

La relación entre el derecho internacional humanitario y el derecho de los derechos humanos cuando se trata del asunto de la admisibilidad del homicidio y del internamiento de portadores de armas en conflictos armados no internacionales

Marco Sassòli* y Laura M. Olson

Marco Sassòli es profesor de derecho internacional en la Universidad de Ginebra y profesor asociado en la Universidad de Quebec, en Montreal, preside los consejos de la Academia de Derecho Internacional y Derechos Humanos de Ginebra y de la ONG *Geneva Call*. Laura M. Olson, J.D., LL.M., es especialista visitante en el Centro de Derechos Civiles y Humanos, Facultad de Derecho de Notre Dame, y ex asesora jurídica del CICR.

Resumen

En este artículo, se analiza la relación entre el derecho internacional humanitario y el derecho de los derechos humanos durante los conflictos armados no internacionales. Se intenta responder a dos cuestiones que son cruciales en la práctica, respecto de las cuales tanto la relación entre las dos ramas del derecho como las respuestas derivadas sólo del derecho humanitario adolecen de falta de claridad. En primer lugar, ¿de conformidad con qué rama del derecho se puede atacar y dar muerte a un miembro de un grupo armado? En segundo lugar, ¿se puede detener a un miembro capturado de una fuerza armada o de un grupo armado de la misma manera que un prisionero de

* Agradezco a mi asistente de investigación, señora Lindsey Cameron, sus meticulosas investigaciones y útiles observaciones acerca de muchas de las cuestiones que se abordan en este artículo.

guerra en un conflicto armado internacional o como prescriben los derechos humanos? Mediante la aplicación del principio de lex specialis, el artículo analiza las respuestas posibles a estos dos interrogantes.

Mucho es lo que se ha escrito acerca de la relación entre el derecho internacional humanitario (derecho humanitario o DIH) y el derecho internacional de los derechos humanos (derechos humanos o DIDH), sus orígenes distintos, su convergencia y su influencia mutua. Sus ámbitos de aplicación, los derechos que protegen y sus respectivos mecanismos de aplicación han sido objeto de comparaciones. La Corte Internacional de Justicia (CIJ) y diversos organismos de derechos humanos han analizado la medida en que el derecho humanitario es *lex specialis* respecto de los derechos humanos. El hecho de que en algunas cuestiones los derechos humanos obran como *lex specialis* ha generado menos jurisprudencia. El significado del concepto de *lex specialis* y el modo en que puede identificarse han sido estudiados por la Comisión de Derecho Internacional¹ y, en general, por los académicos, como lo ha sido también, en especial, la relación entre estas dos ramas del derecho². Todavía no se ha encarado un análisis sistemático para determinar cuál de las dos ramas constituye *lex specialis* en cuestiones que incumben al ámbito de aplicación de ambas; esa tarea, sin embargo, no constituye el objetivo del presente artículo.

En la práctica, las cuestiones teóricas arriba citadas no son pertinentes para la mayoría de los problemas que realmente afecta a las víctimas de los conflictos armados. Así sucede, en especial, en los conflictos armados internacionales, que son situaciones para las cuales los tratados de derecho humanitario se encuentran mejor desarrollados. En primer lugar, los destinatarios de las normas de ambas ramas del derecho son los mismos: los Estados. En segundo lugar, en muchas situaciones resulta difícil esgrimir argumentos en favor de la aplicación de los derechos humanos, porque no se puede considerar que las víctimas se hallan en el territorio o bajo la jurisdicción del Estado que las ataca. En tercer lugar, por lo que atañe a varias cuestiones, una u otra rama sencillamente no contiene normas. Nada se dice en el derecho humanitario acerca de la libertad de prensa en territorios ocupados, y en el derecho de los derechos humanos no se dispone si los combatientes deben distinguirse de la población civil y de qué manera. En cuarto lugar, con respecto a la mayoría de las otras cuestiones, las dos ramas llegan a los mismos resultados, con más o menos detalles, según la rama de que se trate.

Del mismo modo, en el ámbito de los conflictos armados no internacionales, ambas ramas del derecho conducen, en general, a los mismos resultados. Las normas sobre el trato debido a las personas detenidas, o que se encuentran en poder

1 Martti Koskeniemi, "Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional. Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional", documento de la ONU A/CN.4/L.682, 13 de abril de 2006; Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 56° período de sesiones, documento de la ONU A/59/10, párrafos 304 y ss.

