

Principios esenciales de la normativa humanitaria

Se examinarán aquí algunos de los “principios esenciales” del DIH, principios que nos pueden apoyar en la comprensión de su filosofía básica y de su estructuración normativa.

- En preámbulo, podríamos destacar la llamada “Cláusula de Martens”, de 1899, la que se reprodujo en los Protocolos de Ginebra de 1977 y en la “Convención de las Naciones Unidas sobre las Armas Clásicas” de 1980. Ella predica que, en las “situaciones no previstas”, tanto los combatientes como los civiles se encontrarán bajo la protección y la autoridad de los principios del derecho internacional, tal como resultan de las costumbres establecidas así como de los principios humanitarios y de las exigencias de la conciencia pública”.
- De acuerdo con el DIH, la aplicación, o la misma aplicabilidad de sus normas, no afecta al “estatuto jurídico” de las Partes en conflicto. Este principio constituye una especie de “válvula de seguridad”, destinada a calmar las aprehensiones políticas de quienes podrían temer que el mero hecho de respetar, o de comprometerse a respetar ciertas normas del DIH, implicaría, por sí solo, un reconocimiento de beligerancia. Los tratados de Ginebra contienen varias cláusulas de esta índole, tanto en el ámbito de los conflictos internacionales como en el de los no internacionales, con el fin de subrayar su vocación estrictamente humanitaria, así como de evitar que consideraciones de tipo político puedan perjudicar su aplicación.
- Entre los llamados “principios rectores del DIH”, puede citarse al que recoge la médula y el espíritu de sus tratados, enunciando que “... *las Partes en conflicto no infligirán a sus adversarios males desproporcionados con los objetivos de la guerra, los que solo deben consistir en destruir o debilitar el potencial militar enemigo...*”; ello significa, en el campo del derecho de Ginebra, que “... las personas

puestas fuera de combate o las que no participan en las hostilidades serán respetadas, protegidas y tratadas humanamente...”, y en el del derecho de La Haya, que “... *el derecho de las Partes en elegir los métodos y medios de guerra no es ilimitado...*”.

- En el área de los derechos de las víctimas de los conflictos (víctimas en el sentido de los tratados, o sea de personas afectadas por las hostilidades, y no en su acepción moral de personas injustamente perjudicadas), puede destacarse, en primer lugar, el “principio de la inviolabilidad”; esta inviolabilidad de la víctima se expresa, entre otros, en cuanto a su vida, su integridad física y moral, sus convicciones religiosas y personales y su bienestar básico.
- La “no discriminación” representa igualmente un principio esencial en la aplicación de los preceptos del DIH, pues el tratamiento dado al adversario herido, al prisionero, o al civil en un país ocupado, no debe ser influenciado por discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, la nacionalidad, o las opiniones políticas o religiosas.
- En el plano jurídico, el conjunto de las personas protegidas por los Convenios debe beneficiarse del “principio de seguridad”, en el sentido, por ejemplo, de que “... *nadie puede ser considerado responsable por una acción que no cometió...*”, “*que quedan prohibidos los castigos colectivos y las represalias...*”, “*que cualquier persona se beneficia de las garantías judiciales reconocidas...*”, y que “*nadie puede renunciar a los derechos conferidos por los Convenios...*”. Estas garantías representan la permanencia de la legalidad jurídica en los conflictos armados, conflictos que representan, paradójicamente, la expresión más cabal de la ruptura del orden vigente!
- Siempre en el campo de la protección de las víctimas de los conflictos, y de la asistencia que se les debe prestar, se encuentra el principio fundamental sobre el cual descansa la

acción humanitaria de la Cruz Roja, así como la de los servicios de sanidad en general: el carácter neutral de la acción de asistencia a los heridos, la que nunca debe -ni puede- ser considerada como una injerencia indebida en el conflicto; este principio pone al personal sanitario "por encima" de los combatientes; en contraparte de esta inmunidad, éste tiene la obligación de abstenerse de cualquier acto de hostilidad, motivo por el cual, solo puede portar armas de defensa personal.

- Se enumerarán también aquí algunos principios propios del "derecho de la conducción de las hostilidades", los que definen diferentes tipos de limitaciones impuestas en el ámbito de los "medios y métodos de combate".

Existen limitaciones "*ratione personae*" (de acuerdo con las personas), las que obligan, por ejemplo, a los beligerantes, a distinguir, en forma permanente, entre la población civil y los combatientes.

