

EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO

Cristina PELLANDINI

SUMARIO: I. *Observaciones preliminares.* II. *El derecho internacional humanitario.* III. *Derecho internacional humanitario y derecho interno.* IV. *Derecho internacional humanitario y derecho constitucional: algunas cuestiones específicas.* V. *Conclusiones.*

I. OBSERVACIONES PRELIMINARES

El derecho internacional humanitario contiene normas aplicables en situaciones de conflicto armado. Dado a su naturaleza de derecho de excepción, aplicable en situaciones extremas, su puesta en práctica en los ordenamientos jurídicos internos reviste una importancia particular para garantizar el respeto de la normativa que contiene. La presente ponencia se propone recordar las principales características de dicha normativa y presentar cómo se opera o tendría que operarse su incorporación al derecho interno. También se comentará, sobre la base de un breve análisis del derecho constitucional de algunos Estados de América Latina, la posición que se le atribuye en los ordenamientos jurídicos internos a ese derecho.

II. EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

1. *Definición, fuentes y características*

El derecho internacional humanitario (DIH) es un conjunto de normas que por motivos humanitarios trata de limitar los efectos de los conflictos armados. Más específicamente, el derecho internacional protege a las

personas que no participan o que han dejado de participar en los combates e impone límites a los métodos y medios de hacer la guerra estableciendo reglas referentes a la conducción de las hostilidades.

El derecho internacional humanitario cubre así dos ámbitos principales:

- a) la protección de las personas en situación de conflicto armado;
- b) la limitación en los medios de guerra, especialmente armas, y métodos de guerra, como ciertas tácticas militares.

El derecho internacional forma parte del derecho internacional público. Como tal, su normativa se basa tanto en acuerdos internacionales multilaterales, como en la costumbre internacional y los principios generales del derecho internacional.

Gran parte de la normativa del derecho internacional humanitario está contenida y codificada en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 para la protección de las víctimas de los conflictos armados y en los Protocolos I y II adicionales a éstos adoptados en 1977.¹ Dichos instrumentos prevén dos regímenes jurídicos distintos de normas aplicables en los conflictos armados según el carácter internacional o no internacional de éstos. La normativa referente a la primera situación es muy desarrollada y completa. Las normas estipuladas aplicables en situaciones de conflicto armado que no tiene un carácter internacional son menos numerosas y se limitan a enunciar ciertos principios y reglas básicos que todas las partes involucradas en el conflicto tienen que respetar.²

Hay asimismo otros instrumentos internacionales desarrollados a partir de los años 1950 que son relevantes para el derecho internacional humanitario, pues contienen, de manera semejante a los convenios mencionados, reglas destinadas a limitar los efectos de los conflictos armados

1 Convenio de Ginebra del 12 agosto 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña; Convenio de Ginebra del 12 agosto 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar; Convenio de Ginebra del 12 agosto 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; Convenio de Ginebra del 12 agosto 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra; Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) del 8 de junio de 1977; Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) del 8 de junio de 1977.

2 En particular, artículo 3o, común a los Convenios de Ginebra de 1949 y Protocolo II adicional de 1977.

en las personas o en ciertos bienes de carácter civil indispensables para la sobrevivencia o cuya protección es indisociable de la protección de la dignidad de la persona o de un pueblo en su conjunto en tales situaciones.

El artículo 38 de la Convención sobre los derechos del niño de 1989 y su Protocolo facultativo de 2000 limitan la participación de los niños en las hostilidades.³ Varios acuerdos prohíben el uso de ciertas armas y tácticas militares. Éstos incluyen, entre otros: los Convenios de La Haya de 1907,⁴ la Convención de 1980 de Naciones Unidas sobre las armas convencionales y sus cuatro protocolos,⁵ el Tratado de Ottawa de 1997 sobre la prohibición de minas antipersonal.⁶ El Convenio de La Haya de 1954 y sus dos protocolos⁷ protegen los bienes culturales en los conflictos armados y el Estatuto de Roma de 1998 de la Corte Penal Internacional⁸ instaura una jurisdicción penal universal para la sanción, entre otros, de los crímenes de guerra.

Además de los principios generales del derecho internacional, que son plenamente aplicables al derecho internacional humanitario, la costumbre internacional constituye una fuente sumamente importante de este cuerpo de derecho. El Reglamento de la Haya de 1907 sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre, la mayoría de las reglas contenidas en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales

³ Protocolo facultativo a la Convención sobre los derechos del niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados. Adoptado por resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000. Al 31 de enero de 2002, 13 Estados eran parte y 93 habían firmado.

⁴ En particular, el Convenio de la Haya de 1907 y el reglamento anexo sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre.

⁵ Convención de Naciones Unidas de 1980 sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados. Protocolo I de la Convención-Fragmentos no localizables; Protocolo II de la Convención-Minas, armas-trampa y otros artefactos (enmendado en 1996); Protocolo III de la Convención-Armas Incendiarias; Protocolo IV de la Convención-Armas láser cegadoras (aprobado en 1995).

⁶ Convención de 1997 sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción.

