

ABC DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO (DIH)

Hernando Valencia Villa

Los derechos humanos se han convertido en la piedra de toque de la democracia. Mientras en otras épocas sus signos distintivos eran los gobiernos civiles, los partidos políticos o las elecciones periódicas, en la actualidad el sistema democrático se configura tan solo cuando y donde existen libertades públicas efectivas, que permitan a los ciudadanos expresarse y actuar con autonomía, tanto para perseguir sus intereses individuales o grupales cuanto para intervenir en el proceso de toma de decisiones colectivas. Únicamente la práctica de los derechos humanos puede garantizar una convivencia pacífica entre los actores sociales, económicos y políticos que constituyen el tejido de toda sociedad viva, y hacer de la democracia una experiencia cotidiana. La encarnación de este ideal supone no solo el esfuerzo de cada Estado y de cada sociedad civil sino también el respaldo de la comunidad internacional. Uno de los instrumentos más avanzados de que dispone el moderno sistema mundial para apoyar la construcción democrática en las diversas naciones y regiones del planeta es el derecho internacional de la persona humana, que aparece hoy, en estas vísperas del tercer milenio, como un complejo conjunto de ga-

rantías y recursos para la protección de la humanidad y de sus diferentes componentes y manifestaciones. Mediante esta rica tradición normativa, que incluye por lo menos tres legislaciones separadas pero complementarias, resulta posible defender de manera mucho más eficaz que en cualquier otra época las vidas y las libertades de todos los seres humanos, que se encuentran hoy más amenazadas y vulneradas que en cualquier otra época. En las páginas siguientes se ofrece una visión sinóptica del derecho internacional de la persona humana, con particular énfasis en el llamado derecho internacional humanitario (DIH).

La Persona Humana como Sujeto de Derecho Internacional

Frente al clásico derecho internacional político, reducido casi por entero al derecho de los tratados y de la organización mundial, puede hablarse de un derecho internacional de la persona humana en el cual convergen tres tradiciones normativas: el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional de los conflictos armados y el derecho internacional de los refugiados, desplazados y apátridas.

El derecho de los derechos humanos se remonta a las declaraciones de derechos de las revoluciones burguesas de finales del siglo XVIII y en particular a la declaración francesa de agosto 26 de 1789. Pero su cristalización en una auténtica legislación de carácter mundial tarda siglo y medio en producirse, pues tan solo con la declaración universal de los derechos humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre 9 de 1948, puede hablarse de un estatuto del género humano dotado de verdadero poder normativo. Entre 1789 y 1948 se produce una evolución que comprende tres etapas: a) los derechos humanos nacen como derechos naturales universales en las proclamas revolucionarias del siglo de las luces; b) se desarrollan como derechos positivos particulares en las constituciones nacionales del siglo pasado, y c) alcanzan una cierta plenitud como derechos positivos universales en los instrumentos internacionales (o del sistema de Na-

ciones Unidas) y regionales (o del sistema interamericano, de la organización panafricana y de la comunidad europea) en el siglo que termina.

Sin embargo, este proceso de mundialización o globalización se encuentra lejos de concluir porque no disponemos todavía de una jurisdicción internacional de derechos humanos que haga efectiva la tutela de las libertades fundamentales de cualquier persona con cualquier nacionalidad o sin nacionalidad, lo cual implicaría imponerse a las jurisdicciones nacionales y al mismo tiempo pasar de las actuales garantías dentro del Estado a las futuras garantías contra el Estado. Más aún, la creación de una tal jurisdicción humanitaria aparece por fuerza la democratización de la organización mundial, de suerte que desaparezca la discriminación entre los Estados miembros permanentes del Consejo de Seguridad de las Naciones, que tienen derecho de veto, y los demás Estados miembros de la entidad, que no poseen dicho privilegio; que se garantice el acceso libre y directo de los individuos y de las organizaciones no gubernamentales a todas las instancias internacionales de protección de la persona; y que se reestructure y revitalice la Corte Internacional de Justicia de la Haya o se establezca una Corte Internacional de Derechos Humanos con jurisdicción obligatoria o autoridad ejecutiva.¹ Se trata, en definitiva, de llevar el proyecto de participación y cambio de la democracia constitucional al ámbito transnacional pues, según ha dicho recientemente el gran jurista italiano Norberto Bobbio,

