

CAPÍTULO PRIMERO

EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

I. El desarrollo del derecho internacional humanitario. <i>Ius ad bellum e ius in bello</i>	6
II. Definición de derecho internacional humanitario . .	7
III. Características del derecho internacional humani- tario	9
1. Humanidad	9
2. Universalidad	11
3. Irrenunciabilidad	13
4. Imperatividad	14
IV. Función del derecho internacional humanitario . . .	15
V. Ámbitos de aplicación del derecho internacional hu- manitario	16
1. Ámbito de aplicación material	16
2. Ámbito de aplicación temporal	19
3. Ámbito de aplicación personal	20
VI. Derecho internacional humanitario y derecho de los derechos humanos	22

CAPÍTULO PRIMERO

EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

El derecho internacional humanitario (DIH) es una rama perteneciente al derecho internacional público y es un conjunto de normas internacionales de origen convencional y consuetudinario, específicamente dedicadas a reglamentar los problemas humanitarios derivados directamente de conflictos armados internacionales o internos.

Los orígenes de las normas de derecho humanitario se remontan muy atrás en el tiempo; algunos autores, como Swinarski, mencionan que ya existían desde el año 1000 a. C. y eran “reglas sobre los métodos y medios para conducir las hostilidades y... algunas normas tendentes a la protección de ciertas categorías de víctimas de los conflictos armados”.¹ Por tanto, el DIH era un conjunto de normas no escritas, basadas en la costumbre.

Progresivamente este derecho fue evolucionando y positivizándose, hasta lograr obtener el cuerpo de normas de DIH que conocemos el día de hoy.² Pero comencemos por hacer referencia a lo que era el DIH en el derecho internacional clásico.

¹ Swinarski, Christophe, *Introducción al derecho internacional humanitario*, San José, Costa Rica, Comité Internacional de la Cruz Roja-Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1984, p. 7.

² Este cuerpo de normas está constituido por: Los Convenios de La Haya, la revisión de los de 1899 y la aprobación de los nuevos de 1907; los 4 Convenios de Ginebra de 1949; la Convención de La Haya para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado de 1954; la Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y toxinas y sobre su destrucción de 1972; los dos Protocolos de 1977 adicionales a los 4 Convenios de Ginebra de 1949; la Conven-

I. EL DESARROLLO DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO. *IUS AD BELLUM E IUS IN BELLO*

En principio, debemos señalar que el derecho internacional clásico estaba conformado por el derecho de la paz y por el derecho de la guerra; el primero de ellos se refería a las relaciones políticas, económicas, culturales y comerciales entre Estados en tiempo de paz; mientras que el segundo regía las relaciones entre Estados en situaciones de conflicto armado. El derecho de la guerra clásico basaba su aplicación en el principio de soberanía de los Estados, quienes tenían la facultad discrecional de decidir cuándo utilizarían este derecho; en ese sentido, no existía un límite a los Estados, ellos decidían en qué momento y a quien declarar la guerra, “...recurrir a la fuerza era el atributo supremo de su soberanía, la expresión más cabal de su calidad de Estado”.³

En sus orígenes, las relaciones interestatales eran, por lo general, relaciones de conflicto y éstas obedecían al deseo de los Estados de conquistar otros territorios, con la finalidad de erigirse en imperios económicos, políticos y culturales. De las experiencias y prácticas en estos combates surgieron las primeras normas consuetudinarias del derecho a la guerra, o lo que suele llamarse *ius ad bellum*. Posteriormente, a partir del Convenio de Ginebra de 1864, de la Declaración de San Petersburgo de 1868 y de los Convenios de La Haya de 1899 y de 1907, se sentaron las bases del derecho internacional humanitario contemporáneo;

ción sobre la prohibición o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que pueden considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, con tres Protocolos adicionales de 1980; la Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción de 1993; el Protocolo sobre armas láser cegadoras (*Prot. IV [nuevo] de la Convención de 1980*) de 1995; el Protocolo enmendado sobre prohibiciones o restricciones del empleo de minas, armas trampa y otros artefactos (*Prot. II [enmendado] de la Convención de 1980*) de 1996; la Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y su destrucción de 1997.

³ Swinarski, Christophe, *op. cit.*, nota 1, p. 6.

estos documentos hacen referencia a la protección internacional de las víctimas de conflictos armados (derecho de Ginebra) y a la limitación de los medios y métodos de combate (derecho de La Haya), con su nueva vertiente, el derecho para compatibilizar el comportamiento de los sujetos con las normas del DIH, incluidas las que limitan ciertos métodos y medios de combate (derecho de Nueva York), que en conjunto se los suele llamar *ius in bello* (derecho de la guerra o derecho de guerra).