⁷ Convención y Protocolo de la Haya del 14 de mayo de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado y el reglamento para su aplicación; Segundo Protocolo de la Convención de la Haya de 1954 sobre la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado del 26 marzo de 1999.

⁸ Adoptado en la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, el 17 de julio de 1998. Al 31 de enero de 2002, 50 Estados eran parte y 139 habían firmado.

de 1977, así como parte de las contenidas en los otros acuerdos que son de relevancia para el derecho internacional humanitario, son consideradas al haber adquirido el carácter de derecho internacional humanitario consuetudinario⁹ y, por lo tanto, son vinculantes para todos los Estados, independientemente de que sean o no parte en dichos instrumentos.

El origen y las características del derecho internacional humanitario le dan a esta rama del derecho internacional público un carácter particular que cabe ser tomado en consideración al momento de su incorporación en el derecho nacional.

Asimismo, el origen del derecho internacional humanitario se encuentra en los códigos y las normas de las religiones y las culturas del mundo entero. Todos los Estados del mundo han contribuido a través del tiempo al desarrollo y la codificación de este derecho, lo cual permite considerarlo un verdadero sistema jurídico universal. Los Convenios de Ginebra de 1949 son además aceptados por prácticamente todos los Estados (contaban al 31 de diciembre 2001 con 189 Estados partes) lo que reafirma su carácter universal. 159 Estados eran también parte en el Protocolo I adicional de 1977 y 151 en el Protocolo II adicional de 1977. Los otros tratados relevantes también cuentan con una aceptación formal cada vez mayor.

Las normas del derecho internacional humanitario tiene un carácter de *derecho de excepción*, pues han sido estipuladas para situaciones excepcionales comparadas a la normalidad. Se trata de un *ius in bello*, que sólo se aplica en situaciones de conflicto armado de acuerdo con las definiciones contenidas en los instrumentos que lo conforman. No cubre situaciones de disturbios internos, como los actos esporádicos de violencia, ni establecen cuándo un Estado puede recurrir a la fuerza. Es en la Carta de las Naciones Unidas que ésta reglamentado el *ius ad bellum*, es decir el derecho para un Estado de recurrir a la fuerza para resolver diferencias o defenderse de una agresión .

⁹ La XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, celebrada en diciembre de 1995, en su Resolución 1 titulada "Derecho internacional humanitario: pasar del derecho a la acción", invitó al Comité Internacional de la Cruz Roja "...a preparar con la ayuda de expertos representantes de diversas regiones geográficas y de diferentes sistemas jurídicos, y con la asesoría de expertos gubernamentales y de organizaciones internacionales, un informe relativo a las normas consuetudinarias de derecho internacional humanitario aplicables en los conflictos armados internacionales y no internacionales, y a divulgarlo a los Estados y órganos internacionales competentes". Los resultados del estudio serán publicados en el curso de 2002.

La normativa del derecho internacional humanitario se basa sobre un delicado equilibrio entre las necesidades militares en caso de hostilidades y el principio de humanidad (y sobre la base de la constatación que, no obstante su interdicción, las guerras siguen existiendo y que hay que aceptar el uso de un cierto grado de fuerza para lograr los objetivos militares de neutralización o debilitamiento del enemigo). Para lograr su objetivo dichas normas contienen por lo tanto obligaciones y prohibiciones absolutas que tienen fuerza obligatoria para los Estados partes en los instrumentos así como para las partes en un conflicto armado y que no pueden ser derogadas en ninguna circunstancia (*ius cogens*).¹⁰

2. Mecanismos de ejecución específicos para un cuerpo de derecho diseñado para situaciones excepcionales

Los mecanismos generales inter estatales previstos para garantizar el respeto y la ejecución del derecho internacional, no obstante que se apliquen también al derecho internacional humanitario, han resultado ser poco eficaces por lo que respeta a este cuerpo de derecho. En caso de conflicto armado gran parte de dichos mecanismos son insuficientes o incluido contraproducentes.¹¹ Para ello, el derecho internacional huma-

¹⁰ Véase los artículos 153 y 64 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969.

¹¹ A título de ejemplo: los numerosos métodos preventivos o reactivos a los cuales puede tradicionalmente recurrir un Estado víctima o amenazado de una violación del derecho internacional o para resolver una diferencia con otro Estado, sólo difícilmente pueden funcionar en caso de conflicto armado. Es poco probable que dos o más Estados que se encuentran involucrados en hostilidades armadas logren solucionar una diferencia que resultaría de una violación del derecho internacional humanitario (DIH) a través de mecanismos pacíficos. Los mecanismos tradicionales previstos para las relaciones entre Estados soberanos tampoco podrán funcionar en el caso de un conflicto armado de carácter no internacional en el cual se enfrentan fuerzas gubernamentales con actores armados irregulares o insurgentes. En cuanto a terceros Estados, la experiencia ha demostrado que cuando confrontado a un conflicto armado internacional éstos son generalmente reticentes en asumir un rol de intermediario o mediador “desinteresado”. Los mecanismos de control que han sido desarrollados en el marco de la carta de Naciones Unidas tienen más probabilidad de efecto. Sin embargo, no son suficientemente apropiados para garantizar el respeto del DIH pues su objetivo es mantener y, si fuera necesario, apoyar el restablecimiento de la seguridad y la paz en el mundo y garantizar el respeto del *ius ad bellum*, objetivo que contrasta con el de garantizar el respeto de un mínimo de derecho por parte de los beligerantes en una situación de conflicto armado. El recurso a la fuerza u operaciones militares para restablecer la seguridad y la paz provoca en sí mismo un conflicto armado en el sentido del DIH que entraña la aplicación de este derecho. Véase

nitario estipula mecanismos propios específicos y/o ha adaptado mecanismos existentes a las necesidades de las víctimas de los conflictos armados.

