regular las situaciones de las guerras civiles y se aspiraba, al decir de Eliseo Payán, Secretario de Guerra y Marina, a que ‘en nuestras frecuentes guerras civiles no volvieran a presentarse hechos atroces y de barbarie como en otros tiempos’” (Aguilera, 2001).

Lo expuesto corrobora cómo el Derecho Internacional Humanitario sienta sus pilares fundamentales en las prácticas militares consuetudinarias en las que se aplicaron, lo que después pasaría a denominarse “Leyes y Costumbres de la Guerra”, y que en modo alguno fueron desconocidas en el contexto hispanoamericano. Si bien no se acataron en todos los Estados ni en todos los tiempos, ni se extendieron a todos los enemigos, al depender en su aplicación de la coyuntura específica y del talante particular de quienes tenían a su cargo la conducción de las hostilidades: “típicamente se podía observar una pauta de restricción del comportamiento hacia los combatientes y civiles basada principalmente en el concepto de honor del soldado. El contenido de estas normas incluía, generalmente, la prohibición de conductas consideradas innecesariamente crueles o deshonrosas, y no fue desarrollado solamente por los propios ejércitos, sino que influyeron también en los escritos de los líderes religiosos” (Henckaerts y Doswald-Beck, 2005, p. XXIX).

En el caso particular colombiano la adopción de este tipo específico de Derecho Humanitario Bélico se extendió a lo largo del siglo XIX, y en especial en sus dos últimas décadas, cuando formalmente se recibió la influencia en parte de prácticas militares como la norteamericana, que han sido presentadas tradicionalmente por la literatura especializada como una innovación pero que en realidad recogían las tesis ya planteadas en la obra de Vattel y en la de los teóricos del Derecho de Gentes, ampliamente conocidos por los criollos de las colonias españolas desde finales del siglo XVIII. Los ilustrados hispanoamericanos ya se habían ocupado de ello mucho antes de que el profesor Francis Lieber asumiera la redacción, tardía por demás, de las “Instrucciones para el Gobierno de los Ejércitos de los Estados Unidos (de Norteamérica) en campaña”, promulgadas el 24 de abril de 1863 en Washington, mediante la Orden General N° 100

del Presidente Lincoln durante la Guerra de Secesión. Código Lieber que luego incidiría en las posteriores normas que se acogerán en lo referente a la conducción de las guerras y a las conductas de los militares, y a los reglamentos que al respecto se emitieron por los Estados pero que ya evidentemente habían tenido ocasión de ser puestas en práctica en las luchas de independencia hispanoamericana.

El Derecho Humanitario<sup>7</sup> en tanto rama del Derecho Internacional Público se halla concebido como instrumento encaminado a la protección del ser humano, albergando como propósito fundamental, en expresión de Jean Pictet, el alivio de los sufrimientos de todas las víctimas de los conflictos armados (de naturaleza interna o externa) en poder del enemigo, fueran “heridos, enfermos, náufragos, prisioneros de guerra o personas civiles”. De ello se ocupó antes de su formalización el llamado Derecho de Gentes, en torno al cual, hasta mediados del siglo XIX, fue usanza que los acuerdos que en ocasiones se concertaban entre las fuerzas beligerantes enfrentadas solo obligaban a dichas partes mientras duraba el conflicto. De ahí que resulte pertinente realizar algunas anotaciones al respecto, puesto que tales acuerdos se erigen en germen y antecedente directo de lo que ya en la década de 1860 se empezaría a perfilar como “Derecho Humanitario” propiamente dicho, a instancias de personajes como Henry Dunant y de organizaciones como la Cruz Roja Internacional. A ello igualmente contribuirá de manera decidida la formalización de algunos importantes instrumentos como por ejemplo: la Declaración de París (1856), sobre la guerra marítima; el “Convenio (de Ginebra) para mejorar la suerte de los militares heridos y enfermos de las fuerzas en campaña” del 22 de agosto de 1864, con el que se contribuyó a la humanización de la guerra terrestre, e, igualmente, la “Declaración de San Petersburgo” (1868), sobre la conducción de hostilidades que habría de dirigirse sólo a combatientes y a objetivos propiamente militares, que prohibía el uso de proyectiles e incendiarios, lo mismo que los medios de combate péfidos o innecesariamente dañinos; y la Declaración de Bruselas (1874) sobre leyes y costumbres de la guerra (Brotons, Catalayud, Díez-Hochleitner y Pérez-Prat, 1997, p. 986-987).

7. Resulta oportuno resaltar como el Derecho Internacional Humanitario presenta dos etapas: antes y después de 1949. Luego de 1977 no cabe más la distinción entre Derecho de Ginebra y Derecho de La Haya, pues ambos confluyen en el DIH.

La ingente actividad de personajes provenientes del seno de la sociedad civil, motivados en torno a la racionalización de las relaciones entre los Estados y los pueblos, preocupados por la humanización de las guerras y los conflictos, acabó de fortalecerse con la intervención de diplomáticos y de estadistas hasta el punto de efectuar importantes avances en el reconocimiento del Derecho Internacional. En este ingente esfuerzo altruista se buscó la solución de las controversias de manera pacífica, desembocando en la Primera Conferencia de Paz de La Haya (18 de mayo al 29 de julio de 1889) y que posibilitó el Tribunal Internacional de Arbitraje; la Convención sobre leyes y uso de la guerra terrestre y marítima para la aplicación de los principios de la Convención de Ginebra (de 22 de agosto de 1864); las declaraciones que prohibían la utilización de armas y técnicas bélicas que buscasen exterminios masivos e indiscriminados o que causasen sufrimientos innecesarios en los adversarios. Todo ello se fue acumulando como por aluvión hasta configurar ese denso y trascendental campo discursivo que hoy constituye el Derecho Internacional Público y al que hoy pocos niegan su carácter vinculante.

La Segunda Conferencia de Paz de La Haya (15 de junio al 18 de octubre de 1907)<sup>8</sup> vino a reforzar tal avance, permitiendo dar forma a un cualificado y diverso concierto internacional por los Estados que aglutinó, lo mismo que por los convenios internacionales que se adoptaron (Camargo, 2007, pp. 96-97). Entre sus logros podemos enumerar:

1. La Convención para el arreglo pacífico de los conflictos internacionales.
2. La Convención concerniente a la limitación del empleo de la fuerza para el cobro de obligaciones contractuales.
3. La Convención relativa al rompimiento de las hostilidades.
4. La Convención concerniente a las leyes y usos de la guerra terrestre.
5. Convención concerniente a los derechos y deberes de las potencias y de las personas neutrales en caso de guerra terrestre.
6. Convención relativa al régimen que debe observarse con los buques mercantes enemigos al comenzar las hostilidades.
7. Convención relativa a la transformación de navíos mercantes en buques de guerra.