Se dan también limitaciones "*ratione loci*" (de acuerdo con los lugares), las que protegen ciertos tipos de sitios o de instalaciones, como "*...las localidades no defendidas, los edificios históricos, culturales o religiosos, o las instalaciones que contienen fuerzas peligrosas...*". Como corolario de esta protección, dichos lugares no pueden contener ni ocultar objetivos de tipo militar, y, al mismo tiempo, la población civil no puede ser utilizada para que objetivos no protegidos no sean atacados.

Suelen finalmente considerarse limitaciones "*ratione conditionis*" (de acuerdo con las condiciones), las que abarcan, entre otras, prohibiciones tales como: "*...los ataques indiscriminados, el uso de armas y métodos que causen daños excesivos con respecto a las ventajas militares concretas y directas esperadas, las acciones que puedan afectar al medio ambiente natural de manera extensa duradera y grave, el hacer padecer de hambre como medio*

de combate... "y"... el utilizar métodos de guerra basándose en la traición, en la perfidia, o en el abuso de signos de protección reconocidos, como la cruz roja, la bandera de parlamentario, o las insignias de nacionalidad...".

Características principales de aplicación de los tratados del DIH

Puede señalarse, en primer lugar, que las normas del DIH son de índole imperativa (o de "*jus cogens*"), y no meramente dispositiva. Cabe mencionar, en este ámbito, que los tratados de Ginebra de 1949 constituyen, hoy en día la mayor comunidad convencional conocida, haciéndose excepción de la Carta de la Naciones Unidas.

En segundo lugar, los altos valores que inspiran el DIH, convirtieron sus preceptos en compromisos absolutos de humanidad, dejando entonces de constituir tratados de correspondencia mutua y limitada. Por este motivo, el conjunto de los Estados Partes en los Convenios de Ginebra, de acuerdo a su artículo 1° común, no solamente tiene la obligación de respetar sus normas, pero también la de hacerlas respetar, en cualquier situación.

En tercer lugar, finalmente, éstos Convenios no son sujetos a la condición de reciprocidad, lo que implica que el no cumplimiento de sus deberes por un Estado Parte, no permite que su adversario se desvincule de los suyos, pues no se trata de un intercambio equitativo de prestaciones, sino de obligaciones de carácter superior inderogables.

A este respecto, el "Convenio de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados", estipula que las normas de protección humanitaria se encuentran excluidas del campo en el cual se autoriza que una Parte que resulte perjudicada en la aplicación de un tratado multilateral puede suspender sus propias obligaciones en la materia; vale destacar aquí que de los pocos

tratados, sino los únicos, que la República de los Soviets no denunció después de la Revolución de 1917, fueron los tratados humanitarios entonces vigentes, por ser considerados encima de cualquier contingencia política.

IV. Los mecanismos de aplicación y de implementación del DIH

Consideraciones generales

Puede resultar de interés el examen de los mecanismos de aplicación y de implementación del sistema de protección del DIH, sistema que contiene medidas originales en el campo de la prevención de las infracciones, del control de la aplicación de sus preceptos y de la propia represión de las violaciones de sus disposiciones. Por lo tanto, antes de someter las inobservancias de las normas humanitarias a un sistema punitivo, las condiciones de aplicación del sistema deben basarse en mecanismos que garanticen adecuadamente la posibilidad de prevenir eventuales violaciones del derecho, y de controlar lo más eficazmente posible su aplicación.

Medidas nacionales de implementación

Las llamadas medidas nacionales de implementación de la normativa del DIH, más allá del concepto de "autoejecutabilidad" de los tratados y de su primacía sobre el derecho interno, concepto hoy consagrado por numerosas constituciones, entre las cuales varias latinoamericanas, implica una adecuación de las disposiciones de los convenios humanitarios al ordenamiento jurídico doméstico, sea para precisarlas, sea para interpretarlas, sea para tornarlas operacionales.

Sin entrar en demasiados detalles, podemos señalar, entre otras, las necesarias medidas de inserción, en la legislación penal civil y militar, de los mecanismos de represión de los crímenes de guerra, la incorporación en la normativa nacional,

constitucional o legal, de las garantías fundamentales civiles y judiciares previstas en tiempo de guerra, la actualización de la legislación relativa a la protección del emblema de la Cruz Roja, la creación de los diferentes órganos previstos por los tratados, como las "Oficinas Nacionales de Información" o los cuerpos de asesores jurídicos especializados en materia de DIH, y, finalmente, las disposiciones a ser tomadas para seguir las prescripciones de los Protocolos Adicionales de Ginebra en materia de desarrollo de nuevas armas, las que han de ser compatibles con la normativa humanitaria suscrita por los países concernidos.