Los Convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales de 1977 en particular estipulan un sistema complejo de mecanismos específicos para garantizar el respeto y prevenir las violaciones de sus normas o reprimirlas cuando procedan. Este sistema se conforma de un conjunto de reglas a ser observadas por las partes en un conflicto armado (incluido actores armados insurgentes en caso de conflicto armado no internacional) y de obligaciones específicas para los Estados partes. Abarca tanto medidas para facilitar el respeto de las normas del derecho internacional humanitario como para controlar su aplicación, prevenir violaciones a éstas y, cuando ocurren, hacerlas cesar y sancionar a sus autores.

Pueden mencionarse en particular los siguientes:

- Contrariamente a lo tradicional, el derecho internacional humanitario estableció normas que no sólo obligan Estados, sujetos de derecho internacional, sino también a individuos estableciendo una responsabilidad penal individual en caso de violaciones graves a sus normas y atribuyendo responsabilidades de vigilancia específicas a los jefes militares respecto de la conducta de sus subordinados.¹²
- Los instrumentos de derecho internacional humanitario obligan explícitamente a las altas partes contratantes a difundir con amplitud el conocimiento de las normas que contienen entre sus ciudadanos y adoptar una serie de medidas de índole legislativas y administrativas en el derecho interno. Estas medidas tienen por objeto “nacionalizar” las normas del derecho internacional humanitario para que éste pueda beneficiarse de los mecanismos de ejecución forzada existentes, bien desarrollados y organizados del derecho interno.
- El derecho internacional humanitario reconoció la importancia de disponer de una entidad externa, independiente e imparcial atribu-

sobre el tema: Sassoli, M. y Bouvier, A., *How does Law protect in War?*, Ginebra, ICRC, 1999, pp. 219-222 y literatura allí citada.

12 Véase los artículos 86 y 87 del Protocolo I adicional de 1977.

yendo tareas específicas de vigilancia y de garante de su respeto al Comité Internacional de la Cruz Roja.¹³

- Adaptó el mecanismo tradicional de los “buenos oficios” a través de la codificación de un sistema de potencias protectoras.¹⁴
- Finalmente, se clarifica en el derecho internacional humanitario que las obligaciones estipuladas son obligaciones vinculantes *erga omnes* y se estableció una obligación de cada Estado parte tanto de “respetar” como de “hacer respetar...”¹⁵ su normativa, es decir de garantizar el respeto de las normas del derecho internacional humanitario no solamente sobre su territorio, sino también por parte de terceros Estados en cualesquiera situación de conflicto armado.

También se han tomado medidas a nivel internacional para tratar las infracciones del derecho humanitario. Se ha establecido una Comisión Internacional de Encuesta,¹⁶ a la cual las partes en un conflicto podrán recurrir en caso de alegaciones de graves violaciones del derecho internacional y se alienta a los Estados a utilizar sus servicios. Se han creado tribunales para que se ocupen de las infracciones cometidas en situaciones específicas de conflicto armado como en la ex Yugoslavia y en Ruanda y se estableció a través de la adopción del Estatuto para una Corte Penal Internacional una jurisdicción internacional penal permanente para juzgar los crímenes más graves de transcendencia para la comunidad internacional que incluyen los crímenes de guerra.

III. DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y DERECHO INTERNO

1. *Obligaciones de los Estados y medidas en tiempo de paz*

Los Estados son los principales responsables de garantizar la plena aplicación de las normas de derecho internacional humanitario, y los

¹³ Véase a título de ejemplo los artículos 9o. de las Convenciones de Ginebra (CG) II y II, de 1949, 126 CG III, de 1949, 143 CG IV, de 1949.

¹⁴ Artículos 8o., 8o., 8o. y 9o., respectivamente CG I, II, III y IV, de 1949.

¹⁵ Véase el artículo 1o. común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949. Sobre el tema, Condorelli, L. y Boisson de Chazournes, L., “Nueva interpretación del artículo 1o. común a los Convenios de Ginebra: protección de los intereses colectivos”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, selección de artículos 2000, CICR, noviembre de 2001.

¹⁶ Véase el artículo 90 Protocolo adicional I de 1977.

primeros y principales que han de tomar medidas para la ejecución de éstas a nivel nacional.

Cabe señalar al respecto que no sólo es preciso aplicar las normas del derecho internacional humanitario una vez iniciado el conflicto armado, sino que hay medidas que hay que adoptar fuera de las zonas de conflicto, tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra.