[así] como las declaraciones nacionales [de derechos] fueron el presupuesto necesario para el nacimiento de las democracias modernas, ¿la declaración universal de derechos humanos no es por fuerza el presupuesto de la democratización del sistema internacional?² Pero este primer componente del derecho internacional de la persona humana tiene una curiosa característica que lo hace de muy difícil aplicación. Si bien es el derecho general u ordinario para todo cuanto concierne a la protección de la condición humana, está concebido y formulado de tal manera que únicamente tiene sentido y resulta practicable dentro de regímenes democráticos funcionales y durante

tiempos de paz. Por ello ha sido menester contar con una legislación internacional dedicada a la garantía de los derechos humanos mínimos o inderogables en situaciones de guerra y para regímenes en emergencia o bajo ley marcial. Tal es el derecho internacional de los conflictos armados, que se ocupa de las guerras internacionales o convencionales y de las guerras civiles o irregulares en dos aspectos centrales: la protección de las víctimas y de la población civil no combatiente, y la limitación de los medios y métodos de combate. El derecho internacional humanitario o derecho de Ginebra persigue el primer objetivo y el derecho de la guerra o derecho de La Haya atiende el segundo. Esta división del trabajo implica que una legislación asiste a las personas afectadas por la lucha armada, sin discriminarlas ni alterar su condición jurídica, al paso que la otra legislación regula las hostilidades de principio a fin, en el entendido de que la guerra puede y debe ser civilizada. Mientras que la legalidad de Ginebra tiene una finalidad puramente humanitaria, pues no otorga privilegios o ventajas a las partes en conflicto y no cuestiona la autoridad del Estado para hacer frente a la rebelión o a la guerra mediante el derecho interno, la legalidad de La Haya, por su parte, constituye la versión moderna de la antigua justicia de las armas, que por ser una ética caballeresca reconoce la naturaleza arbitral del duelo colectivo como mecanismo de solución de conflictos e incluso como procedimiento de creación del derecho.

El derecho internacional de los refugiados, desplazados y apátridas, por fin, es el tercer y último elemento integrante del derecho internacional de la persona humana. A diferencia de las dos tradiciones anteriores, ésta es muy reciente pues sus orígenes se remontan a la postguerra y tiene un carácter menos político y más técnico pues está formulado como un mandato conferido por la comunidad internacional a una agencia especializada del sistema de Naciones Unidas para proteger a los individuos y grupos desarraigados por motivos políticos de su país de origen o nacionalidad. De esta suerte, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) ha desarrollado una práctica de más de tres décadas, en cumpli-

miento de la Convención de 1951 y de su Protocolo de 1967, que resulta muy meritoria en cuanto concierne a los desplazados que cruzan una frontera internacional pero que aparece como elusiva o claudicante cuando de los refugiados internos se trata. Desde el punto de vista institucional, la abstención del ACNUR está justificada. Desde el punto de vista humanitario, en cambio, dicha postura no es más que el resultado de la adhesión a un mandato anacrónico y estrecho, formulado desde el Norte y en defensa del Estado nacional, mientras la problemática del refugio interno afecta sobre todo al Sur y demanda la protección de la dignidad humana frente a y en contra del aparato estatal, que sigue siendo su principal enemigo. Esta legislación especial no puede formar parte del derecho internacional de la persona si no asume como propia la perspectiva ética radical que inspira, como hemos visto, a los derechos de los derechos humanos y de los conflictos armados. De otro modo, se mantendría, que es lo que ocurre hoy, una heterogeneidad sustancial entre unas y otras normas, lo cual tiene dos consecuencias indeseables: frustrar la plena realización de lo que Kant llamaba el derecho cosmopolítico o derecho internacional de ciudadanía y hospitalidad para todos los miembros de la familia humana³, e ignorar el sufrimiento, que clama reparación al cielo, de todos aquellos que se han visto forzados a convertirse en apátridas dentro de sus propias patrias.