Medidas preventivas

De las medidas preventivas contempladas por los autores de los Convenios de Ginebra, la más fundamental es la obligación de difusión de su contenido, para todos sus órganos destinatarios y beneficiarios. Esta obligación, igualmente válida en tiempo de paz como de guerra, implica, por una parte, la inclusión del estudio de los referidos tratados en los programas de instrucción militar, y, por otra, la promoción del conocimiento de sus normas entre los demás estamentos de la sociedad civil.

El deber particular de conocer estas reglas incumbe a las autoridades civiles y militares, deber que viene siendo completado por las llamadas "diligencias especiales", a cargo de los jefes castrenses; estas medidas los obligan a actuar para que los miembros de las fuerzas colocadas bajo sus órdenes conozcan sus obligaciones y sus derechos en virtud del derecho existente.

La "obligación de divulgar" constituye, en todo el derecho internacional público, la primera oportunidad en que los Estados manifestaron su convicción de que, sin el conocimiento del contenido de las disposiciones de los tratados, especialmente de los tocantes a la protección de la persona humana -y cuyos efectos deben ser realizados mediante el derecho interno de los Estados-, sus normas corrían el peligro de volverse improcedentes ante la realidad de los hechos.

El Protocolo I completa las disposiciones de los Convenios, agregándoles una que pone a cargo de los Estados Partes la obligación de disponer de “asesores jurídicos” que asistan a los comandantes militares en materia de aplicación y de enseñanza de los instrumentos humanitarios, en el seno de las Fuerzas Armadas.

El compromiso de tomar todas las medidas necesarias para la implementación de las obligaciones que los Estados y las Partes en conflicto tienen, en virtud de los Convenios y del Protocolo I (como la obligación de que sean comunicadas las traducciones oficiales de las leyes y de los reglamentos adoptados para asegurar la implementación de los Convenios en el derecho interno), suele también considerarse como una de las medidas complementarias de prevención del sistema.

Medidas de Control

Estas medidas constituyen un elemento imprescindible en el funcionamiento de los mecanismos de prevención y de represión previstos para darle a la normativa humanitaria un verdadero aparato de funcionamiento.

Un conflicto armado internacional resulta casi siempre, y desde su principio, en una ruptura de las relaciones diplomáticas. Como consecuencia, los súbditos de un Estado así como sus más variados intereses, carecen de amparo jurídico en el territorio enemigo.

Para atenuar los efectos negativos de esta carencia, el derecho internacional consuetudinario ya conocía el instituto de la “Potencia Protectora”, que es la de un país neutral, por lo que se refiere al conflicto, al cual una de las Partes le encarga la protección de sus intereses en el territorio de la otra; últimamente, esta institución ha sido refrendada en el Convenio de Viena sobre las Relaciones Diplomáticas de 1961.

En cuanto a los Convenios de 1949, ellos incorporaron este sistema para aplicarlo bajo la forma de un aparato de control destinado a funcionar en los conflictos armados internacionales, contemplando, en estas situaciones, la posibilidad de acogerse a un Estado ajeno al conflicto, para encargarle la salvaguardia de los intereses humanitarios de la parte contendiente en el país enemigo, así como de asegurar la aplicación de las disposiciones pertinentes del DIH.

La designación de una Potencia Protectora se encuentra sometida a la aprobación del país junto al cual debe cumplir su misión; pero, si por razones políticas, resultase difícil el ponerse de acuerdo sobre la elección de un Estado, el Comité Internacional de la Cruz Roja puede ser llamado a asumir estas tareas de control, con el acuerdo de los Estados Partes en el conflicto, actuando entonces como sustituto -"de jure" o "de facto"- de la Potencia Protectora.

El Protocolo I de 1977 ha confirmado y consolidado las modalidades de funcionamiento de dicho procedimiento, agregándole una nueva institución de control, con la finalidad de verificar los hechos que podrían constituir infracciones graves del DIH: se trata de la "Comisión Internacional de Encuesta", prevista en su artículo 90, y cuya misión es la de poder verificar, de modo imparcial, el carácter fidedigno y verosímil de los acontecimientos alegados como constituyentes de crímenes de guerra, y ello, con un efecto determinante para las Partes. Este procedimiento internacional facultativo acaba de entrar en vigencia, y ha sido aprobado ya por unos 40 Estados.

Estimamos que la actuación de esta Comisión Internacional, a pesar de la complejidad de sus mecanismos de trabajo, puede representar una verdadera posibilidad de solucionar algunos problemas de aplicación del DIH y de su observación. Señalemos que en el continente americano, la competencia de la Comisión Internacional de Encuesta ya ha sido formalmente reconocida por Bolivia, Brasil, Chile y Uruguay.