Ulteriormente, con la aparición de la Carta de las Naciones Unidas de 1945, el *soberano derecho a la guerra* de los Estados se convirtió en uno de los hechos punibles internacionales más graves, con las excepciones que en capítulos posteriores estudiaremos más a profundidad, pero que a continuación mencionamos: *a)* las medidas que el Consejo de Seguridad de la ONU puede tomar para mantenimiento y protección de la seguridad y la paz internacionales (capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas); *b)* el derecho a recurrir a la fuerza en caso de guerra de liberación nacional (artículo 1o. del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949); y *c)* el legítimo derecho a la defensa o guerra defensiva (artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas).

Con la Carta de las Naciones Unidas desapareció la noción de *ius ad bellum*, para quedar únicamente lo comprendido por el *ius in bello*.

II. DEFINICIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

De esta forma, el derecho de la guerra, derecho de los conflictos armados, *ius in bello* o derecho internacional humanitario contemporáneo es:

...el cuerpo de normas internacionales, de origen convencional o consuetudinario, específicamente destinado a ser aplicado en los conflictos armados, internacionales o no internacionales, y que limita, por razones humanitarias, el derecho de las Partes en con-

flicto a elegir libremente los métodos y medios utilizados en la guerra, [*derecho de La Haya*] o que protege a las personas y a los bienes afectados, o que pueden ser afectados, por el conflicto [*derecho de Ginebra*].⁴

Jean Pictet define al DIH como “...una rama del derecho internacional público, inspirada en el sentimiento de humanidad centrada sobre la protección de la persona humana”.⁵

Por su parte, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) define a este derecho como:

...un conjunto de normas que, en tiempo de guerra, protege a las personas que no participan en las hostilidades o que han dejado de hacerlo. Su principal objetivo es limitar y evitar el sufrimiento humano en tiempo de conflicto armado. Las normas estipuladas en los tratados de DIH han de ser respetadas no sólo por los gobiernos y sus fuerzas armadas, sino también por grupos armados de oposición y por cualquier otra parte en un conflicto. Los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y los dos Protocolos de 1977 adicionales a éstos son los principales instrumentos de derecho humanitario.⁶

De lo anteriormente expuesto, podemos obtener los elementos particulares que conforman el derecho internacional humanitario; éstos son: *a)* el DIH es una rama del derecho internacional público; *b)* es un conjunto de normas tanto de origen convencional —como los 4 Convenios de Ginebra de 1949 y sus 2 Protocolos adicionales de 1977 y el derecho de La Haya—, como consuetudinario; *c)* es aplicable en conflictos armados —sean internacionales o internos—; *d)* sus objetivos son: limitar los métodos y medios de hacer la guerra; evitar el sufrimiento huma-

⁴ *Ibidem*, p. 11.

⁵ Pictet, Jean, “La formación del derecho internacional humanitario”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, enero-febrero de 1985, p. 12.

⁶ *Derecho internacional humanitario*, Comité Internacional de la Cruz Roja, <http://www.icrc.org/spa/dih>.

no y proteger a las personas que no participan o han dejado de participar en el conflicto armado y, e) las normas de DIH deben ser respetadas por: los gobiernos y sus ejércitos, por los ejércitos disidentes, por los beligerantes y por los rebeldes, insurgentes o cualquier otro grupo organizado que se encuentre en situación de conflicto armado.

Así, el DIH se ha convertido en el cuerpo de derechos fundamentales aplicables directamente en situaciones de conflicto armado —interno o internacional— y en algunas otras por analogía —como los disturbios o tensiones internas, situaciones que se tratarán capítulos posteriores—.

Por tanto, el DIH cuenta con ciertas particularidades que lo originan, lo definen y lo caracterizan. A continuación realizaremos una breve descripción de cada una de ellas.

III. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

1. *Humanidad*

La característica de humanidad del DIH “...se inspira en el respeto a la persona humana y todas sus normas deben ser interpretadas en el sentido más favorable a la persona humana”.⁷

Para Jean Pictet, el concepto de humanidad debe entenderse como aquel que el género humano “...exige [para] que se prefiera la captura a la herida, la herida a la muerte, que en la medida de lo posible, no se ataque a los no combatientes, que se hiera de la manera menos grave —a fin de que el herido pueda ser operado y después curado— y de la manera menos dolorosa, y que la cautividad resulte tan soportable como sea posible”.⁸

⁷ Manrique Cabrero, José Carlos, “El derecho internacional humanitario. Su vigencia e importancia”, *Revista Tapia*, año XVII, núm. 103, enero-febrero de 1999, p. 61.

⁸ Pictet, Jean, *Desarrollo y principios del derecho internacional humanitario*, Ginebra, Instituto Henry Dunant, 1986, p. 74.

Derivado de lo anterior, podemos concluir que el principio de humanidad se funda específicamente en la acción de proteger, socorrer y ayudar al ser humano, sin distinción de ninguna clase (raza, credo, color, posición social, etcétera), que se encuentre padeciendo una situación de conflicto armado —sea internacional o interno—.

Estos *principios de humanidad* se encuentran comprendidos dentro de los principios generales del DIH, los cuales pueden considerarse fuente originaria de esta rama del derecho. Uno de los métodos de aplicación del DIH, que hace referencia a los principios de humanidad, es la Cláusula Martens.