2 V. Marco Sassòli, "Le droit international humanitaire: Une *lex specialis* par rapport aux droits humains?" en Andreas Auer, Alexandre Flückiger, Michel Hottelier (eds.), *Les droits de l'homme et la constitution: Études en l'honneur du Professeur Giorgio Malinverni*, Schulthess, Ginebra, 2007, pp. 375–95, que contiene otras referencias.

de un Estado de otro modo, son muy similares. Las garantías judiciales para las personas sometidas a juicio son también muy similares, pero están mejor elaboradas en el derecho de los derechos humanos. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que jamás hace referencia explícita al derecho humanitario, en relación con los ataques intencionales o indiscriminados realizados contra personas civiles en Chechenia y en Turquía oriental, demuestra que, incluso en relación con un tema que tradicionalmente pertenece al ámbito del derecho humanitario, como las medidas de precaución que han de redundar en beneficio de la población civil cuando se atacan objetivos militares, los derechos humanos pueden llevar al mismo resultado que el derecho humanitario³.

Sin embargo, con respecto a dos cuestiones que son de máxima trascendencia en la práctica, no sólo no hay claridad en la relación entre las ramas, sino que tampoco el derecho humanitario por sí solo ofrece una respuesta precisa. En primer lugar, ¿es admisible atacar (y, por ende, dar muerte) a un miembro de un grupo armado, como se dispone en el derecho humanitario aplicable a los conflictos armados internacionales, siempre que no se rinda o, de otro modo, esté fuera de combate o, como se estipula en el ámbito de los derechos humanos, esta acción es admisible sólo como excepción y cuando no es posible detener a esa persona? En segundo lugar, un miembro de una fuerza armada o de un grupo armado que ha sido capturado ¿puede ser detenido igual que un prisionero de guerra en conflictos armados internacionales, hasta el final de las hostilidades activas y sin que medie una decisión individual, o —según se dispone en los derechos humanos— debe ofrecerse a la persona capturada la oportunidad de impugnar su detención ante un juez?

En los últimos años, estas dos cuestiones han descollado en relación con algunos componentes de la “guerra contra el terrorismo”, definida por la Corte Suprema de Estados Unidos como un conflicto armado no internacional⁴. Desde el 11 de septiembre de 2001, la respuesta del Gobierno de Estados Unidos ha sido que puede dar muerte (como, por ejemplo, en Yemen) o detener (como, por ejemplo, en Guantánamo) a “combatientes enemigos ilegítimos” de conformidad con las mismas normas que se disponen en el derecho humanitario de los conflictos armados internacionales respecto de los combatientes (pero sin que se beneficien de la protección que se otorga a los combatientes “legítimos”). Los críticos objetan que se puede matar o detener a la mayoría de estas personas sólo de conformidad con las normas mucho más restrictivas del derecho de los derechos humanos. Intentaremos proporcionar las respuestas independientemente de la índole particular de la “guerra contra el terrorismo”, ya que ésta sólo agregaría dos problemas que ya han sido objeto de análisis exhaustivos en otros ámbitos: la cuestión de la aplicación extraterritorial de los derechos humanos, y la cuestión de si todos, algunos o ninguno de los componentes de la “guerra contra el terrorismo” son efectivamente conflictos armados y, en caso afirmativo, si son de índole internacional o no.

3 V. Marco Sassòli, “La Cour européenne des droits de l’homme et les conflits armés”, en Stephan Breitenmoser et al. (eds.), *Human Rights, Democracy and the Rule of Law: Liber Amicorum Luzius Wildhaber*, Dike, Zurich, 2007, pp. 724–5.

4 Corte Suprema de Estados Unidos, *Hamdan v. Rumsfeld* (29 de junio de 2006), 548 U.S. 557, 126 S. Ct. 2749.

Aunque abordaremos esta problemática en términos de tradicionales conflictos armados no internacionales, librados entre un Gobierno y fuerzas rebeldes, consideramos que nuestras respuestas constituyen un punto de partida para las respuestas a las mismas cuestiones en el marco de “conflictos armados transnacionales”. Varios factores, que a veces apuntan hacia direcciones distintas, hacen más complicadas las respuestas.