Dado el carácter especial de este derecho dichas medidas son indispensables para garantizar que:

- todas las personas, tanto militares como civiles, conozcan dichas normas y sus comportamientos puedan, en caso de involucración en un conflicto armado, conformarse con éstas;
- existan las necesarias estructuras, las disposiciones administrativas y el personal para poder ejecutarlas, así como
- se prevengan sus violaciones y, cuando proceda, se sancionen los autores de éstas.

Así como los aspectos militares y económicos de un posible conflicto armado se les prepara desde el tiempo de paz, también tienen que ser preparados los aspectos humanitarios de éste y garantizado el respeto del derecho internacional humanitario.

Si los soldados —cada uno a su nivel jerárquico de responsabilidad— no son instruidos en materia de reglas de este derecho, si éstas no forman parte de sus manuales tácticos y de disciplina no serán respetadas en caso de necesidad. Lo mismo ocurre con las fuerzas públicas, las autoridades civiles y los políticos que pueden ser llevados a decidir sobre actos de guerra, los jueces que tienen que aplicarlas e interpretarlas y los periodistas que influyen en la opinión del público en general.

El compromiso formal de un Estado de respetar el derecho internacional humanitario contraído mediante la adhesión o ratificación de los instrumentos internacionales pertinentes no es por lo tanto suficiente.

Es indiscutible que la *puesta en práctica* o *en vigencia* de las normas de este cuerpo de derecho a través de su introducción en el derecho interno y la adopción de medidas específicas para garantizar su ejecución por parte tanto de los órganos estatales como de los individuos es un paso indispensable para garantizar su respeto. En el caso del derecho internacional humanitario, su ausencia no sólo puede resultar en la imposibilidad de un Estado de exigir el cumplimiento por parte de sus

ciudadanos de normas convencionales que se ha comprometido respetar y como consecuencia comprometer su responsabilidad internacional.

Dado el objetivo específico de las normas que contiene —limitar los efectos de las hostilidades— tal ausencia puede privar a las personas expuestas a los efectos de un conflicto armado del mínimo de protección que requiere el respeto de su dignidad humana en tales situaciones y dejar sin tutela aquellos bienes destinados a asegurar la supervivencia de la colectividad, la integridad de lugares de culto así como de bienes culturales protegidos.

Desafortunadamente, en la práctica, es todavía demasiado frecuente el desfase entre la manifestación del compromiso formal de respetar el derecho internacional humanitario adquirido a través de la adhesión a los instrumentos que lo conforman y su puesta en vigencia efectiva, lo que es una causa de las reiteradas violaciones cometidas en muchas de las situaciones actuales de conflicto armado.

2. Puesta en vigencia del derecho internacional humanitario en el ordenamiento jurídico interno

A. Introducción de los acuerdos internacionales sobre la materia en el derecho interno

De manera general, la ejecución de un tratado de derecho internacional humanitario se opera como para cualquier otro tratado. Ésta compete no solamente a un órgano estatal específico, sino a todas las autoridades tanto legislativas, como políticas y ejecutivas o judiciales. Para cumplir con los compromisos contratados, las autoridades nacionales competentes tendrán en primer lugar que “introducir” los tratados pertinentes ratificados en el ordenamiento jurídico interno, luego garantizar la aplicación de las normas que éstos contienen.

El derecho internacional no prescribe cómo tiene que efectuarse la introducción (o incorporación) cuyas formas o procedimientos varían según los sistemas nacionales. Independientemente de la posición adoptada-prevista en el orden constitucional respecto a la relación entre el derecho internacional y el derecho interno —monista o dualista— ciertos Estados necesitarán incorporar el tratado de derecho internacional humanitario en el derecho interno mediante un acto de “transformación” de éste, que puede ser un acto legislativo o ejecutivo, el cual es por lo

general independiente de aquel que se exige para la ratificación del tratado. En ciertos casos, sobre todo cuando el tratado se recepciona de manera automática, es decir sin un acto legislativo separado, su puesta en vigencia podrá no obstante depender de su promulgación o su publicación.

Para estar en conformidad con el derecho humanitario, y garantizar la protección que éste atribuye, la transformación, promulgación o publicación, cuando necesarias, tendrían que prepararse de preferencia antes de la ratificación o adhesión al tratado o, a más tardar, desde que esa manifestación de estar ligado por el tratado ha sido formulada.

B. *Leyes de aplicación de las normas no autoejecutivas del derecho internacional humanitario*

Independientemente de su recepción mediante transformación o automática, la aplicabilidad de las normas internacionales por parte de los órganos estatales y los individuos dependerá también de la naturaleza autoejecutiva o no de sus disposiciones. La mayoría de las normas del derecho internacional humanitario no tienen carácter autoejecutivo y requieren de acciones adicionales por parte de las autoridades nacionales. Ciertas disposiciones de los Convenios de Ginebra de 1949 y de sus protocolos adicionales de 1977, así como de los acuerdos sobre la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado o sobre limitación del uso de ciertas armas, requieren la adopción de actos normativos internos sin los cuales permanecerían como un catálogo de letra muerta. Las acciones que tienen que emprender los Estados son mencionadas de manera explícita en dichos instrumentos.