La Cláusula Martens

La Cláusula Martens es una medida de salvaguarda para toda persona que no goce, por medios convencionales o por el derecho vigente, de la protección fundamental que ofrecen los instrumentos de DIH.

Originalmente el texto de la Cláusula Martens, que se encontraba tanto en el Preámbulo del Convenio II de 1899, como en el Convenio IV de 1907,⁹ ambos relativos a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, rezaba de la siguiente forma:

Mientras que se forma un Código más completo de las leyes de la guerra, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre

⁹ Cfr. Mangas Martín, Araceli, *Conflictos armados internos y derecho internacional humanitario*, Salamanca, España, Ediciones Universidad Salamanca, 1990, pp. 145 y 146.

las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública.¹⁰

La Cláusula Martens ha sufrido a largo del tiempo una serie de cambios, aunque mantiene sus elementos primordiales; así por ejemplo, en el Preámbulo del Protocolo Adicional II relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, se incluyó de la siguiente forma: “...Recordando que, en los casos no previstos por el derecho vigente, la persona humana queda bajo la salvaguardia de los principios de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública...”.¹¹

Por tanto, es claro que la Cláusula Martens cumple una función interpretativa tanto del derecho de Ginebra como del de La Haya, ya que impide que bajo la ausencia de reglas, es decir, argumentando una laguna normativa, se permitan ciertas conductas que rompan o contraríen los principios generales del derecho de los conflictos armados.

2. *Universalidad*

Tanto Araceli Mangas¹² como José C. Manrique Cabrero¹³ hacen referencia a que los Convenios de Ginebra de 1949 han tenido tal cantidad de ratificaciones que pueden ser descritos como tratados internacionales de alcance universal.

¹⁰ “La Cláusula Martens y el derecho de los conflictos armados”, Comité Internacional de la Cruz Roja, <http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/iwplList133/57FD338363858448C1256DE10055A2D0>.

¹¹ Comité Internacional de la Cruz Roja, *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949. Relativo a la protección de víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios*, Santa. Fe de Bogotá, Plaza & Janés Editores, 1998, p. 85.

¹² Véase Mangas Martín, Araceli, *op. cit.*, nota 9, p. 139.

¹³ Véase Manrique Cabrero, José Carlos, “El derecho internacional Humanitario. Su vigencia e importancia”, *Revista Tapia, cit.*, nota 7, p. 63.

Hasta este año (2006), el número de Estados parte a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, se eleva hasta ciento noventa y dos (192);¹⁴ lo mismo sucede para la Carta de las Naciones Unidas,¹⁵ la cual cuenta con ciento noventa y dos (192) Estados miembros.¹⁶

La aceptación casi global de los Convenios de Ginebra de 1949, a la par de documentos como la Carta de las Naciones Unidas, es uno de los elementos que permite caracterizar al DIH como un derecho *universal*. Además, algunas de las normas previstas en los Convenios de Ginebra, conforman al *ius cogens* que, como explicaremos más ampliamente en los siguientes capítulos, son “normas de carácter inderogable y necesario”.¹⁷

En cuanto a los Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949, hasta este año (2006) cuentan con el siguiente número de Estados partes: el Protocolo Adicional I relativo a la protección de la víctimas de los conflictos armados internacionales, cuenta con 163 ratificaciones; mientras que el Protocolo adicional II relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, cuenta con 159 ratificaciones.

No obstante lo anterior, el DIH conlleva un criterio más fuerte que el del número de ratificaciones para asegurar su universalidad; éste es el relativo a los derechos que tutela, a la finalidad de proteger a la persona humana en caso de conflicto armado.

¹⁴ Estados parte de los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales”, en Comité Internacional de la Cruz Roja, www.icrc.org/Web/spa/tespa0.nsf/iwpList103/CA2D87CB81FBC707C1256DE1005F6465, consulta: 11 de septiembre de 2006.

¹⁵ “Miembros de las Naciones Unidas”, en Centro de Información de las Naciones Unidas, <http://www.cinu.org.mx/onu/miembros.htm>, consulta: 11 de septiembre de 2006.

¹⁶ Hasta el 2003, ni Corea del Norte, ni Corea del Sur formaban parte de la Carta de las Naciones Unidas, pero sí conforman el grupo de Estados miembros de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949.

¹⁷ Manrique Cabrero, José Carlos, “El derecho internacional Humanitario. Su vigencia e importancia”, *Revista Tapia, cit.*, nota 7, p. 63.

Los Convenios de Ginebra amparan al ser humano en una situación en la que más comprometidos pueden verse sus derechos fundamentales; me refiero específicamente a una situación de conflicto armado, sea internacional o interno; es bajo ésta circunstancia en la que el DIH garantiza la protección de esos derechos esenciales, inderogables, irreductibles y fundamentales a todo ser humano, como son la vida, la dignidad, la integridad física y el derecho a juicio justo, derechos que deben ser protegidos en tiempo de paz y, con mayor razón, en tiempo de guerra, porque es en esas situaciones en las que más vulnerable y frágil puede encontrarse un ser humano.