En primer lugar, las normas convencionales del derecho humanitario de los conflictos armados no internacionales son más rudimentarias que las aplicables en los conflictos armados internacionales. De conformidad con el principio de *lex specialis*, tal situación normalmente daría mayor ámbito de aplicación para los derechos humanos. Sin embargo, durante los últimos veinte años, la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales, la influencia de los derechos humanos e incluso algunas normas convencionales aprobadas por los Estados han aproximado el derecho de los conflictos armados no internacionales al derecho de los conflictos armados internacionales, y hay quienes hasta sugieren eliminar la distinción. En los numerosos ámbitos en que las normas convencionales todavía exhiben diferencias, se ha justificado la convergencia alegando que, en el marco del derecho internacional consuetudinario, las diferencias entre las dos categorías de conflictos han ido desapareciendo. Esta evolución alcanzó su cota máxima provisional con la publicación del estudio del CICR denominado *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, en el que se afirma, después de diez años de investigación de las “prácticas estatales” (realizada a través del estudio de las declaraciones oficiales, no del comportamiento efectivo de los Estados), que, de un total de 161 normas del derecho humanitario consuetudinario, muchas de las cuales son análogas a las normas del Protocolo I aplicable como derecho convencional en los conflictos armados internacionales, 136 (y, plausiblemente, hasta 141), se aplican igualmente a los conflictos armados no internacionales⁵. El debate se complica aún más debido a que parte de la práctica en que se basan esas normas consuetudinarias es la de los organismos de derechos humanos que aplican el derecho de los derechos humanos.

En segundo lugar, incluso si el principio de *lex specialis* ofreciese respuestas claras para casos en que el DIH y el DIDH responden a la misma pregunta con normas diferentes (lo que no es así), ese principio sólo podría obrar si hubiese claridad en la respuesta proporcionada por cada una de las ramas. Demostraremos que, al menos en el derecho humanitario, no se encuentran respuestas claras a las dos preguntas que constituyen el objeto de este artículo. En cuanto a los derechos humanos, las respuestas suelen basarse en tratados generales que no han sido ratificados a nivel universal, o en tratados regionales, en tanto que el fondo exacto de los derechos humanos consuetudinarios es, cuando menos, tan controvertido como el del derecho humanitario consuetudinario. Con frecuencia, esas respuestas se basan también en la práctica de organismos que no pueden tomar decisiones vinculantes y, a veces, en instrumentos de derecho indicativo, cuyo carácter vinculante es materia de debate. Por lo demás, las limitaciones de los derechos humanos son, a menudo, muy flexibles, entre otras cosas, a causa de la presencia de cláusulas de

5 Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, CICR, Centro de Apoyo en Comunicación para América Latina y el Caribe, Buenos Aires, 2007.

limitación poco determinadas, que permiten tener en cuenta la índole específica de cada caso. Dado que son muy pocos los casos en que los mecanismos de derechos humanos han respondido a nuestras preguntas en el marco de conflictos armados no internacionales reales, a menudo nos vemos obligados a basar nuestras respuestas en los precedentes registrados fuera del ámbito de los conflictos armados, sin tener la certeza de que los mecanismos pertinentes habrían llegado a una decisión similar si el caso se hubiese planteado en el marco de un conflicto armado.

En tercer lugar, otro factor en los conflictos armados no internacionales que hace a nuestro debate particularmente complejo (y al que prácticamente no se ha prestado atención en los escritos de especialistas⁶ ni en el Estudio del CICR) es que el derecho humanitario de los conflictos armados no internacionales es, como se señala en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, igualmente vinculante para “cada una de las partes en conflicto”, es decir, tanto para el grupo armado no estatal como para el bando del Gobierno⁷. Esto plantea la cuestión de si los derechos humanos están diseñados también para los grupos armados o si, en virtud de la aplicación del principio de *lex specialis*, la respuesta a nuestras preguntas no es la misma para el Gobierno que para su adversario.

En cuarto lugar, mientras que, en relación con los conflictos armados internacionales, la práctica de los Estados en relación con nuestras dos preguntas es relativamente uniforme (aunque, a veces, se difumina a causa de la controversia sobre cómo clasificar ciertos conflictos), es claramente contradictoria en relación con los conflictos armados no internacionales. En enfrentamientos con grupos rebeldes, algunos Estados permiten que prevalezcan las normas de los derechos humanos; otros aplican, por analogía, las normas del derecho humanitario que rigen los conflictos armados internacionales, y aun otros aplican una combinación de ambas. Con respecto a los mecanismos internacionales de supervisión, sus soluciones también difieren, y no siempre queda claro si su respuesta se basa en una evaluación de la ley en su totalidad, o en una evaluación limitada (debido al asunto que les incumbe por su ámbito de competencia) a la aplicación de sólo una de las dos ramas del derecho que se analizan en el presente artículo.