---

8. A ella concurrió el delegado de Colombia lo mismo que algunos otros de los Estados del hemisferio americano.

8. Convención relativa a la colocación de minas submarinas automáticas de contacto.
9. Convención concerniente al bombardeo, por fuerzas navales, en tiempo de guerra.
10. Convención para la adaptación de los principios de la Convención de Ginebra a la guerra marítima.
11. Convención relativa a ciertas restricciones en el ejercicio del derecho de capturar en la guerra marítima.
12. Convención relativa al establecimiento de un Tribunal Internacional de Presas (que no llegó a entrar en rigor).
13. Convención concerniente a los derechos y deberes de las potencias neutrales en caso de guerra marítima.
14. Declaración relativa a la prohibición de lanzar proyectiles y explosivos desde globos.

Si bien el desarrollo de la Primera Guerra Mundial (1914-1918) imposibilitó la concreción de la tercera reunión de La Haya, lo cierto fue que a partir del Tratado de Versalles se abrió el panorama del Derecho Internacional Clásico con grandes logros como el establecimiento de la Organización Internacional del Trabajo (1919), el establecimiento de la Corte Permanente de Justicia Internacional (1920) con jurisdicción voluntaria universal y competencia contenciosa y consultiva,<sup>9</sup> lo mismo que de otros organismos que han presentado menos eficacia, como la Sociedad de las Naciones, que a la postre será el antecedente de la Organización de Naciones Unidas.<sup>10</sup>

---

9. Contenciosa en cuanto pretende solucionar litigios entre Estados ceñidos en su función al Derecho Internacional y consultiva en cuanto actúa como órgano que atiende los diversos requerimientos que la Organización le efectúa.

10. De manera que cabe resaltar la obra de los primeros publicistas, que desde la expansión del Derecho de Gentes sentaron los pilares del Derecho Internacional. Como lo subrayó en su momento el profesor Roca, ya desde los planteamientos que efectuaba un ius internacionalista como Grocio se pueden extraer algunas máximas directivas que configuran su legado al posicionamiento del Derecho Internacional como disciplina: a) la sujeción de las relaciones internacionales en su totalidad al manejo jurídico; b) la idea de que el Derecho Natural es fuente autónoma y supletoria del Derecho Internacional; c) la doble naturaleza racional y social de hombre como es el fundamento del Derecho Natural; d) la identidad esencial entre el hombre y el Estado en tanto éste no se puede concebir como un ente mítico con una estructura sobrehumana de poder, sino simplemente un conjunto de individuos con derechos y deberes originarios, no por la concesión graciosa del Estado; e) repulsa de la razón de Estado; f) distinción entre guerras justas y guerras injustas; g) de lo anterior deriva la neutralidad calificada en el sentido de no hacer más poderoso a quien promueve y desarrolla una guerra injusta; h) Pacta sunt servanda (en los tratados de paz, en los convenios preliminares, los armisticios y buena fe en ellos y en las hostilidades); i) la idea de paz y, para evitar las guerras, propone: el coloquio o la conferencia según el número de partes y el arbitraje (jueces ad-hoc), pues no había entonces tribunales pre-existentes (Roca, 2006, pp.16-17).

## **Aportes del proceso de Independencia hispanoamericano al Derecho Internacional Bélico Humanitario**

De lo expuesto se concluye que el Derecho Internacional Bélico Humanitario es una conquista formal de la humanidad, incluso tardía, como se corrobora de la trascendental llamada “Cláusula Martens”, insertada por primera vez en el Preámbulo de la Convención de La Haya (II) de 1889: “Mientras aguardan que un Código más completo de las Leyes de la Guerra pueda ser dictado, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno hacer constar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes quedan bajo la salvaguardia y el imperio de los principios del Derecho de Gentes, tales como resultan de los usos establecidos entre las naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública”. Lo que, en modo alguno, implica que con anterioridad a la formalización de esta cláusula no haya operado dicho Derecho de Gentes como pretendemos demostrarlo, pues ya en las luchas de independencia hispanoamericana se había tenido la ocasión de aplicar dicho sentido por parte de los comandantes militares más pundonorosos.

En este sentido el controvertido proceso experimentado por los pueblos hispanoamericanos, a partir de la primera década del siglo XIX, y que desembocara en lo que ha sido llamado tradicionalmente su “independencia política” respecto de la metrópoli española, se erige en una importante cantera por sus aportes tempranos a la constitución del Derecho Bélico Humanitario. Tan así fue que, una vez se consolidó dicho proceso, el tratamiento de la guerra en Hispanoamérica tempranamente se inspiró en el texto de don Andrés Bello “Los principios del Derecho de Gentes” de 1832, en los que se recogía la doctrina de los principales ius publicistas europeos y españoles.

Dichas prácticas durante mucho tiempo conformaron lo que se conoce como Derecho Internacional Consuetudinario, “práctica generalmente aceptada como Derecho” por los Estados y más tarde por la propia Corte Internacional de Justicia. En efecto, así puede corroborarse de algunas prácticas adoptadas por parte de los directores de las operaciones bélicas que se desarrollaron en el marco de las llamadas Guerras de Independencia

Hispanoamericana, en la península ibérica respecto de la dominación francesa y en América con la secesión política que se pretendía frente a la dinastía española.

Fue así como se tuvo por parte de algunos de los comandantes de armas de las fuerzas enfrentadas, ya cobijados por la bandera española o por las que enarbolaban quienes defendían la causa americana, la oportunidad de poner en práctica algunos incipientes principios de carácter humanitario, surgidos a instancias de la Revolución francesa en la que se permitieron introducir reformas trascendentales a las leyes y costumbres bélicas en relación con el trato que debía otorgarse a los prisioneros;<sup>11</sup> la distinción entre combatientes y población no combatiente; la obligación de asistencia médica y hospitalaria a los heridos; la prohibición de la piratería y de las patentes de corso<sup>12</sup> por parte de los bandos enfrentados.

Y aquí tocamos con la otra cara de la guerra, pues a la par que desarrollaba su dinámica de destrucción, desolación, barbarie y muerte, paralelamente generó otra versión opuesta: la de la solidaridad, el heroísmo, el desprendimiento, la unión, la fraternidad, la humanidad propiamente

11. Sobre este tema particular, y como antecedente lejano, la Edad Media española se muestra rica en regulaciones sobre el trato que se debía dar a los cautivos y prisioneros en tierra de cristianos. De ello se ocuparon con detalle los fueros municipales de las tierras de frontera en los tiempos de la reconquista, sobresaliendo lo que regulaban las Partidas de Alfonso X a mediados del siglo XIII. La guerra en aquel período histórico se erigió en una de las principales fuentes de riqueza. Las denominadas cabalgadas y expediciones de castigo realizadas tanto por los cristianos como por los musulmanes en obtención de botín y de prisioneros tuvieron su regulación jurídica en lo concerniente al trato a los cautivos. Es así como los “prisioneros de guerra” disfrutaron de unas garantías mínimas que los protegían en su persona y en la de sus allegados directos cuando se trataba de prisioneros cristianos, estando los cautivos “infieles”, “paganos”, musulmanes excluidos de tales garantías.