El Derecho Internacional Humanitario (DIH)

El DIH tiene su formulación inaugural en la Convención de Ginebra de 1864, por la cual doce países europeos se comprometieron a proteger a las víctimas de la guerra, y en especial a los enfermos y heridos, por razones de humanidad. En 1906 se adoptó otro instrumento sobre la misma materia, que fue complementado por dos convenios suscritos en 1929, el segundo de ellos relativo a la asistencia humanitaria de los prisioneros de guerra y como tal nuevo. A resultas de la segunda guerra mundial, el movimiento internacional de la Cruz Roja asumió la iniciativa de actualizar y enriquecer la normatividad

humanitaria vigente hasta entonces. Este esfuerzo diplomático se tradujo en los cuatro Convenios de Ginebra de agosto 12 de 1949, que refundieron y ampliaron de manera considerable el derecho humanitario, así:

- a) el primer convenio, sobre protección de víctimas de la guerra terrestre, y el tercero, sobre trato de prisioneros de guerra, son revisiones de los dos instrumentos de 1929;
- b) el segundo, sobre protección de víctimas de la guerra marítima, es una revisión del décimo convenio de La Haya de 1907;
- y c) el cuarto, sobre protección de la población civil no combatiente, es nuevo en el derecho internacional público de carácter convencional, aunque codifica lo esencial del antiguo derecho de la guerra o *jus in bello*. Lugar preeminente en los Convenios de 1949 ocupa el artículo 3 común, que ha sido considerado como un convenio en miniatura y que es la primera regla escrita de derecho de gentes sobre conflictos armados no internacionales.

Una generación más tarde, en el contexto de la descolonización africana y de la subversión latinoamericana, la comprensiva compilación de Ginebra fue adicionada con los dos Protocolos de junio 10 de 1977: el primero, sobre asistencia humanitaria en los conflictos armados internacionales, incorpora al derecho de Ginebra lo esencial del derecho de la guerra y de los derechos humanos; y el segundo, sobre protección humanitaria en los conflictos armados no internacionales, ha sido llamado el Protocolo guerrillero en tanto constituye un desarrollo, bastante problemático por cierto, del artículo 3 común de los cuatro Convenios de 1949. En su conjunto, este instrumental normativo se propone la asistencia de carácter humanitario a todas las víctimas de la guerra: enfermos, heridos, náufragos, prisioneros de guerra, civiles desarmados y combatientes puestos fuera de combate por cualquier razón. La regla de oro de la legalidad de Ginebra es la separación entre combatientes y no combatientes, para efectos de garantizar a unos y otros, en tanto se conviertan en víctimas o queden fuera de combate, un tratamiento mínimamente humano.

Por su historia y por su racionalidad filantrópica, el derecho humanitario ha estado inextricablemente asociado a la existencia y a la gestión del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), que es, como se sabe, una institución internacional no gubernamental, integrada de manera exclusiva por ciudadanos suizos y poseedora de un *status* único en el sistema mundial. El CICR goza de merecido prestigio por su imparcialidad y profesionalismo, y su tarea ha sido vital para la salvación y la protección de miles de seres humanos en todas las regiones de la tierra. Pero el celo con frecuencia excesivo con el cual el Comité interpreta y aplica el DIH, al igual que el verdadero culto a la neutralidad que profesan sus delegados en algunos países, resultan muy difíciles de conciliar con la idea del *jus in bello* como patrimonio de la humanidad.