Por lo que atañe a los Convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales de 1977 existen dos ámbitos particulares de normas que requieren una acción por parte del legislador. Se trata más específicamente de aquellos referentes a los mecanismos de represión de las “infracciones graves” contra dichos instrumentos que constituyen crímenes de guerra y las que estipulan las condiciones del uso de los emblemas protectores, como el emblema de la cruz o de la media luna roja.

En cuanto a la represión de las infracciones graves a los Convenios y protocolos, dichos instrumentos prevén un mecanismo de represión complejo con obligaciones específicas a la atención de los Estados par-

tes.¹⁷ Éste comprende la definición de las conductas que constituyen tales infracciones, establece la responsabilidad individual penal tanto de las personas que las hubieran cometido como de aquellas que han ordenado cometerlas y estipula la obligación de los Estados partes de sancionarlas penalmente cualquiera sea el lugar del crimen y la nacionalidad de su autor en aplicación de la jurisdicción universal. Los Estados tendrán por lo tanto que establecer sanciones para estos crímenes en sus legislaciones penales y atribuir la competencia para juzgarlos a sus tribunales. En los Convenios de Ginebra se expresan dichas obligaciones de la manera siguiente:

Cada una de las partes contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las disposiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra parte contratante interesada, si ésta ha formulando contra ella cargos suficientes...

Las altas partes contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio definidas en el artículo siguiente.

En cuanto a los emblemas protectores, los instrumentos internacionales invitan a los Estados partes a adoptar las medidas necesarias, en particular legislativas, para prevenir los abusos del emblema y, cuando ocurren, sancionarlos.¹⁸

Las disposiciones legislativas a promulgar tendrán en particular que prohibir y castigar la utilización no autorizada de los emblemas, en cualesquiera circunstancias. Esta legislación debe aplicarse a toda forma de uso privado o comercial, y debe prohibir las imitaciones y todo otro diseño que pueda confundirse con la cruz roja o la media luna roja.

Otro ejemplo que conviene mencionar se refiere a la Convención de Ottawa de 1997 de prohibición de las minas antipersonal. El tratado

¹⁷ Véase los artículos 49, 50, 129 y 146 de los I, II, III y IV Convenios de Ginebra de 1949, respectivamente, y el artículo 85 del Protocolo adicional I de 1977.

¹⁸ Véase los artículos 44, 53-54 CG I 1949, 44-45 CG II 1949, 18, 37, 38, 66, 85 y Anexo I Protocolo y adicional de 1977, 12 Protocolo II adicional de 1977.

exige que los Estados tomen medidas legislativas y administrativas nacionales, incluida la imposición de sanciones penales para garantizar el respeto de las disposiciones por las personas o en los territorios de su jurisdicción o bajo su control.¹⁹

C. *Medidas preventivas administrativas y prácticas*²⁰

Los instrumentos de derecho internacional humanitario estipulan en complemento a las acciones arriba mencionadas un catálogo extenso de medidas de ejecución de índole administrativa y práctica a la atención de las autoridades nacionales. Éstas incluyen, entre otras, las siguientes:

- La traducción de los instrumentos de derecho internacional humanitario en las lenguas nacionales.
- La difusión del conocimiento del derecho internacional humanitario entre las autoridades civiles y a todos niveles de la sociedad así como la incorporación en los programas oficiales de instrucción de las fuerzas armadas y fuerzas policiales, en los programas de enseñanza profesional y académica.
- La designación y capacitación de expertos en derecho internacional humanitario y asesores jurídicos para auxiliar a los mandos militares en la aplicación de las normas que contiene.
- La identificación y señalización de los bienes culturales, las instalaciones de la protección civil y las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas, así como medidas que requieran la identificación del personal, de las unidades y de los transportes sanitarios, incluida la expedición de tarjetas de identidad que protejan a sus portadores, al personal médico y religioso, periodistas y personal asignado a tareas especiales.
- El establecimiento de mecanismos para averiguar la conformidad con el derecho internacional humanitario y legalidad de nuevas armas a adquirir o producir.
- La incorporación de la normativa del derecho internacional humanitario en los reglamentos y manuales militares.

¹⁹ Véase en particular el artículo 9o. de la Convención.

²⁰ Véase Berman, P., “Servicio de asesoramiento del CICR en derecho internacional humanitario: el reto de la aplicación nacional”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, mayo-junio de 1996.