En la variante del Derecho Canónico, desprendido del Decreto de Graciano, se aconsejaba el buen trato a los prisioneros. Fue así como en los diversos fueros medievales en relación a los musulmanes capturados y llevados a tierra cristiana se sancionaba el maltrato, las heridas o la muerte indebida contra ellos, mediante castigos y multas. En la corona de Castilla se reconocía incluso la libertad del musulmán que se convirtiese al cristianismo, cosa que no ocurría en la jurisdicción de la corona de Aragón.

En la normatividad no obstante se hacía extensiva la práctica del rescate e intercambio de dichos cautivos entre las partes, entre moros y cristianos. Se pagaba rescate y se podía comprar la libertad del cautivo, por parte de sus allegados o incluso de un tercero. Amplíese al respecto en Díaz (2010. pp. 281-310).

12. Al respecto cabe anotar que los independentistas no respetaron esto último, es más, buena parte de sus recursos bélicos y de su superioridad ofensiva provino precisamente de sus alianzas con aventureros y mercenarios extranjeros, principalmente ingleses, a quienes acolitaron en su política de esquilma y de pillaje. Buena parte de la armada de las fuerzas separatistas estaba conformada por corsarios de nuevo cuño, así por ejemplo, Agustín Codazzi; Louis Brión; Louis Aury; Gregor McGregor, entre otros.

La diferencia básica entre un corsario y un pirata radicaba en que el corsario era una especie de mercenario de guerra, un aliado de un beligerante que navegaba bajo el amparo de su causa y bandera, mientras que el pirata era un empresario criminal actuando por cuenta propia y sin que tuviese protección política. El pirata lucraba para sí mientras que el lucro del corsario, siendo desde luego también personal, lo adosaba, no obstante, a una causa política determinada.

dicha. En la guerra también aflora la búsqueda de una solución no necesariamente bélica al conflicto de intereses, a las hostilidades, a la conservación de la dignidad del ser cuando se trataba de paliar o minimizar sus perversiones, de matizar su ferocidad en la búsqueda de consensos, de transacciones, parciales o definitivas. Como bien lo recoge la profesora Uribe, deteniéndose en el análisis del caso colombiano de la primera mitad del siglo XIX: “las palabras y las acciones diplomáticas estuvieron al orden del día en las expansiones, los armisticios, las rendiciones o los sometimientos a la soberanía del vencedor, y las amnistías y los indultos fueron las estrategias jurídicas y políticas privilegiadas para lograr hacia el futuro alguna forma de convivencia social” (Uribe de Hincapié, 2003, p. 30).

Desde el inicio mismo del conflicto civil entre liberales y absolutistas, entre monarquistas y republicanos, entre fidelistas y separatistas en el contexto hispanoamericano, y, muy en particular en el colombiano, a la par que el discurso belicista radical se extendía, igualmente se alzaba la voz de un puñado de personalidades que pretendieron matizar los efectos perversos e inhumanos de la guerra, materializando sus ideales a partir del racionalismo político enraizado en el Derecho natural. “Lo que sería necesario afirmar es que las iniciativas políticas para evitar, suspender o terminar la guerra, fueron tan abundantes y tan plurales como las batallas, las tomas de poblaciones o los encuentros armados en las encrucijadas de los caminos y que a la par con los lenguajes políticos de los ‘agravios’, ‘la sangre derramada’, ‘la tiranía’ y ‘la conspiración’, corrieron parejos los del ‘perdón y el olvido’, ‘la clemencia’, ‘la reconciliación’ y que si bien Colombia puede pensarse como un país en guerra permanente, también sería preciso recordar que es quizá el país de América Latina con más larga y más continua experiencia de negociación, transacciones formales e informales, acuerdos políticos, discursos pacifistas e instrumentos jurídicos para la superación de los conflictos armados” (Uribe de Hincapié, 2003, p. 30).

## **El Derecho de la Guerra**

El llamado Derecho de la Guerra fue en sus orígenes consuetudinario, esto es, basado en la práctica o en la costumbre, enfocado a limitar o a atenuar los efectos más perniciosos o inhumanos del conflicto armado (hoy día

diríamos, más técnicamente, a evitar sufrimientos y muertes innecesarias). Con el transcurrir del tiempo se fue positivizando a medida que su regulación fue objeto de convenciones o tratados internacionales, muchos de ellos adoptados en conferencias internacionales por los Estados.<sup>13</sup>

## **Primeros teóricos del Derecho de la Guerra**

Imbuidos de la tradición marcada por la llamada Escuela española del Derecho Internacional, un selecto grupo de criollos americanos acogieron los planteamientos de buena parte de los teóricos que pueden abonarse el título de padres fundadores del Derecho Internacional Público. Coincidían en que la normativa de las relaciones internacionales de las nacientes repúblicas debía organizarse alrededor del “problema central de la legalidad de la guerra”.<sup>14</sup> Así se puede colegir de la posición adoptada por Francisco de Vitoria, a mediados del siglo XVI, al sostener la ilicitud de matar intencionalmente a inocentes, niños, mujeres, gente togada y pacífica, a religiosos, a extranjeros y a huéspedes que se encuentren entre los enemigos, es decir, lo que con el tiempo se conocería como “población civil”. Igualmente de la de Alberico Gentile en *De Iure Belli* (1588-89), al condenar como instrumentos bélicos el asesinato y el recurso a medios o métodos crueles (serpientes, bestias feroces y el uso de las artes mágicas). Antes que el propio Grocio había manifestado la importancia de humanizar la conducción de los conflictos bélicos, hasta el punto de tratar en el libro segundo *De Iure Belli* de las Convenciones militares, la situación de los prisioneros y la de los civiles.

Hugo Grocio en su *De iure belli ac pacis* (1625) abogó por la humanidad y la previsión, por la moderación en la conducción de las hostilidades. El Derecho a la Guerra se legitimaba por la defensa del Derecho Natural cuando se enfocaba al restablecimiento de su vigencia, cuando se limitaba a reparar las violaciones que pudiera sufrir (Grocio, libro III). En ejercicio de este Derecho, al que podían recurrir las naciones, se sobreentendía que éstas no podían exonerarse del deber de respetar los derechos de

13. Cabe anotar que independientemente del grado de positivización adquirido, el Derecho Internacional Consuetudinario es aplicable a todos los Estados.