Por su parte, el derecho de la guerra está inicialmente recogido en la Declaración de San Petersburgo de 1868, que proscribe por vez primera el empleo de ciertas armas y municiones, y sobre todo en los tres convenios de 1899 y los trece de 1907, adoptados todos en La Haya y relativos a la limitación de los medios y métodos de combate. Adicionalmente, pertenecen a esta tradición el protocolo de Ginebra de 1925 sobre armas químicas, los Convenios de La Haya de 1954 sobre protección de bienes culturales y de Nueva York de 1980 sobre ciertas armas convencionales, y el reciente acuerdo de París sobre armas biológicas. En el caso del Convenio de 1980 y sus tres Protocolos sobre fragmentos no localizables, minas y armas incendiarias, puede hablarse de una tercera rama del derecho de los conflictos armados: la corriente de Nueva York, que señalaría la vinculación de las Naciones Unidas al esfuerzo de codificación y aplicación del *jus in bello* en su versión de derecho de la guerra en sentido estricto⁴.

El derecho de La Haya se ocupa de gobernar el desarrollo de las hostilidades, incluida la neutralidad y el empleo de las diferentes armas y tácticas de lucha, con base en tres reglas básicas: 1) las hostilidades solo pueden dirigirse contra combatientes y objetivos militares; 2) están prohibidos los medios de combate o las armas que causen sufrimiento o daños super-

fluos o innecesarios, y 3) se proscriben los métodos o las tácticas de combate de carácter pérfido o deshonesto. Estas normas se sintetizan en el principio según el cual "el derecho de las partes en conflicto a elegir los métodos o medios de hacer la guerra no es ilimitado", tal como está formulado hoy en el artículo 35 del Protocolo I de Ginebra de 1977, en lo que constituye la mejor prueba de la tendencia hacia la integración normativa entre las leyes de Ginebra y La Haya. La convergencia de las dos legislaciones o, mejor aún, la absorción del derecho de La Haya por el derecho de Ginebra representa la única esperanza cierta de aplicación de las leyes y costumbres de la guerra a los conflictos reales pues la racionalidad humanitaria, pese a sus derrotas cotidianas, parece tener más oportunidades de acción que la política de control de armamentos y civilización de los procedimientos de lucha.

Conviene añadir dos precisiones. La primera concierne al carácter consuetudinario y no solo convencional que tienen los preceptos del derecho de los conflictos armados en su conjunto. Conforme a reiterada jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, tales normas forman parte del llamado *jus cogens* o derecho consuetudinario de los pueblos y son, por tanto, de obligatorio cumplimiento para todos los miembros de la comunidad internacional civilizada, aunque los Estados no hayan suscrito los diferentes instrumentos de Ginebra, La Haya o Nueva York.

La segunda precisión se refiere a los efectos que tiene la aplicación de una u otra legislación en el ámbito interno del Estado. El jurista chileno Hernán Montealegre expone la doctrina dominante en los siguientes términos:

Mientras el derecho de la guerra deroga el derecho interno y absorbe jurídicamente el conflicto, determinando el estatuto de las partes contendientes, el derecho internacional humanitario coexiste con el derecho interno, el cual recibe su aplicación general, y no afecta la condición jurídica de las partes contendientes respecto a su posición legal o ilegal ante el recurso a la fuerza.⁵

Lo anterior significa que la gran diferencia entre el DIH y el derecho de la guerra radica en que el primero es compatible con el derecho interno, al paso que el segundo suspende la ley nacional y se aplica en su lugar. Esta mayor facilidad de aplicación del DIH proviene en línea directa de la naturaleza filantrópica o humanitaria, es decir, puramente asistencial o protectora, de sus normas e implica en la práctica que los instrumentos de Ginebra regulan una amplia gama de modalidades de conflicto: desde la guerra internacional o interestatal, pasando por la guerra civil y la guerra de guerrillas, hasta los disturbios y tensiones interiores. Adicionalmente, el DIH tiene la ventaja de incluir hoy las normas básicas del derecho de La Haya, como vimos antes, lo cual permite civilizar la contienda y al mismo tiempo proteger a sus víctimas, sin necesidad de invocar el derecho de la guerra, ni plantear el arduo problema de la beligerancia de los contendientes.