Todas las medidas son esenciales para garantizar la eficaz aplicación del derecho internacional humanitario. Como lo demuestra este catálogo, la puesta en marcha de la normativa del derecho internacional humanitario es de competencia, dentro del marco nacional, de autoridades variadas y abarca distintos ámbitos de la actividad estatal. Para ello, un gran número de Estados han establecido organismos específicos interministeriales o interinstitucionales para coordinar la preparación de medidas de aplicación nacional del derecho internacional humanitario.²¹

IV. DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y DERECHO CONSTITUCIONAL: ALGUNAS CUESTIONES ESPECÍFICAS

Para analizar el tratamiento reservado a las normas del derecho internacional humanitario en los ordenamientos internos de los países de Latinoamérica, se distinguirán tres aspectos de naturaleza jurídica distinta: la ratificación-adhesión a los tratados de derecho internacional humanitario, su incorporación y la jerarquía que se le atribuye en el derecho interno. Se comentará además brevemente de qué manera las Constituciones latinoamericanas tratan la no derogabilidad del derecho internacional humanitario.

1. *Práctica de los países de América Latina en materia de ratificación, e incorporación del derecho internacional humanitario en el derecho interno*²²

A. *Ratificación-adhesión*

La mayoría de las Constituciones establecen procedimientos diferentes de ratificación de un tratado en función del contenido de los compromisos

²¹ En América Latina los siguientes países disponen de tales organismos: Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay.

²² Véase sobre el tema: Salmón, E., *Encuentros y desencuentros: el Perú y el derecho internacional humanitario*, Comité Internacional de la Cruz Roja, 2001, pp. 25-61. Vischer, P. de, "Les tendances internationales des Constitutions modernes", *RCADI*, 1952-I, pp. 520 y ss.; Pastor Ridruejo, J. A., *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, 6a. ed., Madrid, Tecnos, 1996; investigaciones sobre la compatibilidad del derecho interno con el derecho internacional humanitario realizadas por el CICR o a su pedido en Brasil, Perú, El Salvador, México Honduras, Panamá, Venezuela.

que contiene. En la mayoría de los países de América Latina, la *ratificación o adhesión* de un tratado del derecho internacional humanitario por parte del Poder Ejecutivo, requiere su aprobación previa por parte del Poder Legislativo,²³ dado que se trata de tratados con normas vinculantes y no derogables, que pueden tener incidencias en los ámbitos de la defensa y seguridad del Estado, pues se aplican en situaciones de excepción. También se trata —por lo que atañe en particular a los Convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales de 1977— de tratados que establecen directamente obligaciones y derechos a la atención de los individuos.

La aprobación previa por parte del legislador, sólo en algunos casos constituye un acto de recepción. Son, por ejemplo, los casos de Colombia y de Paraguay.²⁴ Por lo general, se trata de una exigencia formal de técnica constitucional resultante de la separación de poderes y la democratización del procedimiento. Refleja el deseo del Poder Legislativo de participar en la decisión respecto a las obligaciones internacionales que asume el Estado o de controlar éstas.

El procedimiento para la ratificación puede además incluir un examen de constitucionalidad de las obligaciones a suscribir. Éste puede ser automático —como en el caso de Colombia— o facultativo, es decir, a pedido de la asamblea legislativa o del Poder Ejecutivo, por ejemplo.

En el caso de Colombia, el control de constitucionalidad automático u oficioso de tratados sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario y de las leyes que los aprueban ha sido interpretado como una ventaja, pues la Corte Constitucional no sólo examina la constitucionalidad de la ley que los aprueba, sino que hace una lectura e interpreta a la vez la Constitución a la luz de estos tratados.²⁵

²³ Véase a título de ejemplo: Nicaragua (art. 138, párr. 12 Constitución 1987 revisada en 1995); Venezuela (art. 154 Constitución 1999); México (art. 133 Constitución 1917); Panamá (153 numeral 3 Constitución 1972, reformada en 1978, 1993 y 1994).

²⁴ Véase el artículo 224 de la Constitución colombiana: “Los tratados, para su validez, deberán ser aprobados por el Congreso”, y artículo 141 de la Constitución de Paraguay: “Los tratados internacionales válidamente celebrados, aprobados por el Congreso, y cuyos instrumentos de ratificación fuesen canjeados o depositados forman parte del ordenamiento legal”.

²⁵ Véase la sentencia C-574/92 del 28 de octubre de 1992 de la Corte Constitucional relativa a la revisión de oficio del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 1949. En ésta, la Corte concluyó “La Asamblea Nacional Constituyente... hizo referencia a la necesidad de respetar en toda circunstancia valores y principios fundamentales de

B. Incorporación

En cuanto a la *incorporación*, resulta posible identificar en el caso de las Constituciones latinoamericanas una cierta tendencia a adoptar automáticamente los tratados internacionales, incluido de derecho internacional humanitario, desde su entrada en vigor,²⁶ previa promulgación por el Poder Ejecutivo y publicación, pasos que en algunos casos sólo tienen un objetivo de publicidad y en otros son requeridos para que éstos tengan vigencia en el derecho interno.²⁷

De manera general, por lo que atañe a los Convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales de 1977, así como otros tratados de relevancia para el derecho internacional humanitario la promulgación y publicación precedió al depósito de los instrumentos de ratificación.