14. “La fundación del Derecho Internacional como disciplina distinta de las demás ciencias jurídicas fue, más que nada, debida a la transferencia del debate sobre la guerra justa (guerra legítima) y la que no lo era, fundada en consideraciones filosóficas e ideológicas, al nivel del derecho concebido como régimen jurídico de relaciones internacionales en esta situación (guerra legal)”. Swinarski, 1991, p.14).

naturaleza, si bien podían interrumpir algunas “leyes civiles” no podrían llegar al caso de suspender los preceptos propios del Derecho Natural, ello bajo el entendido de que aún la conducción de la guerra debía estar sometida a reglas precisas con la misión de evitar que se pudiese convertir en una “contienda bárbara”, en una guerra desnaturalizada: “La violencia, que domina por encima de todo en la guerra, tiene algo que proviene de la bestia feroz; hay que tener mucho cuidado de atemperarla por la humanidad, por miedo que de imitar demasiado a las bestias feroces, no lleguemos a des instruir (sic) la naturaleza y disposiciones del hombre” (Grocio, Libro III, Capítulo XXV).<sup>15</sup>

Grocio a la luz del Derecho Natural llegó a hacer extensivo en el medio que una de las vías recurridas para conseguir la paz, así pareciese paradójica, era precisamente la guerra. Pero bajo el entendido de que la guerra debía realizarse a la altura del hombre civilizado, no del animal. Pretendía limitar sus excesos, de ahí que los armisticios, las treguas, los ceses de hostilidades, las capitulaciones hubiesen tenido acogida a la luz de tales principios “humanitarios” –diríamos hoy- propios del Derecho Natural.

## **La concepción de la guerra en la era liberal**

Superado el antiguo régimen, el Estado absolutista que cabalgara en ancas de la teoría económica del mercantilismo, de acentuado perfil belicista, con los ejes de su política articulados en torno al comercio, la diplomacia y la guerra, una vez despuntó el siglo XIX la mentalidad de los estadistas influenciados por los progresistas, cambió de concepción adoptando una teoría si se quiere “pacifista”, arraigada en el “laissez faire, laissez passer”, bajo el axioma de que mediante la extensión de la paz se podía alcanzar el incremento del comercio internacional. La mentalidad liberal, más que en la efectividad de la guerra, confiaba en la diplomacia, en el poder de la persuasión y de la negociación en la resolución de los conflictos, ya

---

15. La doctrina del “Derecho de Gentes”, asumido como un valor empírico cuya fuerza vinculante y coactiva, emana de las convenciones y costumbres acordadas por consenso, susceptibles de variar con el tiempo y con las circunstancias, se fue ligando en su evolución al “Derecho Natural” (en tanto se entiende produce obligaciones de carácter absoluto e invariable) hasta el punto de que ya en Grocio (una vez hubo pasado por Vitoria y por Suárez) se mostrará cómo sólo un aspecto de aquel.

El Derecho de Gentes se estructuró en torno al Derecho Natural que ya desde los juristas romanos era tenido como el conjunto de normas vigentes entre los hombres, y que en España Vitoria definiera como “lo que la razón natural estableció entre las naciones”, gracias al trabajo de tantos teóricos fue paulatinamente vinculándose al orden jurídico reconocido por los Estados hasta el punto de que en un momento, como lo planteó el profesor Roca, “dejó de ser común a todos los hombres para devenir en el moderno Derecho Internacional” (Roca, 2006, pp. 11-12).

políticos ora, bélicos propiamente dichos. Con ello se apertura así un grado más de civilización para la humanidad, puesto que a las razones de la fuerza se pretendía ahora oponer la razón del derecho y de la concertación como medios pacíficos que señalaban el progreso.

Es en esta línea de pensamiento en la que un liberal de gran influjo en Hispanoamérica, como Jeremy Bentham en su tratado *Los principios de Derecho Internacional* (1798), en su ensayo tercero, concebía a la guerra como a la maldad en mayor escala, cuya causa habría de buscarse en la propia naturaleza humana, en el egoísmo, en la ambición. Argumentaba que la paz universal solo podría obtenerse a partir de la unidad europea cuando se garantizase la libertad de prensa; el libre comercio, cuando se aboliese la política colonialista y cuando se redujera el gasto armamentista de las potencias.

Esta nueva visión sobre las relaciones estatales y de los pueblos entre sí, unida al influjo que en la formación de la conciencia política hispanoamericana habían desplegado autores como Grocio, Puffendorf, Vattel y el mismo Bentham, posibilitaron un cierto respeto por el Derecho de Gentes en la conducción de la guerra. Estos teóricos fueron leídos con entusiasmo por los espíritus liberales tanto de la península como de sus colonias. Bentham en particular tuvo una gran acogida entre los civilistas granadinos en la era de la República, hasta el punto de que su obra fue texto de referencia del pensamiento y de la actividad política y jurídica de personajes como don Vicente Azuero y del propio General Santander, quien llegó a mantener amistad y correspondencia con el viejo teórico inglés. Sin conocerlo personalmente, en 1825, cuando se hallaba encargado en su calidad de Vicepresidente de la Gran Colombia, impuso parte de su obra en las facultades de Derecho de la naciente nación. Dispuso la enseñanza obligatoria en los colegios y universidades de las cátedras de Derecho Político, Constitucional e Internacional, con arreglo en especial a las obras del prolífico autor inglés, en especial de sus *Tratados de Legislación Civil y Penal*. Bolívar y la tendencia reaccionaria lo prohibieron en 1828, por considerar que el mal que aquejaba a la juventud Grancolombiana radicaba en las ideas políticas que se estaban enseñando a los estudiantes (Levene, 1956, p. 255).<sup>16</sup>

16. Amplíese sobre este aspecto particular de la polémica ocasionada por la enseñanza de Bentham en Colombia en Uribe Urán (2008, pp.246-247). / Igualmente en Echeverri (1989).

Una vez depuesta la dictadura y conjurados los planes monarquistas sobre los Andes americanos, una vez regresa de su destierro Santander, cuando asume su cargo de Presidente de la República de la Nueva Granada en 1835, restablece la enseñanza de Bentham.

Nuestro primer internacionalista de altura, don Andrés Bello, conocía perfectamente la obra de Bentham, aunque lo que más influyera en la suya fuera los tratados penales;<sup>17</sup> se mostraba al tanto de los debates y de las corrientes de opinión que en torno a la guerra, al liberalismo, se daban en Inglaterra respecto de los sucesos en las colonias españolas. Es más, Bello se sentía cercano a los círculos bentamitas de Londres y mantenía contactos frecuentes con James Mill,<sup>18</sup> amigo de Miranda y colaborador suyo en artículos que por entonces “promovían la emancipación de Hispanoamérica en la *Edinburgh Review*” (Jaksic, 2001, p. 73). Incluso trabajó con Mill en los manuscritos de Bentham.

### **La concepción de la guerra en la América española**

En el espacio hispanoamericano uno de los primeros publicistas que a su modo se ocupó de esta temática en particular fue, como lo decíamos, don Andrés Bello, quien siguiendo los planteamientos de Vattel, prácticamente compendia y comenta su obra en un momento crucial para la configuración de las nuevas entidades políticas que ingresarían por la fuerza de los hechos al concierto internacional.