El DIH ante el Desafío de la Realidad

Constituye un lugar común de la sabiduría convencional afirmar que el derecho internacional no se cumple o se cumple mal debido a que no existe un gobierno mundial con la fuerza coactiva necesaria y suficiente para garantizar sus mandatos. Pero aún si se acepta que la ausencia de dicha autoridad contribuye al incumplimiento del derecho de gentes, hay que reconocer al mismo tiempo que otros factores, como el maquiavelismo de la política internacional, influyen en este estado de cosas, y que la sola existencia del derecho es una hazaña de la razón y de la civilización. Recientemente, un jurista suizo vinculado al CICR ha enriquecido el debate en los siguientes términos:

Por definición, el DIH prescribe la obligación de respetar un mínimo de normas, aun en las peores situaciones, cuando el diálogo se ha interrumpido y ha sido reemplazado por la *última ratio* del conflicto armado. La importancia de este hecho no debe subestimarse. Aunque solo se respete un porcentaje mí-

nimo de normas, esto representa un elemento ritual y la ritualización significa que el conflicto tiene una estructura formal. Incluso si las normas no se respetan, el hecho de tenerlas es muy diferente del de no tener ninguna norma que violar. Así, aunque estén enfrentados en una lucha a muerte en la cual no parece haber ningún terreno común, hay una base mínima que los adversarios comparten. Esto puede constituir un marco, aunque solo sea simbólico, para resolver el conflicto⁶.

Entre otras cosas, este texto sugiere de modo muy convincente que las normas jurídicas no se proponen únicamente regular los comportamientos sino también simbolizar los valores de la sociedad. Así, las leyes y costumbres de la guerra pretenden someter las hostilidades mismas a ciertas reglas mínimas porque el enfrentamiento armado, a pesar de su barbarie intrínseca, pone en juego ciertos valores y es en últimas una expresión de la condición humana. Al convertirse en una ceremonia social compleja y productiva gracias al encuadramiento normativo del DIH y del derecho de los conflictos armados en general, la guerra puede ser enjuiciada y la violencia que la constituye queda puesta en evidencia desde el punto de vista ético y jurídico, con lo cual se abren oportunidades, que de otro modo no existirían, a la acción humanitaria y civilizada. Tal es el papel clave que juega el DIH en la defensa de los derechos fundamentales de la persona humana.

Referencias

- 1 A propósito de la Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos, que es la primera de su tipo en 25 años desde la de Teherán en 1968 y que fue convocada en Viena para junio de 1993, hay dos iniciativas complementarias que gozan de cierto consenso entre las organizaciones no gubernamentales: el nombramiento de un Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos y el establecimiento de un Tribunal Internacional de Crímenes contra la Humanidad.
- 2 N. Bobbio, *El Tiempo de los Derechos*, Editorial Sistema, Madrid, 1991, pág. 68.
- 3 E. Kant, *La Paz perpetua*, Editorial Tecnos, Madrid, 1991, páginas 15, 27, 30 y 37. Véase también H. Valencia Villa, "La Protección Internacional de

los Desplazados Internos a la Luz del Derecho Cosmopolítico de Kant”, en *Análisis Político*, No. 17, Bogotá, septiembre a diciembre de 1992, páginas 61 a 69.

- 4 Frits Kalshoven, *Constraints on the Waging of War*, International Committee of the Red Cross, Geneva, 1987, páginas 15 a 21. Más aún, podría hablarse de una cuarta rama: el derecho o la corriente de Nüremberg, para referirse a las normas convencionales y consuetudinarias relativas a la responsabilidad penal internacional por la comisión de crímenes de guerra (o violaciones de las leyes y costumbres de la guerra) y crímenes contra la humanidad. Recientemente, en febrero de 1993, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas aprobó una resolución por la cual se crea un Tribunal Internacional para juzgar los crímenes de guerra en el territorio de la antigua Yugoslavia.
- 5 H. Montealegre, *La Seguridad del Estado y los Derechos Humanos*, Academia de Humanismo Cristiano, Santiago 1979, página 563.
- 6 Daniel Frel, “El DIH y el control de armamentos”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, No. 90, Ginebra, noviembre-diciembre de 1988, página 527.