En algunos casos, las disposiciones constitucionales requieren que los tratados sean incorporados al derecho interno mediante un acto legislativo específico de transformación.²⁸

2. Jerarquía

En lo que se refiere al rango de los tratados —quizás el aspecto más interesante por lo que atañe al derecho internacional humanitario—, el estudio comparado de las Constituciones consultadas permite identificar, de manera general, las siguientes posturas:²⁹ valor supraconstitucional o

la persona humana y del régimen político con independencia de su consagración expresa. Así se deduce de los artículos 93 y 94 de la Constitución Política en vigor. En el primero de ellos, el Constituyente consagró la primacía del derecho internacional convencional relativo a los derechos humanos, al establecer la prevalencia de los tratados y convenios ratificados por Colombia, y la obligación de interpretar la Carta de derechos de conformidad con dichos convenios y tratados...”.

²⁶ Ejemplos: El Salvador (artículo 144, Constitución), Perú (artículo 55, Constitución y artículo 3o., Ley 26647 sobre Perfeccionamiento de Tratados).

²⁷ Por ejemplo, en Brasil (véase jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal relativa a la ratificación del Convenio 158 de la OIT-ADIN n 1,480) y Panamá (artículo 4o., Constitución).

²⁸ Véase el caso de Colombia *op. cit. ad n. 24*. Sin embargo, la Corte Constitucional ha reconocido que los tratados de DIH por su valor importante y contenido vinculante se incorporan directamente sin dicho requisito, *op. cit.*, n. 25.

²⁹ Véase Salmón, E. o Pastor Ridruejo, J. A., *op. cit.*, nota 22.

constitucional, valor supralegal, valor legal, ausencia de regulación³⁰ explícita.

En el contexto latinoamericano y aplicado a los tratados de derecho internacional humanitario hemos identificado dos claras tendencias: la mayoritaria, que suele darle valor legal a los tratados internacionales, incluido en el ámbito de derechos humanos y derecho internacional humanitario, y la minoritaria que le otorga valor supralegal a las normas convencionales.³¹

Existe una tercera tendencia a la cual se adhieren cada vez más Estados. Ésta consiste en que sólo ciertos tratados gozan de rango supralegal o incluido rango constitucional o supraconstitucional. Generalmente se trata de los referidos a la protección de los derechos humanos que incluyen por lo general los de derecho internacional humanitario, en algunos casos de manera explícita. A título de ejemplo se mencionarán los casos siguientes:

En Guatemala, según el artículo 46 de la Constitución, “Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno”. El principio tendría que abarcar los tratados de derecho internacional humanitario.

En Brasil, el artículo 5o. numeral 2 de la Constitución Federal establece al respecto que los derechos y las garantías expresadas en la Constitución no excluyen otras que se derivan de los regímenes o principios adoptados por ella, o de tratados internacionales en los cuales Brasil es parte, lo que ha sido interpretado como recepción a nivel constitucional de los tratados de derechos humanos y derecho internacional humanitario ratificados por Brasil.

³⁰ En estos casos, el rango se determinará en el caso concreto de aplicación por interpretación de la práctica administrativa o judicial.

³¹ Así, Costa Rica (artículo 7o., Constitución de 1949 con revisiones hasta 2000 “*Los Convenios internacionales (...) debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o el día que ellos designen.. autoridad superior a la ley*”); El Salvador (artículo 144). En México, según la tesis reciente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación señala que los tratados se encuentran en una posición jerárquica inmediatamente debajo de la Constitución y por encima de las leyes federales y locales (tesis aislada LXXVII/99, pleno, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. X, noviembre de 1999, Suprema Corte de Justicia de la Nación).

En el caso de Argentina, los tratados de derechos humanos específicamente enumerados en la Constitución gozan de rango constitucional.³² Los tratados de derecho internacional humanitario no figuran en dicha lista. Sin embargo, se encuentra actualmente pendiente de aprobación ante el Congreso una propuesta de enmienda de la Constitución que tiene precisamente por objeto otorgarle rango constitucional a los Convenios de Ginebra de 1949 y protocolos adicionales de 1977.³³

Es nuevamente de interés particular para el derecho internacional humanitario mencionar el caso de Colombia. Con base en el artículo 93 de la Constitución de 1991,³⁴ los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción prevalecen en el orden interno. Además, los derechos y deberes estipulados en la Constitución tienen que interpretarse en conformidad con dichos tratados y convenios. Es así que cuando la Corte Constitucional, en ejercicio de la jurisdicción constitucional,³⁵ controla la constitucionalidad de una ley de aprobación de un tratado de derecho internacional humanitario aprovecha para interpretar la constitución e incluido puede requerir que ésta sea enmendada para ajustarse al tratado en cuestión. Por otra parte, en la Corte Constitucional interpretó que la Constitución consagró, en el artículo 214 numeral 2, el valor *supraconstitucional* del derecho internacional humanitario cuando, al regular los parámetros a que se sujetan las atribuciones presidenciales durante los estados de excepción, dispuso que "... En todo caso se respetará las reglas del derecho internacional humanitario".³⁶

3. *Derecho internacional humanitario consuetudinario*

La costumbre internacional es una fuente cada vez más importante del derecho internacional humanitario motivo por el cual es de interés

³² Véase el artículo 75, inciso 22 párrafo 2.