El poder de hacer la guerra como tal es otra de las facultades que residen originariamente en la Nación, de donde se sigue que toda guerra nacional debía considerarse legítima aunque no se hubiese declarado u ordenado por la autoridad constitucional competente (Vattel, libro III), como ocurrió en efecto con la guerra de independencia española, cuando las Provincias y sus Juntas políticas, tanto en la península ibérica como en América, declararon la guerra al invasor francés, a José Bonaparte apoyado por la Gran Armée.

Una guerra a la que consideraron “justa”, esto es, dotada de legitimidad aunque el soberano político (Carlos IV y su hijo Fernando VII) no se

17. Bello no obstante, dado su talante moderado, veía con cierta reticencia el anticlericalismo de Bentham y sobre todo el rechazo que hacía del Derecho Natural.

18. Padre de John Stuart Mill.

hubiesen pronunciado al respecto (Bello, 1946, p. 246). Aquella era una guerra justa, pues el pueblo reasumía su soberanía y se levantaba contra un agresor-invasor con propósitos que violentaban el derecho propio de la nación española de ambos hemisferios.

### **Arraigo de las doctrinas de Vattel y de los ius internacionalistas en la América española**

Emeric de Vattel (1758) puede ser considerado como uno de los más importantes teóricos que contribuyó a sentar los pilares del Derecho Humanitario Bélico, siendo uno de los autores más conocidos por la élite ilustrada criolla. En particular en su “Derecho de Gentes o principios de la ley natural” había expresado de manera racional (lo que después en 1795 Emmanuel Kant en el Proyecto de Paz Perpetua consolidará), que “los hombres aunque sean vencidos a la necesidad de tomar las armas para defender y sostener sus derechos, no dejan por eso de ser hombres (...)”.<sup>19</sup> Máxima alrededor de la cual algunos de los comandantes de aquellas guerras pretendieron adecuar su conducta, bajo el entendido de que las acciones bélicas, de principio a fin de la contienda, debían ser proporcionales; los medios utilizados no podían desconocer unos principios mínimos de razón y de humanidad, como que la ejecución de prisioneros y de rehenes en modo alguno podían ser tolerables a la luz del Derecho Natural; lo mismo la destrucción de los bienes del enemigo vencido; igual que la inobservancia de los acuerdos suscritos, debiendo los tratados, armisticios, treguas, capitulaciones, hallarse gobernados por el principio de la buena fe.<sup>20</sup>

Los planteamientos de un ius internacionalista como Vattel fueron ampliamente conocidos por los criollos americanos que lideraron ideológicamente el proceso de la independencia de las colonias frente a la metrópoli española, lo mismo que por los comandantes y jefes militares que lideraron la contienda. La difusión del Derecho Natural en las universidades y colegios coloniales en América fue notoria, como lo señala el profesor Gutiérrez, pues los abogados españoles, tanto peninsulares como americanos, poseían no solo abundantes conocimientos en esas materias, sino también un “campo compartido de supuestos teóricos” (Gutiérrez, 2010, pp. 81-110).

19. Como luego se recogerá en el llamado Código Lieber de los Estados Unidos de Norteamérica en 1863.

20. Amplíese en Arriola, Bonilla y del Campo (2010, p. 46).

Prueba de lo anterior fue la temprana obra de don Andrés Bello<sup>21</sup> quien en 1832 publicó los Principios de Derecho de Gentes, constituyendo una de las primeras obras de su género en América Latina. Tratado que luego fue ampliado en ediciones posteriores, como en la segunda publicada en 1844 y que pasó a denominarse Principios de Derecho Internacional (Jaksic, 2003, p. 404). Con su labor integral y profunda se hermanó desde el espacio chileno con las tesis que los civilistas granadinos aglutinados en torno a Santander, en el contexto colombiano, pretendían hacer extensivas a la sociedad en procura de lograr un Estado de Derecho, racional y republicano. Bello había podido seguir de primera mano la carrera política de Bolívar y comprendía perfectamente que “los límites de un orden mantenido por la fuerza” (Jaksic, 2003, p. 415), además de inconvenientes por su ineficacia, implicaban un serio peligro para la sociedad política, por lo que se distanció de sus planteamientos. Aspiraba a que la nueva legitimidad de las naciones se basara en el imperio de la ley. De ahí la importancia del Derecho Público. Su gran preocupación fue el establecimiento del orden, pero de un orden jurídico racional, un orden institucional, no el del caudillo victorioso e irracional colocado por fuera o por encima de la ley. Algo que pretendía lograr a partir del Código Civil y de un sistema nacional de educación idóneo con la misión de formar ciudadanos para la república, respetuosos de sus instituciones. En síntesis, soñó con que el lenguaje jurídico y el de la razón, que no el de la fuerza, fuese el que imperase en el seno de las nuevas naciones. Solo el respeto por la ley y la institucionalidad alejaría a los pueblos del cesarismo democrático y del despotismo.

El afán por alcanzar el reconocimiento de sus independencias políticas incentivó que los intelectuales de las nuevas configuraciones estatales americanas se abocaran al estudio de las doctrinas internacionalistas. Por ejemplo, tal necesidad hizo que incluso antes de 1829 en Suramérica se abriera la senda en los estudios superiores para dar a conocer los elementos esenciales de esta particular disciplina del Derecho como es el Internacional. Así por ejemplo, personalidades como Antonio Sanz

---

21. Don Andrés Bello obtuvo su grado de bachiller en la Universidad de Caracas e inició pero no culminó sus estudios de Derecho. Se trasladó luego a Inglaterra donde residió durante cerca de veinte años promoviendo la independencia de las colonias españolas en América y apuntalando la parte diplomática de los nuevos Estados, hasta que en 1829 regresa a Chile a confeccionar su monumental obra jurídica, política, pedagógica y literaria.

(1780-1825), sacerdote, jurisconsulto y político argentino, primer rector de la Universidad de Buenos Aires, dictó un curso en ella en los años de 1822-23, siendo luego publicado bajo el título de “Instituciones elementales sobre Derecho Natural y de Gentes” (Sanz, 1939, pp. 357). Francisco Javier Yanez (1777-1842) publicó también, en la ciudad de Caracas en 1824, un texto significativo denominado “La idea general o principios elementales de Derecho Natural y de Gentes: extracto de Vattel y otros autores” (Pérez, 2001, pp. 44-45 y 52). Este autor en modo alguno abrigó la pretensión de ser original sino tan solo la de divulgar las nuevas ideas en una universidad republicana como era la de Caracas. El abogado, pedagogo y literato gaditano, don José Joaquín de Mora (1783-1864), así mismo difusor de las ideas de Bentham en Argentina, Chile, Perú y Bolivia, a partir de 1831 y hasta 1834 en Lima, dictaría los cursos de “Derecho Natural y Público” y “Derecho Natural y de Gentes”,<sup>22</sup> precediendo al propio Bello en rescatar del olvido al Derecho romano. Conceptualmente tuvo algunas diferencias con éste dado que el venezolano se inclinaba por Heineccio mientras que él prefería a Vinnio.<sup>23</sup>