El principio de *lex specialis* y su significado

En el presente artículo, se presume que, en los conflictos armados, se aplican los derechos humanos. Algunos Estados están en desacuerdo, pero nunca se han opuesto a esta posición específicamente con respecto a los conflictos armados no internacionales dentro de su propio territorio. En cuanto al derecho humanitario, ha sido concebido específicamente para reglamentar los conflictos armados.

6 Laura M. Olson, “Practical challenges of implementing the complementarity between international humanitarian and human rights law – demonstrated by the procedural regulation of internment in noninternational armed conflict”, *Case Western International Law Journal*, vol. 40 (2009) (próxima aparición; el manuscrito se encuentra en poder de los autores).

7 Liesbeth Zegveld, *Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp. 9–38, que contiene otras referencias.

Los problemas que suscita la aplicabilidad simultánea de las dos ramas del derecho mencionadas deben resolverse por referencia al principio de “*lex specialis derogat legi generali*”⁸. La finalidad de este principio es establecer, mediante una norma objetiva correspondiente al asunto que se reglamenta, un orden de preferencia para dos normas que se aplican al mismo problema, pero que lo rigen de manera diferente. Los motivos que llevan a preferir la norma más especial⁹ es que ésta se aproxima más al tema particular y toma más en cuenta las características singulares del contexto. Asimismo, representa mejor las intenciones de los Estados acerca de la forma de reglamentar el problema en cuestión. Teóricamente, las situaciones deberían regirse mediante la aplicación de la norma más justa, pero, a fin de evitar evaluaciones demasiado subjetivas, es preferible remitirse a una norma más objetiva que, de todos modos, imparte justicia¹⁰. El principio no indica una cualidad inherente a una rama del derecho, como el derecho humanitario, o a una de sus normas, sino que determina qué norma prevalece sobre otra en una situación particular¹¹. Cada caso debe analizarse por separado¹².

Para determinar cuál norma es especial en relación con un problema determinado, es necesario evaluar varios factores. Cuando dos normativas diferentes que reglamentan la misma situación dan lugar a consecuencias jurídicas que se excluyen recíprocamente, la especialidad, en el sentido de la lógica, implica que la norma que se aplica a ciertos hechos debe ceder ante la norma que se aplica a esos mismos hechos *así como a* un hecho adicional presente en esa situación. Entre dos normas aplicables, se aplica la que tiene la mayor “superficie de contacto común”¹³ con la situación. La norma cuyo ámbito de aplicación cabe por completo en el de la otra norma debe prevalecer; de otro modo, nunca se aplicaría¹⁴. Prevalece la norma cuyo ámbito de aplicación material y/o personal es más preciso o más estricto¹⁵. La precisión exige que la norma que se refiere a un problema en forma explícita prevalezca

8 Opinión consultiva sobre la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares, Informes de la CIJ 1996, párr. 25; Opinión Consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, Informes de la CIJ 2004, párr. 106; CIJ, Caso de las actividades armadas en el territorio de Congo (*DRC v. Uganda*), Sentencia del 19 de diciembre de 2005, párrafos 216–220.

9 Koskenniemi, nota 1, *más arriba*, párr. 60; Informe de la Comisión de Derecho Internacional, nota 1, *más arriba*, párr. 305; Joost Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law: How the WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 387.

10 Norberto Bobbio, “Des critères pour résoudre les antinomies”, en Chaim Perelman (ed.), *Les antinomies en droit: Etudes*, Bruylant, Bruselas, 1965, pp. 237–41.

11 Koskenniemi, nota 1, *más arriba*, párr. 112; Heike Krieger, “A conflict of norms: the relationship between humanitarian law and human rights law in the ICRC Customary Law Study”, *Journal of Conflict & Security Law*, vol. 11 (verano de 2006), pp. 269, 271; Philip Alston et al., “The competence of the UN Human Rights Council and its special procedures in relation to armed conflicts: extrajudicial executions in the “war on terror”, *European Journal of International Law*, vol. 19 (2008), p. 192; Informe de la Comisión de Derecho Internacional, nota 1, *más arriba*, párr. 304.