³³ Proyecto de ley sobre el otorgamiento de jerarquía constitucional a los Convenios de Ginebra de 1949 (trámite D.2673/99, Comisiones de Relaciones Exteriores y Culto y de Derechos Humanos y Garantías).

³⁴ Constitución Política de Colombia del 7 de julio de 1991, publicada en la *Gaceta* núm. 114.

³⁵ Véase artículo 239 al 245 de la Constitución.

³⁶ Sentencia C.-574/92 revisión de oficio del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra, *op. cit.*, nota 23).

averiguar qué lugar atribuyen las Constituciones latinoamericanas a la fuente consuetudinaria. Aparecen al respecto cuatro tendencias constitucionales:³⁷ las Constituciones que guardan silencio; las que reconocen o declaran la obligatoriedad del derecho internacional general y consuetudinario (Guatemala, por ejemplo); las que adoptan automáticamente el derecho internacional general y consuetudinario una vez que ha sido aceptado como tal por el Estado; las que incorporan explícitamente normas específicas del derecho internacional general y consuetudinario, lo que es cada vez más frecuente en las Constituciones recientes que contienen largos catálogos de garantías y referencias a principios del derecho internacional.

En algunos casos, por referencias contenidas en las Constituciones o jurisprudencia de las cortes constitucionales o supremas, se incorpora el derecho internacional general, incluido los principios básicos del derecho internacional humanitario, como principios constitucionales no escritos o no enumerados (ejemplos: Brasil y Colombia).

4. *Estados de excepción y garantías constitucionales: no derogabilidad de las normas de derecho internacional humanitario*

Las normas del derecho internacional humanitario tienen un carácter vinculante y son inderogables, elementos claves para que puedan servir como derecho de excepción que protege al individuo y garantice una tutela a ciertos bienes en situaciones extremas. Muchos de sus principios básicos convergen con los derechos y las garantías considerados *núcleo duro inderogable* de los derechos humanos, cuya suspensión o limitación se excluye explícitamente en la mayoría de las Constituciones modernas.

La Corte constitucional colombiana, al examinar la constitucionalidad de los protocolos adicionales de 1977, se ha expresado de la manera siguiente sobre la relación entre el derecho internacional humanitario y el derecho de los derechos humanos:

El derecho internacional humanitario es aplicable en situaciones de conflicto armado en las que sea necesario un grado de protección mayor que el que brinda el derecho de los derechos humanos...

37 Véase Salmón, E., *op. cit.*, nota 20.

El derecho internacional humanitario constituye la aplicación esencial, mínima e inderogable de los principios consagrados en los textos jurídicos sobre derechos humanos en las situaciones extremas de los conflictos armados.³⁸

La Constitución colombiana es una de las únicas en América Latina, si no la única, que estipula en el marco de la reglamentación de los estados de excepción, que el derecho internacional humanitario no podrá ser derogado y tendrá que ser respetado.³⁹

En otros casos, si bien no hay una mención explícita semejante, se ha interpretado que las garantías inderogables en caso de declaración de estado de excepción incluyen las normas del derecho internacional humanitario.

V. CONCLUSIONES

Las formas de incorporación del derecho internacional humanitario en los ordenamientos internos de los países de América Latina, así como el rango que las Constituciones otorgan tanto a los tratados como las normas consuetudinarias de este derecho, merecerían un estudio profundizado y más extensivo de lo que esta breve ponencia permitió presentar.

El presente análisis —muy superficial— permitió sin embargo detectar una creciente aceptación del derecho internacional humanitario, por parte de los órganos constituyentes de los Estados latinoamericanos, así como la determinación —cada vez mayor— de reconocer a este derecho su valor de norma fundamental e imprescindible para la protección y la dignidad del ser humano en todas las circunstancias, así como componente integrante del sistema de protección jurídica internacional y nacional de la persona.

Es interesante notar al respecto la tendencia de las Constituciones modernas y, en particular, de las cortes constitucionales o cortes supremas, de reconocer la existencia de normas y principios universalmente aceptados que, aun cuando no sean explícitamente mencionados, son inherentes a las garantías que éstas estipulan. Es particularmente alentador

³⁸ Sentencia C-574/92 del 28 de octubre de 1992 de la Corte Constitucional relativa a la revisión de oficio del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 1949. Véase también la sentencia C-027/93 del 5 de febrero 1993.

³⁹ Artículo 214 numeral 2 de la Constitución.

para el Comité Internacional de la Cruz Roja notar la tendencia de otorgarle este reconocimiento a la normativa del derecho internacional humanitario, lo que sin duda contribuirá a impulsar su aplicación efectiva, revalorizar su actualidad y garantizar una mejor protección de las personas y bienes afectados por los efectos de las hostilidades en las situaciones de conflicto armado.

Finalmente, cabe reconocer los importantes esfuerzos que han desplegado y siguen desplegando los órganos estatales de muchos Estados del continente latinoamericano con miras a ejecutar —a través de la adopción de las medidas legislativas y administrativas apropiadas— los tratados de derecho internacional humanitario en sus respectivos ordenamientos internos.