Un poco más tarde con el texto de Bello se da formalmente inicio a la enseñanza del Derecho Internacional en las repúblicas suramericanas, anticipándose, como lo señala la profesora Obregón, a la divulgación que de esta materia se hiciera en las facultades de derecho europeas y norteamericanas, como se desprende del hecho de que ya en 1829 en Chile, Bello regentaba un curso de Derecho Internacional mientras que, por ejemplo, en Norteamérica los primeros cursos se dictaron en Yale en 1846, en Harvard en 1863 y en la Universidad de Columbia en 1865. En Francia, Alemania e Inglaterra el Derecho Internacional se comenzó a ofrecer como curso independiente a partir de la segunda mitad del siglo XIX (Obregón, 2010, p. 4-5).<sup>24</sup>

22. Publicado por la Imprenta Republicana, en Santiago de Chile en 1830.

23. Johan Gottlieb Heineccio (1681-1741) miembro de la llamada escuela del Derecho Natural y de Gentes (autor precisamente de “Elementos de Derecho Natural y de Gentes), al igual que Arnold Vinnio (1586-1657) autor de la Jurisprudencia humanista, buscaban la sistematización o racionalización del Derecho romano.

Cabe anotar como el modernismo político filosófico en la América hispana llegó de la mano de los hombres de iglesia. Por ejemplo, en la Universidad de Córdoba en el Río de la Plata se vio introducido con el jesuita Domingo Muriel (1718-1795) quien empezó a desmoronar la tradicional enseñanza escolástica. Amplíese en Ramos Núñez (2005, pp. 126-142). Confróntese, así mismo su artículo “La cultura jurídica en la época de la Confederación Perú-Bolivia”, 2000.

24. Obregón Tarazona, Liliana. “Construyendo la región americana: Andrés Bello y el Derecho Internacional” en Revista de Derecho Público. Facultad de Derecho. Universidad de los Andes. N° 24. Bogotá. 2010 Pp. 4-5.

Es más, sorprende constatar cómo en la propia península ibérica había arraigado tempranamente el estudio del Derecho Público. Si bien no con tanto brillo como en la época de oro de Suárez o de Victoria y los demás teólogos del Derecho Natural, lo cierto es que España había mantenido la tradición de cultores de tal disciplina y del Derecho de Gentes. No obstante la Inquisición y el celo enfermizo de las autoridades por preservar la pureza de la fe, parte de la intelectualidad hispana realizó el esfuerzo de introducir el estudio del Derecho de Gentes desde antes de la segunda mitad del siglo XVIII, adoptando, en buena medida las doctrinas que de manera atrevida se hacían en el contexto europeo, en especial en las sociedades protestantes. Por ejemplo, la obra del abate Mably lo mismo que la de Antoine Pecquet fue compilada por los hermanos Joseph Antonio y Félix José de Abreu y Bertodano entre 1740 y 1751. Otros autores que se ocuparon de ello fueron don José Ignacio de Ortega y Cotes; Pedro Pérez Valiente, José de Finestres y Montalvo; Ramón Lázaro de Dou y Bassols, en quienes se haya condensada la influencia de publicistas como Grocio, Bynkershoex, Gentili, Pufendorf, Heinecio, Almici, etc. En la propia España en 1771 don Joseph de Olmeda y León publicó una obra bajo el título de “Los elementos del Derecho Público de la paz y de la guerra”, que básicamente difundía los planteamientos de Vattel. Por la misma época se formalizaba la cátedra del Derecho de Gentes en los Reales Estudios de San Isidoro en Madrid, hasta el punto de llegar a replicarse en ciudades como Valencia, Granada y Valladolid.

La influencia del Derecho Público, que tanta suspicacia generaba en los monarcas europeos, igualmente se dejó sentir en algunos reducidos círculos de iniciados juristas y políticos americanos de finales del siglo XVIII. En particular, de manera extraoficial, tal doctrina fue impartida a los jóvenes aprendices de jurisconsultos por profesores avezados que se atrevieron a ir en contra de las prohibiciones que en tal sentido realizaron las directivas académicas de colegios y universidades, y sobre todo de los funcionarios de la Corona. En el caso particular del virreinato de la Nueva Granada, aunque si bien en el Plan de Estudios de 1774 de Francisco Moreno y Escandón<sup>25</sup> no se contempló la cátedra de Derecho Público, no obstante para aquellos estudiantes que hubiesen completado su ciclo formativo se les abrió la posibilidad de complementar su formación

---

25. Sobre el Plan de Jurisprudencia de Moreno y Escandón véase Fortich (2011, pp.42-45).

jurídica con el estudio del libro del Barón de Bielfeld, “Las instituciones políticas”. Luego el virrey arzobispo Caballero y Góngora estableció en propiedad la cátedra de Derecho Público o de Gentes en los colegios del Rosario y San Bartolomé para los estudiantes de quinto año, con lo que se equiparaban a sus homólogos de la península y a los establecimientos educativos de Quito y Lima.<sup>26</sup>

Pese a que, como lo expresa el profesor Gaitán, el estudio de este tipo de derecho no contó con buena fortuna debido a los avatares políticos del siglo XVIII: “En el plan de Granada de 1776 o en el de Valencia del mismo año, se mandaba estudiar por la obra de Martinus, que tenía una visión de los problemas jurídicos y políticos desde una perspectiva tradicional y absolutista. En la Nueva Granada las cátedras de derecho público, de orientación ilustrada, que incluían Doctrinas de las Instituciones Políticas, Derecho Internacional y Derecho Natural, se habían dictado desde mediados de la década de 1780 hasta su prohibición por la corona en 1794 como consecuencia de la Revolución Francesa.<sup>27</sup> El miedo a la reproducción de los acontecimientos revolucionarios deterioró el progreso de la Ilustración en España y sus colonias al presentarse asociada con el regicidio, el ateísmo y el republicanismo. El curso de leyes naturales públicas e internacionales que

26. Lo recoge de manera ilustrativa y documentada Gutiérrez: “Así, pues, el Derecho público particular se ocupaba de asuntos como el fisco, la legislación, el comercio y la navegación, la fortificación de plazas y el levantamiento de tropas. El derecho público universal, entre tanto, tenía por objeto de estudio los pactos y convenios celebrados entre las naciones, ‘ya en los generales tratados de Paces, ya en varios tratados particulares.’ Comprendía, pues, no solo lo tocante a embajadas y sus aparatos ceremoniales, sino también a los códigos de comercio, los arreglos de paz, las declaraciones de guerra, las treguas, las suspensiones de armas, la seguridad de los rehenes, etc.”. Gutiérrez (2010, p. 92, subrayas fuera de texto).