3. Irrenunciabilidad

Debido a los derechos que las normas humanitarias amparan, éstas adquieren el carácter de irrenunciables, por ello las personas beneficiadas por los derechos humanitarios —llámense heridos, enfermos, miembros del personal sanitario y religioso, entre otros— no pueden, bajo ninguna circunstancia, renunciar parcial o totalmente a los derechos que los Convenios de Ginebra les otorgan.¹⁸

Algunos doctrinarios, como Pastor Ridruejo, califican las normas del derecho humanitario como normas absolutas fundadas en “la especial naturaleza de los derechos protegidos —derechos fundamentales del individuo— que no pueden ser objeto de renuncia, transacción ni de acto dispositivo alguno”.¹⁹

El principio de irrenunciabilidad incluye también a las obligaciones; por tanto, bajo este umbral quedan cubiertos: el Estado y otros entes —como los guerrilleros, rebeldes, militares disiden-

¹⁸ La irrenunciabilidad de los Convenios de Ginebra se prescribe, en los primeros tres convenios, en el artículo 7o.; mientras que en el cuarto convenio se encuentra en el artículo 8o.

¹⁹ Pastor Ridruejo, J. A., “Contribución al estudio del derecho humanitario bélico. Concepto, contenido y naturaleza”, *Revista Española de Derecho Militar*, enero-junio de 1959, p. 69.

tes u otro tipo de grupos armados organizados— que, si bien, gozan de derechos, deben cumplir con ciertas obligaciones que, en ningún caso y bajo ninguna circunstancia, pueden renunciar.

Finalmente, la irrenunciabilidad del derecho internacional humanitario se ve complementada por la siguiente característica.

4. *Imperatividad*

El artículo 1o. común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 dispone lo siguiente: “Artículo 1: Las Altas Partes Contratantes se comprometen a respetar y a hacer respetar el presente Convenio en todas las circunstancias”. Este precepto indica que los Estados que decidan adherirse a estos Convenios tendrán la obligación irrenunciable de respetar y hacer respetar todas las normas contenidas en estos instrumentos.

Con respecto a los conflictos armados internos, el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra ordena que: “En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones...”. Esta norma impone a los Estados y a las partes en conflicto el compromiso de aplicar como mínimo las obligaciones y restricciones previstas en aquel precepto internacional.

Asimismo, como las normas de derecho humanitario comprendidas en el artículo 3 común son de aceptación general, los Estados no pueden poner fin o derogar los compromisos adquiridos en el momento que lo decidan o argumentado cualquier razón,²⁰ mayormente cuando se trata de una norma internacional

²⁰ Las razones por las que puede darse por terminado un tratados internacional, se establecen en los artículos 54, 59, 60, 62 y 64 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derechos de los Tratados; pero además, en el artículo 60.5 se establece claramente que: “Lo previsto en los párrafos 1 a 3 no se aplicará a las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario, en particular a las disposiciones que prohíben

que ha alcanzado la categoría de *ius cogens*, la cual sólo podrá darse por terminada cuando aparezca una nueva norma de *ius cogens* que tenga el mismo carácter de la anterior.

Por tanto, el carácter imperativo de las normas humanitarias, si bien resulta de las normas convencionales, surge esencialmente de los derechos que protege, pues son derechos fundamentales que imperan en cualquier situación, sea de paz o de guerra, y que no pueden verse disminuidas o relegadas por ninguna otra norma.

IV. FUNCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Ratificar los tratados internacionales de derecho humanitario significa otorgar el mayor grado de racionalidad posible a uno de los actos más irracionales del ser humano. Parece una contradicción *per se*, sin embargo, es una realidad que se vive desde que el hombre tiene necesidad de interactuar con sus pares y que, en ocasiones y por desgracia, no es la más adecuada o deseable. De lo anterior, surge la principal tarea del DIH: la de imponerle reglas a la guerra.

Respecto a lo anterior, Christophe Swinarski divide en tres las funciones del DIH; éstas son: *a)* la de servir de complemento internacional a las insuficiencias del derecho interno de los Estados; *b)* la de organizar las relaciones entre los Estados o dentro de un Estado entre las partes en conflicto; y *c)* la de proteger a la persona humana y, en cierta medida, a los bienes.

Sin embargo, es la última de las funciones la que le da origen y cohesión al cuerpo de normas internacionales que intenta proteger los derechos fundamentales de la persona humana en tiempo de guerra.

toda forma de represalias con respecto a las personas protegidas por tales tratados”. Los párrafos 1 y 3 se refieren a las violaciones graves a un tratado bilateral y a lo que debe entenderse por “violación grave de un tratado”, respectivamente.