Medidas de Sanción

La existencia de un aparato de sanciones en el DIH tiene consecuencias fundamentales, sobre su eficiencia, siendo su propósito no solamente punitivo, sino también preventivo; en efecto, su introducción en el derecho interno de los Estados condiciona la influencia que puede tener sobre los comportamientos de las personas y sobre la actuación del propio Estado, con el fin de poder, al mismo tiempo, castigar y advertir.

El sistema reprime entonces dos categorías de infracciones:

Se trata, en primer lugar, de todas las inobservancias y de los actos no conformes a las disposiciones de las Convenciones y de los Protocolos, que los Estados tienen que sancionar.

Las acciones de las cuales se dispone, respecto a este tipo de delitos, son idénticas a las contenidas en el derecho internacional público, en general, para con los actos contrarios y las violaciones de los tratados internacionales.

Ello significa que, por medio del derecho interno del Estado, estas actuaciones son susceptibles de recibir sanciones administrativas, disciplinarias o judiciales, y que, en el plano internacional, encuéntrense implicados los mecanismos habituales de responsabilidad vigentes en materia de no cumplimiento de los tratados. La obligación principal del Estado consiste, entonces, en tomar todas las medidas necesarias para que cese el comportamiento contrario o violatorio.

En segundo lugar, existe un caso muy distinto y propio del sistema de Ginebra, que es el llamado de las "infracciones graves", las cuales son taxativamente clasificadas como "crímenes de guerra"; se trata de las violaciones que, desde el punto de vista de los autores de los instrumentos de Ginebra, representan un peligro especialmente grave y que, de quedarse en la impunidad, significarían la total falencia del sistema.

Se entiende por infracciones graves cualquier de los actos que los Convenios de Ginebra y el Protocolo I enumeran de manera exhaustiva, como tales. Constituyen así “crímenes de guerra”, si fueran intencionalmente cometidos en contra de personas o de bienes protegidos, los principales actos que a continuación se indican:

- *"el homicidio, la tortura, los tratos inhumanos y las experiencias biológicas... ", "la detención ilegal", "la toma de rehenes", así como "toda demora injustificada en la repatriación de prisioneros de guerra o de internados civiles" y "la obligación impuesta a una persona protegida para que sirva en fuerzas enemigas";*
- *"Los ataques indiscriminados contra la población civil, y contra obras o instalaciones que contengan fuerzas peligrosas" y "los ataques contra personas reconocidas como fuera de combate";*
- *"El uso pérfido del signo de la cruz roja o de otros signos protectores reconocidos";*
- *"El desplazamiento, por la Potencia ocupante, de parte de la propia población civil al territorio que ocupa", así como "la deportación de la totalidad o de una parte de la población oriunda de este territorio".*

Después de clasificar a los “crímenes de guerra”, el sistema de Ginebra obliga a los gobiernos a tomar todas las medidas necesarias para determinar las sanciones penales adecuadas, sanciones que han de ser igualmente aplicadas a las personas que dieron las órdenes de cometer dichos actos. Las autoridades deben entonces comprometerse a juzgar a las personas concernidas, sea por comisión directa de la infracción, sea por omisión contraria a un deber de actuar; en cuanto a los jefes militares, ellos tienen la obligación particular de celar para impedir que se cometan actos tipificados como crímenes de guerra, bien como de, dado el caso, reprimirlos y denunciarlos ante los órganos competentes.

En este campo, debe enfatizarse el “principio de la responsabilidad individual”, que ha sido consagrado por este derecho, en el caso de los crímenes de guerra; dicho principio se opone a la substracción de la responsabilidad de una persona por el mero motivo de haber actuado como representante de un órgano del Estado, no pudiendo exonerarse de responsabilidad por la simple razón de haber cumplido con órdenes superiores.

Señalemos todavía que se ha instituido así, a respecto de los crímenes de guerra, el recurso a la llamada “competencia penal universal” del conjunto de los Estados Partes en los tratados de Ginebra. A consecuencia, este sistema, que obliga al Estado que no haya hecho comparecer al acusado delante de sus propios tribunales, a extraditarlo, para que sea juzgado bajo todas las garantías del debido proceso, excluye, en teoría, la posibilidad de que estos crímenes se queden en la impunidad. Esta regla del “juzgar o dar a juzgar”, garantiza entonces la universalidad del aparato represivo previsto por los tratados de Ginebra.