27. La primera cátedra universitaria de Derecho Natural fue creada en 1661 en la Universidad de Heidelberg y confiada a Puffendorf. (Wieaker, 1957, p. 267; Álvarez, 1993, p. 146). Los autores del Derecho natural racionalista estuvieron proscritos en España y sus dominios hasta la segunda mitad del siglo XVIII. Grocio fue incluido en el Índice (de libros prohibidos) en 1732, *Le Droit de la nature et des gens* y *Les Devoirs de l’homme et du citoyen* de Puffendorf, en la traducción francesa de Barbeyrac, fue condenada en 1742, en 1776 a Burlamaqui y en 1779 a Vattel y Felice, no obstante fueron incluidos en planes de estudios para las universidades a partir de 1774 (Álvarez, 1993, p. 146). La primera cátedra de Derecho natural en España fue la de los Reales Estudios de San Isidro de Madrid en 1770, volviéndose común en España y en América hasta que una real orden de Carlos IV dispuso su supresión en 1794 por temor a que se reprodujesen en España los acontecimientos de la Revolución Francesa. Se adujo en esa oportunidad que la experiencia había enseñado que “llevan consigo el riesgo casi inevitable de que la juventud imbuida de principios contrarios a nuestra Constitución saque consecuencias perniciosas que puedan irse propagando y producir un trastorno en el modo de pensar de la nación (Archivo Histórico Nacional de España, Consejos, 5443-20, tomado de Martínez (1998, p.52-59))”.

“La decisión fue reproducida en la Nueva Granada, en donde se comunicó a los colegios en 1795 la orden de supresión de las cátedras, a pesar de lo cual no desapareció de la enseñanza universitaria durante los años siguientes”. (Documentos relativos al cierre de la cátedra de Derecho Natural y de Gentes, la cual fue sustituida por la de Derecho Real por orden del virrey Espeleta, en Archivo Histórico del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. volumen 12. Folios. 268 a 286).

incluía una teoría de contratos de gobierno que debilitaba los fundamentos del absolutismo real y otras cuestiones delicadas como la naturaleza de la autoridad, el papel de la legislatura y las obligaciones de los gobernantes hacia sus súbditos, fue sustituido en la península por la enseñanza de la filosofía moral y en los colegios de Santafé por la cátedra de Derecho Real, en la que se trataban cuestiones menos candentes como las leyes de contratación y de herencia” (Gaitán, 2002, pp. 4-5).

Más tarde el curso fue revivido en uno de los colegios de Bogotá durante el período revolucionario inaugurado en 1810 y continuó dictándose solo en la capital durante la siguiente década, dedicado a exaltar la forma republicana de gobierno, el principio de separación de poderes, la soberanía colectiva y la igualdad de los ciudadanos ante la ley, enfatizando en la prohibición de ligas, cofradías y hermandades, y difundiendo las doctrinas de Montesquieu, Rousseau, Heineccio, Filangieri, Beccaria y Bentham.<sup>28</sup> Salvo alguna excepción, los colegios creados en las provincias no ofertaron el curso de Derecho Público sino a partir de la década de 1830 (Gaitán, 2010, pp. 4-5). Pero lo cierto del caso fue que con cátedra o sin cátedra las doctrinas de los ius publicistas fueron conocidas, leídas y extendidas entre la intelectualidad criolla de finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX en toda la América española, con o sin la aquiescencia de las ortodoxas autoridades coloniales, aún a despecho del Tribunal de la Inquisición. No cabe duda alguna acerca de que el estudio del Derecho de Gentes era cultivado con notable entusiasmo en la América hispana de antes de la revolución.

Cuando se acoge en Colombia la forma constitucional y republicana de gobierno, como lo expresa el profesor Uribe, se estimó que el contenido de los estudios de Derecho ofrecidos era un factor ideológico decisivo que contribuiría de manera directa al afianzamiento de este sistema de gobierno. Por tal razón uno de los desvelos de los santanderistas granadinos fue precisamente desarrollar lo que la Ley Fundamental de Cúcuta de 1821 preveía, esto es que en los colegios provinciales y en

---

28. Sobre la influencia de Filangieri y sobre la recepción que de los teóricos de la legislación penal se hizo en la Nueva Granada véase Escobar y Maya (2007, pp. 141-178) Villegas, Juan Camilo y Maya Salazar, Adolfo León. “Ilustrados, leyes penales, control social y administración de justicia durante la época de las revoluciones modernas en Nueva Granada. Una mirada desde la obra de Gaetano Filangieri” en Revista Historia de la Educación Latinoamericana. N° 9. 2007. Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Tunja. Pp. 141-178.

las universidades, en cada uno de los departamentos en que se hallaba dividida la nascente república, a los cursos tradicionales de Derecho Civil y Canónico se debía agregar un curso de Derecho Natural de Gentes (Derecho Público -Internacional-, Doctrinas Constitucionales, Derechos del Ciudadano). Algo que ocasionó un clima de tensión con los sectores más tradicionales de la sociedad (militares, clérigos, terratenientes y en general, la nueva oligarquía) (Uribe Urán, 2008. pp. 246-247).

Las cátedras de jurisprudencia que se impartieron en el nascente sistema republicano de la Nueva Granada estuvieron plagadas de la obra de Vattel y de las teorías de los ius publicistas que en el concierto europeo eran reconocidos. Por ejemplo, la cátedra de Derecho Público Político establecida desde 1824 se ocupaba de P. Lepage, Benjamin Constant y Vattel. Luego el Plan de Estudios de 1826, en su artículo 169, a su vez, dispuso que en las cátedras de Derecho Político Constitucional, Constitución y Ciencia Administrativa se seguiría el Curso de Política Constitucional de Constant, además de los escritos de Montesquieu, del abate Mably, de Albert Fritot, de Tracy, que luego fueron substituidas por la compilación considerada más práctica de don Andrés Bello, Los principios del Derecho de Gentes (Gaitán y Malagón, 2008, 392-395).

## **Conclusión**

De las páginas precedentes se puede colegir como la clase ilustrada americana estuvo al tanto de la evolución de los planteamientos humanitarios que desde el Derecho Natural y de Gentes se efectuaban en la sociedad europea, de manera que al verse abocada a la defensa de sus intereses y de sus ideas por medio de las armas en contra de la reacción absolutista española, encarnada en el partido fernandino que se aferraba a la conservación del antiguo régimen, tendría ocasión de poner en práctica dichos postulados, contribuyendo de esta manera a humanizar la conducción de las hostilidades en un primer momento contra la propia España, y en un segundo escenario en las guerras civiles, que tempranamente asolaron a las antiguas colonias por los disensos políticos en que se vio envuelta la propia clase dirigente apenas fue alcanzado el reconocimiento internacional de las nuevas realidades estatales.