V. ÁMBITOS DE APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

A continuación procedemos a realizar un breve estudio de los ámbitos de aplicación del DIH; éstos son: *a)* ámbito de aplicación material; *b)* ámbito de aplicación temporal; y *c)* ámbito de aplicación personal.

1. *Ámbito de aplicación material*

Existen cuatro situaciones específicas en las que se aplicará la normatividad internacional humanitaria; las dos primeras tendrán aplicación normativa directa; mientras que las dos últimas gozarán de la aplicación de los principios y de ciertas normas humanitarias vía indirecta o por analogía; estas situaciones son: *a)* los conflictos armados internacionales o guerras; *b)* los conflictos armados sin carácter internacional o internos; *c)* los disturbios interiores; y *d)* las tensiones internas.

A. Los conflictos armados internacionales o guerras

Este tipo de conflictos encuentran definición en el artículo 2o. común a los cuatro Convenios de Ginebra, éste precepto dispone lo siguiente:

Artículo 2: Aparte de las disposiciones que deben entrar en vigor ya en tiempo de paz, el presente Convenio se aplicará en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias Altas Partes Contratantes, aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra.

El Convenio se aplicará también en todos los casos de ocupación total o parcial del territorio de una Alta Parte Contratante, aunque tal ocupación no encuentre resistencia militar.

Si una de las Potencias en conflicto no es parte en el presente Convenio, las Potencias que son Partes en el mismo estarán, sin embargo, obligadas por él en sus relaciones recíprocas. Estarán,

además, obligadas por el Convenio con respecto a dicha Potencia, si ésta acepta y aplica sus disposiciones.

En principio, los conflictos armados internacionales son aquellos en los que existe una confrontación armada que se lleva a cabo entre dos o más Estados. Sin embargo, esta definición se amplió en el año de 1977 con el Protocolo Adicional a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, mejor conocido como el Protocolo I, con la introducción de ciertos enfrentamientos en los que no era necesario que se vieran inmiscuidas entidades estatales, y que, por sus características y consecuencias políticas, se incorporaron al catálogo de conflictos armados internacionales. Nos referimos a aquellas situaciones en las que los pueblos "...luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación...";²¹ éste último derecho se encuentra consagrado en el artículo 1.2 de la Carta de las Naciones Unidas. A estas luchas se les conoce con el nombre de Guerras de Liberación Nacional.

Asimismo, a los grupos que alcancen el carácter de beligerantes se les aplicarán las normas relativas a los conflictos armados internacionales. Como se explicará en capítulos posteriores, este reconocimiento se le otorga a un grupo insurgente cuando ejerza un dominio importante y efectivo sobre una parte del territorio, se lo puede conceder el Estado central o un tercer Estado, y se pretende que este grupo adquiera una subjetividad jurídica internacional temporal.

Por tanto, en las situaciones antes descritas se aplicarán las normas internacionales humanitarias relativas a los conflictos armados internacionales, éstas son: las normas consuetudinarias, los Convenios de La Haya de 1899 y 1907, los Convenios de Gi-

²¹ Artículo 1o. del Protocolo Adicional I.

nebra de 1949, junto con el Protocolo Adicional I y el derecho de Nueva York.

En este punto es importante mencionar que la evolución de las normas humanitarias dedicadas a los conflictos armados internacionales es uno de los temas que más han preocupado a la comunidad internacional; las tesis que a estos enfrentamientos se refieren son las más desarrolladas y las que más instrumentos internacionales han merecido, aun cuando después de la Segunda Guerra Mundial el mayor número de enfrentamientos armados ha sido a nivel interno.

B. Los conflictos armados sin carácter internacional o internos

Debido a que este trabajo se refiere a la aplicación del DIH en situaciones de conflictos armados internos y tratará a profundidad los elementos esenciales de este tipo de enfrentamientos —sus características y problemas— en este apartado sólo haremos mención de cuestiones sumamente generales, como que este tipo de luchas armadas se llevan a cabo dentro del territorio de un Estado y que a éstas les será aplicable el artículo 3o. común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, mejor conocido como Protocolo Adicional II, cuando lo tenga ratificado el Estado en el que se están llevando a cabo los enfrentamientos.

C. Los disturbios interiores y las tensiones internas

Este tipo de situaciones también serán tratadas a profundidad más adelante, pero podemos adelantar que en ambos casos la aplicación del DIH no podrá ser directa debido a que elPROTOCO-

lo Adicional II las excluye expresamente del ámbito de aplicación material de ese instrumento.

No obstante lo anterior y gracias a la labor del Comité Internacional de la Cruz Roja y a la doctrina que han desarrollado, con el único fin de ampliar el ámbito de protección del DIH, se podrá aplicar a estas situaciones, por analogía, algunos de los principios rectores del DIH.

2. *Ámbito de aplicación temporal*

La aplicabilidad del DIH en el tiempo se divide en tres tipos de situaciones a las que corresponden diferentes normas tanto de los Convenios de Ginebra, como de sus dos Protocolos adicionales.