En la realidad, hemos de reconocer que el funcionamiento del sistema de sanciones del DIH depende enteramente de la voluntad política de los Estados de implementarlo en sus legislaciones internas, así como de hacerlo respetar en el ámbito de las relaciones internacionales. Ello puede conducir, desafortunadamente, a situaciones graves de impunidad susceptibles de hacer cuestionar la operatividad del sistema de protección del DIH y la eficacia de sus mecanismos de aplicación, del mismo modo en que puede efectuarse dicho tipo de cuestionamiento en relación con otros ámbitos de aplicación de normas de derecho internacional público.

Sin embargo, no se considera, en ningún aparato jurídico, que las violaciones de las reglas vigentes puedan ser consideradas como pruebas de una supuesta inutilidad; por el contrario, para violar una norma, es imprescindible que ella exista. Claro está que, a estas alturas del desarrollo del derecho humanitario, el problema principal no radica en la escasez de reglas de esta índole, pero sí, y somos testigos diarios de ello, de la voluntad

política de ciertos actores del escenario internacional de observarlas y de cumplirlas.

En cuanto a la institución del sistema de represión universal, ella no perjudica en absoluto la posibilidad de creación de tribunales internacionales con competencia para conocer las infracciones al DIH, tal como los establecidos después de la II Guerra Mundial, en Nuremberg o Tokio, o el recientemente instituido por las Naciones Unidas con respecto a la situación de la ex-Yugoslavia, ni la de reconocer la competencia en materia de aplicación del derecho humanitario a los tribunales internacionales existentes, como la Corte Internacional de Justicia de La Haya.

V. Conclusiones y Perspectivas

Al cabo de este recorrido de los diversos aspectos constitutivos del sistema internacional de protección de la persona humana que constituye el DIH, a través del estudio de su desarrollo histórico, de sus principios y postulados esenciales y de sus mecanismos de aplicación, puede concluirse que el DIH es, al fin de cuentas, un derecho realista, a pesar de haber sido inspirado por los sentimientos más nobles e idealistas.

Efectivamente, su función es idéntica a la del samaritano, o hasta a la del bombero: ambos desean ardientemente que la calamidad que combaten no ocurra, pero están preparados para enfrentar sus consecuencias, y limitar al máximo los daños que ella puede provocar.

El DIH es, no debemos olvidarlo, un derecho de los Estados, aunque el impulso de su codificación moderna y de su desarrollo haya sido ampliamente promovido por el Comité Internacional de la Cruz Roja.

Consecuentemente, si bien sus fuentes de inspiración son de índole filantrópica, sus normas positivas, negociadas por los plenipotenciarios de los Estados Partes, resultan muchas veces

imbuidas de raciocinios propios de la “razón de estado”, en la cual los “imperativos de humanidad”, que constituyen la piedra angular del sistema, se ven mitigados por consideraciones inducidas por las llamadas “necesidades militares”.

En todo caso, el fiel cumplimiento de un código basado en conceptos que diferencian a la “civilización” de la “barbarie”, no puede, ni debe ser interpretado, jamás, por los gobiernos, como una muestra de debilidad o una concesión que se hace frente a un adversario; pues si es bien entendido e inteligentemente aplicado, el derecho humanitario, cuyo sentido profundo no representa sino la expresión mínima del respeto debido a la dignidad inherente a todo ser humano. no entorpece ni debilita, de manera alguna, las acciones que las fuerzas armadas o de seguridad hayan de emprender para defender una sociedad o un país contra agresiones o peligros externos o internos.

Es más; una autoridad que llega a demostrar que su misión se realiza en el marco de la estricta legalidad, siempre evidenciará su solvencia moral y su sentido ético, pudiendo así ganar la confianza y el apoyo de la ciudadanía, sin los cuales nunca se han obtenido victorias definitivas, ni se ha podido establecer paces justas y duraderas.

Debemos por lo tanto convencernos, hoy más que nunca, que el derecho humanitario, constituye un verdadero “patrimonio común de la humanidad”, y que, dado su carácter universal, ha de proteger al mundo contra el salvajismo total y las atrocidades sin límites, de las cuales es desafortunadamente capaz el ser humano.

Es justamente por ello que el artículo 1º, común a los Cuatro Convenios de Ginebra, recuerda a las naciones su “responsabilidad colectiva”, no solo de “respetar” sus normas, cuando se encuentren directamente implicadas en una situación de conflicto armado, sino también de “hacerlas respetar”, por cualquier parte envuelta en una guerra, so pena y riesgo, al

no actuar, de verse producir el gradual desmoronamiento de un edificio jurídico y moral pacientemente elaborado, que bien podría transformarse, algún día, en un último baluarte de la humanidad contra la locura destructora de sus hijos.