## Referencias

1. Aguilera, M. (2001) “Los canjes y la humanización de la guerra”. *Revista Credencial de Historia*. (136), 3-7.
2. Álvarez de Morales, A. (1993). *Estudios de historia de la universidad española*. Madrid: Ediciones Pegaso.
3. Arriola, J., Bonilla, J., Del Campo M. (2010). “Hugo Grocio: en los orígenes del pensamiento internacional moderno”. *Documentos de Investigación*, (59). Universidad ORT Uruguay.
4. Bello, A. (1946). *Principios de Derecho Internacional*. Buenos Aires: Editorial Atalaya.
5. Brotons, A. R., Catalayud, E., Díez-Hochleitner, J., Pérez-Prat, L. (1997). *Derecho Internacional*. Madrid: Mc Graw-Hill.
6. Calvo, C. (1862). *Colección historia completa de los tratados, convenciones, capitulaciones, armisticios y cuestiones de límites y otros actos diplomáticos políticos de todos los Estados comprendidos entre el Golfo de México y el Cabo de Hornos*. Tomo I. París.
7. Camargo, P. P. (2007). *Manual de Derecho Penal Internacional*. Bogotá: Editorial Leyer.
8. Castaño, L. O. (2012). “Antecedentes del Derecho humanitario bélico en el contexto de la Independencia hispanoamericana, 1808-1826”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, pp. 323-368.
9. *Constitución de los Estados Unidos de Colombia*. (1867). Bogotá: Imprenta y estereotipia de Medardo Rivas.
10. Díaz González, F. J. (2010). “La normativa sobre los prisioneros y los cautivos en la España cristiana medieval”. *Revista de Estudios Histórico-jurídicos*, XXXII.
11. Echeverri, A. (1889). *Santander y la instrucción pública, 1819-1840*. Bogotá: Foro Nacional por Colombia-Universidad de Antioquia. Bogotá.
12. Escobar Villegas, J. C., Maya Salazar, A. L. (2007). “Ilustrados, leyes penales, control social y administración de justicia durante la época de las revoluciones modernas en Nueva Granada. Una mirada desde la obra de Gaetano Filangieri”. *Revista Historia de la Educación Latinoamericana*, (9). Tunja: Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. 141-178.

13. Fortich Navarro, M. P. (2011). "Plan de estudio para abogados granadinos (1739-1777)". *Diálogos de Saberes*, (34). Bogotá: Universidad Libre. 33-48.
14. Gaitán Bohórquez, J. (2002). *Huestes de Estado. La formación universitaria de los juristas en los comienzos del Estado colombiano*. Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario-Colección Textos de Jurisprudencia.
15. Gaitán Bohórquez, J., Malagón Pinzón, M. (2008). "Opinar en tiempos de guerra. El aborto temprano de la libertad de cátedra en la vida republicana colombiana". *Estudios Socio-jurídicos*. 10 (1). Bogotá: Universidad del Rosario. 377-400.
16. Grocio, H. *Del Derecho de la Guerra y de la Paz*. (1925). Madrid: Editorial Reus. (Tomos I-IV).
17. Gutiérrez Ardila, D. (2010). *Un nuevo reino. Geografía política, pactismo y diplomacia durante el interregno en Nueva Granada (1808-1816)*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
18. Henckaerts, J.M., Doswald-Beck, L. (2005). *El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario. Volumen I, Normas*. Edición española traducida por Margarita Serrano García de la versión original de Cambridge University Press. Comité Internacional de la Cruz Roja (sin ciudad).
19. Jaksic Andrade, I. (2001). *Andrés Bello: la pasión y el orden*. Santiago de Chile: Editorial Universitaria S.A.
20. Jaksic, I., et al. (2003). "La cultura y el problema del orden en la América andina, 1830-1880: la labor de Andrés Bello". En *Creación de las Repúblicas y formación de la Nación. Historia de América Latina*, 5. Quito: Universidad Simón Bolívar.
21. Levene, R. (1956). *El mundo de las ideas y la revolución Hispanoamericana de 1810*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile.
22. Martínez Neira, M. (1998). "¿Una supresión ficticia? Notas sobre la enseñanza del Derecho en el reinado de Carlos IV". *Anuario de Historia del Derecho Español*. (68). BOE-Ministerio de Justicia (España). 523-544.
23. De Mora, J. J. (1830). *Derecho Natural y de Gentes*. Santiago de Chile: Imprenta Republicana.
24. Pérez Perdomo, Rogelio. (2001). "Los juristas académicos en la Independencia de Venezuela". *Revista Mexicana de Historia del Derecho*, (XXIII). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Autónoma de México. 35-69.

25. Pinto, M. (2004). *El Derecho Internacional. Vigencia y desafío en un escenario globalizado*. Buenos Aires: Fondo de la Cultura Económica.
26. Obregón Tarazona, L. (2010). “Construyendo la región americana: Andrés Bello y el Derecho Internacional”. *Revista de Derecho Público*, (24). Bogotá: Universidad de los Andes. 3-22.
27. Ramos Núñez, C. (2005). *Historia del Derecho Civil Peruano. Siglos XIX y XX. Tomo II. La Codificación del siglo XIX: Los Códigos de la Confederación y el Código Civil de 1852*. Lima: Fondo Editorial Universidad Pontificia Católica del Perú.
28. Ramos Núñez, C. (2000). “La cultura jurídica en la época de la Confederación Perú-Bolivia”. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, (22). Valparaíso: Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 267-297.
29. Roca Tocco, C. A. (2006). “Origen y evolución del Derecho Internacional Público”. *Iushistoria. Revista Electrónica*, (3). Buenos Aires: Universidad del Salvador. Recuperado de ([www.salvador.edu.ar/juri/reih/index/htm](http://www.salvador.edu.ar/juri/reih/index/htm)).
30. Sanz, A. (1939). *Instituciones elementales sobre Derecho Natural y de Gentes*. Buenos Aires: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - Instituto de Historia del Derecho argentino I (con noticia preliminar de Ricardo Levene).
31. Swinarski, C. (1991). *Principales nociones e institutos del Derecho Internacional Humanitario como sistema de protección de la persona humana*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José de Costa Rica.
32. Uribe de Hincapié, M. T. (2003). “Las guerras civiles y la negociación política: Colombia, primera mitad del siglo XIX”. *Revista de Estudios Sociales*, 16. Bogotá: Universidad de los Andes. 29-41.
33. Uribe Urán, V. (2008). *Vidas honorables. Abogados, familia y política en Colombia, 1780-1850*. Medellín: Fondo Editorial Universidad Eafit - Banco de la República.
34. Vattel, E. (1823). *Derecho de Gentes o principios de la ley natural aplicados a la conducta y negocios de las Naciones y de los soberanos*. (Traducción de Lucas Míquel Otarena). Madrid: Ibarra, impresor de Cámara de S.M. (3 volúmenes).
35. Wieaker, F. (1957). *Historia del derecho privado de la Edad Moderna*. Madrid: Aguilar.