En primer lugar nos encontramos con la situación más sencilla, es aquella en la que el inicio y el término de la aplicación de las normas humanitarias corresponden al inicio y término de los enfrentamientos armados. A ésta pertenecen la mayoría de los tratados humanitarios.

En segundo lugar, se localizan las normas que no tienen una temporalidad definida; éstas son "...aquellas reglas aplicables de manera permanente desde la entrada en vigencia de los tratados",²² por ejemplo, aquellas normas que obligan a los Estados a difundir, tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra, las reglas de derecho humanitario.²³

Finalmente, encontramos a las normas que ven culminados sus efectos hasta que cumplen con su finalidad jurídica. En este caso se encuentran las normas procesales que salvaguardan los

²² Swinarski, Christophe, *Principales nociones e institutos del derecho internacional humanitario como sistema de protección de la persona humana*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1991, p. 40.

²³ Estas normas pueden encontrarse en los cuatro Convenios de Ginebra, en los artículos 47 del Primer Convenio; 48 del segundo; 127 del tercero y 144 del cuarto. En sus Protocolos adicionales se localizan en: Protocolo I: artículo 83 y Protocolo II: artículo 19.

derechos de los detenidos en conflictos armados internos, quienes disfrutarán de los preceptos que el Protocolo Adicional II establece para ellos hasta que recuperen su libertad,²⁴ no importa que el conflicto armado haya terminado, pues es necesario que para que estas normas surtan sus efectos, el reo vuelva a adquirir su calidad de persona libre para que entonces se dé por terminado el ámbito de aplicación temporal de estas normas.

3. *Ámbito de aplicación personal*

El elemento característico de este ámbito de aplicación es la categoría de “víctimas” que adquieren las personas a las que se hará aplicable el DIH. Una víctima es “cada persona real o potencialmente afectada por un conflicto armado, ya sea una persona civil (cualquiera que no pertenezca a las fuerzas armadas) o un combatiente «fuera de combate» por haber sido herido, estado enfermo o hecho prisionero”.²⁵

Pero, ¿quién es el destinatario principal de los derechos humanitarios consagrados en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949?

Algunos autores, como Swinarski, consideran que, en sentido formal, los destinatarios principales de las normas humanitarias son las *altas partes contratantes*, por ser ellas quienes se adhieren, ratifican y adquieren las obligaciones y derechos correspondientes; mientras que “Las personas protegidas son beneficiarios de las normas de estos instrumentos jurídicos, pero salvo en situaciones muy particulares, ellas no gozan de una titularidad que se asemeje a la que se confiere a las personas mediante los instrumentos sobre derechos humanos”.²⁶

²⁴ Artículos 5o. y 6o. del Protocolo Adicional II relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional.

²⁵ Swinarski, Christophe, *op. cit.*, nota 22, p. 41.

²⁶ *Ibidem*, pp. 41 y 42.

Sobre este punto coincido con Swinarski en el sentido de que son las personas protegidas por los instrumentos de DIH los beneficiarios de estas normas, pero considero que también son éstas las destinatarias primordiales de los derechos fundamentales protegidos por los tratados de DIH. La titularidad de las normas humanitarias a las que se refiere Swinarski, haciendo una comparación con los derechos humanos, sí pertenece a todas y cada una de personas protegidas por el DIH, pues estas normas se crearon con la finalidad de aplicarse, esencialmente, a las víctimas de los conflictos armados —sin importar si las víctimas pertenecen al ejército regular, a otro grupo armado organizado o a la población civil—. Ahora bien, la titularidad de las normas humanitarias no debe confundirse con la obligación que tienen las altas partes contratantes de respetar y hacer respetar en tiempo de guerra las salvaguardas, derechos y prerrogativas inalienables e irreductibles establecidos para las víctimas.

De la misma forma, los cuatro Convenios de Ginebra establecen una categoría principal de víctimas y de protección a las mismas; así por ejemplo, los principalmente protegidos en el Convenio de Ginebra I son los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña; mientras que los del Convenio II son los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar; en el Convenio III encontramos a los prisioneros de guerra; y en el Convenio IV a los civiles.

Asimismo, existe una categoría particular de víctimas, ésta se refiere a las “...personas que tienen derecho a una protección *máxima*, es decir una protección reforzada en relación a la que se otorga en la categoría principal”,²⁷ en ésta encontramos al personal sanitario y religioso, los niños, las mujeres, los refugiados, los apátridas, periodistas, misioneros, los extranjeros, entre otros.

²⁷ *Ibidem*, p. 43.

VI. DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y DERECHO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Es innegable el hecho de que el DIH y el derecho de los derechos humanos se encuentran íntima e indefectiblemente relacionados; son, en palabras de Robert Kolb, “parientes próximos”,²⁸ pero tampoco podemos negar que ambas disciplinas surgieron en momentos históricos distintos, de situaciones diversas y que han tenido un desarrollo desigual, tanto en las legislaciones internacionales como internas.

A continuación y remontándonos a sus orígenes, se presentan algunas breves referencias a los nexos, similitudes y diferencias de estas disciplinas.

El DIH encuentra sus raíces miles de años atrás, en el *ius ad bellum*. “Se formó principalmente con motivo de las guerras que libraban los Estados europeos y se consolidó progresivamente desde la Edad Media... Su carácter internacional se acentúa con las aportaciones del cristianismo, las reglas de la caballería y el *ius armorum*”.²⁹ Por tanto, es una de las ramas del derecho internacional público más antiguas, que ha dado origen a un sinnúmero de normas consuetudinarias —muchas de las cuales han sido ya positivizadas en instrumentos internacionales—.

Respecto al origen de los derechos humanos existen, principalmente, dos corrientes; la primera de ellas corresponde al *ius-naturalismo*, que sostiene la teoría de que los derechos humanos pertenecen al hombre desde su nacimiento y están integrados por todas aquellas garantías que necesita el ser humano para desarrollarse como persona y para disfrutar de una vida digna que le permita la satisfacción de las necesidades esenciales. Según esta postura, los derechos de los seres humanos son superiores y anteriores al Estado, lo que significa que no es necesaria ningún ti-

²⁸ Kolb, Robert, “Relaciones entre el derecho internacional humanitario y los derechos humanos”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Suiza, vigésimo tercer año, núm. 147, septiembre de 1998, 1998, p. 441.

²⁹ *Ibidem*, p. 442.

po de normatividad jurídica para la existencia de estos derechos, bajo el mismo argumento, el Estado no puede eliminarlos o restringirlos mediante la imposición de normas.

La segunda corriente corresponde al *positivismo jurídico*, la cual sostiene que los derechos humanos son fruto de la acción normativa del Estado y que éstos sólo podrán ser reclamados cuando se encuentren consagrados en dichas normas.

Por ende, encontrar el origen de los derechos humanos engendra la dificultad de inclinarse por una de estas teorías, pues si nos decidiéramos por la teoría *iusnaturalista*, tendríamos que remontar el principio de los derechos humanos a la antigüedad; mientras que si nos inclinamos por el *positivismo jurídico*, el origen de estos derechos sería relativamente reciente.

Lo indiscutible es que los derechos humanos surgieron como una limitación del poder del Estado frente a los individuos y comenzaron su desarrollo, a diferencia del DIH, dentro del Estado —en las relaciones de éste con sus súbditos— y fue a partir del siglo XVII cuando estos derechos encontraron sus primeras manifestaciones escritas; así por ejemplo, la *Petition of Rights* de 1628; la *Habeas Corpus Act* de 1679; el *Bill of Rights* de 1689. Posteriormente, la Carta de Derechos de Virginia de 1776; y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Pero no fue sino hasta finales de la década de los cuarenta, después de la Segunda Guerra Mundial, cuando por primera vez se pusieron en el mismo plano de estudio los derechos humanos y el derecho de los conflictos armados; derivado de ello comenzó la discusión acerca de la relación existente entre estas dos disciplinas.

El surgimiento de la Carta de las Naciones Unidas de 1945 contribuyó enormemente a generar estos enfrentamientos teóricos y doctrinarios, pues fue este documento el que originó el *ius contra bellum*, lo cual tuvo repercusiones importantes porque en 1949 la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Uni-

das suprimió de su agenda de trabajo la posibilidad de codificar el derecho de la guerra.³⁰

Bajo este ambiente de franca separación entre el estudio y desarrollo de los derechos humanos y del derecho de la guerra, el CICR se dedicó a estudiar, desarrollar y dar a conocer el derecho de los conflictos armados o derecho internacional humanitario. Kolb lo explica así:

Lo institucional tiene un efecto retroactivo sobre lo normativo: Las Naciones Unidas, garantes de los derechos humanos internacionales, no quieren ocuparse del derecho de la guerra, y el CICR, garante del derecho de la guerra, no quiere aproximarse a una organización esencialmente política, ni a los derechos humanos que constituyen, en principio, su expresión. El resultado es una clara separación de las dos ramas del derecho.³¹

Posteriormente, con la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, así como con la entrada en vigor de los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos, los debates para establecer los ámbitos de aplicación tanto del DIH como del derecho de los derechos humanos (DDH) se tornaron más complicados y controversiales.

En el preámbulo de la Declaración Universal de 1948, en sus dos primeros párrafos, se hace alusión a que el respeto a los derechos humanos es una condición necesaria para el mantenimiento de la paz; lo cual ratifica el *ius contra bellum*; es decir, el criterio de que los derechos consagrados en esta Declaración se pensaron y se crearon para ser disfrutados y ejercidos en situaciones de paz. Ante esta interpretación surgieron voces como la del delegado de Líbano, quien expresó que los derechos fundamentales tutelados en la Declaración de 1948, debían también garantizarse en periodo de guerra.

³⁰ Cfr. *Annuaire de l'Institut de droit international*, IDI, vol. 47, I, 1957, pp. 323.

³¹ Kolb, Robert, *op. cit.*, nota 28, p. 443.

El mismo fenómeno —el de no hacer referencia a la otra disciplina— se presentó en los trabajos preparatorios de los Convenios de Ginebra de 1949; sin embargo, cuando se llegó al momento de elaborar el cuarto Convenio, referente a la protección de las personas civiles, algunos embajadores, como el mexicano Pedro de Alba —quien también se había desempeñado en los trabajos para la creación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948—, sugirieron realizar este documento haciendo alusión a los principios y derechos consagrados en la Declaración de 1948.

Sobre este punto, Swinarski explica que en la Conferencia de Derechos Humanos, celebrada por las Naciones Unidas en Teherán en 1968, se mencionó en la Resolución XXIII que:

...la paz es la primordial condición para el pleno respeto a los derechos humanos, y que la guerra es la negación de este derecho— y que, por consiguiente, es muy importante procurar que las reglas humanitarias aplicables en situaciones de conflicto armado sean consideradas como reglas que son parte integrante de los derechos humanos. Así se llegó al concepto del derecho humanitario como “derechos humanos en período de conflicto armado.”³²

Como puede apreciarse, en el desarrollo jurídico-doctrinario de este debate existieron los que argumentaban a favor de la separación de ambas disciplinas y los que pugnaban por el acercamiento de éstas. De aquellas discusiones se obtuvieron tres tesis; éstas son:

— La tesis integracionista que preconiza la fusión del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos. Para sus partidarios, el derecho humanitario no es sino una parte de los derechos humanos; sin embargo, para otros la primacía cronológica del derecho internacional humanitario —como un cuerpo de reglas internacionales que protegen al individuo— sobre los derechos humanos demuestra que el derecho internacional hu-

³² Swinarski, Christophe, *op. cit.*, nota 1, p. 16.

manitario, tomado en un sentido amplio, es la base de los derechos humanos.

— La tesis separatista, que se basa en la idea de que se trata de dos ramas del derecho totalmente diferentes y que toda contigüidad entre ellas puede provocar una nefasta confusión para su respectiva aplicación. Acentúa la diferencia entre las finalidades de los sistemas de protección de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario: el primero, que protege al individuo contra lo arbitrario del propio orden jurídico interno, y el segundo, que lo protege en situaciones en que el orden nacional ya no puede brindarle una protección eficaz, cuando dicho individuo es víctima de un conflicto armado.

— La tesis complementarista, que consiste en afirmar que los derechos humanos y el derecho internacional humanitario son dos sistemas distintos que se complementan. El derecho internacional humanitario está integrado por el derecho de La Haya..., y por el derecho de Ginebra... En cuanto a la “legislación internacional” de los derechos humanos —puesto que se trata de un conjunto de reglas que rigen los derechos que cada ser humano puede reivindicar en la sociedad— “tiene como objetivo garantizar, en todo momento, a los individuos el disfrute de los derechos y de las libertades fundamentales y protegerlos contra las calamidades sociales (*Jean Pictet*)”.³³

Pero, ¿verdaderamente existen tantas diferencias y discordancias entre los derechos humanos y el DIH?

Es cierto que el derecho de los derechos humanos se aplica en cualquier tiempo, y que el DIH es un derecho de excepción, que sólo se aplica en situaciones de conflictos armados o en otras, puntualmente descritas por el CICR, como las tensiones o disturbios interiores. Es cierto también que las instituciones que promueven unos y otros derechos no son las mismas —por ejemplo, por un lado encontramos a la ONU y por el otro al CICR—, igualmente aquellas que se encargan de sancionar las violaciones que se perpetran contra las normas de ambas disciplinas —en es-

³³ *Ibidem*, pp. 16 y 17.

tos casos tenemos, por mencionar dos ejemplos, a la Corte Interamericana por el lado de los derechos humanos, y a la Corte Internacional de Justicia por el del DIH—.

No obstante lo anterior, considero que la teoría complementarista es la más adecuada debido a que, si bien existen diferencias entre ambas disciplinas, comparten la finalidad primordial de proteger los derechos fundamentales del ser humano, unos en cualquier tiempo y otros únicamente en tiempo de guerra. Con mayor razón, creo que, aún existiendo algunas diferencias entre los derechos que se tienen en una situación de paz o de guerra, existe un núcleo esencial de derechos fundamentales, aquel que es inderogable e irreducible, que no se ve afectado por la situación y que en ambos casos —sea de guerra o de paz— estos derechos se mantienen protegidos y salvaguardados por ambas disciplinas.

Por tanto, el DIH coincide con ese núcleo irreducible de derechos humanos, y cuando en situaciones de excepción se limitan estos últimos, el DIH entra a complementar la protección, para que en ningún caso y bajo ninguna circunstancia se vean comprometidas estas garantías fundamentales.