12 Anja Lindroos, “Addressing norm conflicts in a fragmented system: the doctrine of *lex specialis*”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 74 (1) (2005), p. 42.

13 Término acuñado por la señora Mary Ellen Walker, estudiante de derecho en la Academia de Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos de Ginebra, durante el curso de derecho internacional humanitario dictado por Marco Sassòli en 2008.

14 Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6ª ed., Springer Verlag, Berlín, 1991, pp. 267–8.

15 Bobbio, nota 10, *más arriba*, p. 244.

sobre la norma que lo encara en forma implícita; la norma que ofrece la ventaja de los detalles prevalece sobre el carácter general de la otra¹⁶, y la norma más restrictiva predomina sobre la que abarca la totalidad del problema, pero con menos rigor¹⁷.

Un factor menos formal —y también menos objetivo— que se utiliza para determinar cuál de las dos reglas es aplicable, es la conformidad de la solución con los objetivos sistémicos de la ley¹⁸. Caracterizar a esta situación como “*lex specialis*” es, tal vez, utilizar incorrectamente el lenguaje. El orden sistémico del derecho internacional es un postulado normativo cimentado en juicios de valor¹⁹. Algunos consideran que, en realidad, el encargado de tomar decisiones primero determina cuál es la norma más justa y luego la caracteriza como *lex specialis*²⁰. En particular, cuando las normas formales no indican un resultado claro, es preciso apelar al criterio teleológico, aunque éste permita la influencia de las preferencias personales²¹.

En nuestra opinión, en la medida en que la norma formal señala una conclusión clara en relación con cierto problema, se hace menos necesario evaluar el objetivo sistémico. También es verdad lo contrario: cuanto más claro se ve el objetivo, tanto más fácil es distanciarse de la norma formal.

Cuando se ha determinado qué constituye *lex specialis*, la *lex generalis* sigue presente, pero en segundo plano. Esto debe tenerse en cuenta en la interpretación de la *lex specialis*²². En la medida de lo posible, hay que evitar las interpretaciones de la *lex specialis* que den lugar a conflictos con la *lex generalis*; por el contrario, conviene intentar armonizar ambas normas²³.

Según la doctrina, el principio parece referirse implícitamente a las anti-nomias entre las normas convencionales, es decir, las basadas en los tratados. Sin embargo, es menos claro si el principio también se aplica a la relación entre dos normas consuetudinarias. Según el concepto tradicional del derecho consuetudinario, teóricamente no es así. La norma consuetudinaria aplicable respecto de un problema determinado deriva de la práctica y de la *opinio juris* de los Estados en relación con ese problema. En relación con el mismo problema, no puede haber una norma de derechos humanos consuetudinaria y una norma humanitaria consuetudinaria diferente. La atención siempre se centra en la práctica y en la *opinio*

16 V., p.ej., Seyed Ali Sadat-Akha, *Methods of Resolving Conflicts between Treaties*, Nijhoff, Leyden, 2003, p. 124.

17 V., p.ej., Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) con respecto a la relación entre los artículos 13 y 5(4) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos de 1950 (en adelante, CEDH), TEDH, *Brannigan and McBride v. UK*, Sentencia, 26 de mayo de 1993, TEDH, Serie A, N.º258, p. 57, párr. 76.

18 Koskeniemi, nota 1, *más arriba*, párr.107.

19 Krieger, nota 11, *más arriba*, p. 280.

20 Georg Schwarzenberger, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, vol. 1, Stevens, London, 1969, p. 474; Bruno Simma y Dirk Pulkovski, “Of planets and the universe: self-contained regimes in international law”, *European Journal of International Law*, vol. 17 (2006), p. 490.

21 Bobbio, nota 10, *más arriba*, pp. 240–1. V. también Wilfred Jenks, “The conflict of law-making treaties”, *British Yearbook of International Law*, vol. 30 (1953), p. 450.

22 La *lex generalis* consiste en las otras normas del derecho internacional, que se deben tomar en cuenta de conformidad con el art. 31(3)(c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

23 V. Koskeniemi, nota 1, *más arriba*, párrafos 31, 37; Informe de la Comisión de Derecho Internacional, nota 1, *más arriba*, párrafos 308, 311.

juris manifestada con respecto a problemas tan similares como sea posible al que se desea resolver. Éste parece ser el enfoque adoptado por el CICR, que se refiere en su Estudio a un amplio conjunto de prácticas en el ámbito de los derechos humanos, tanto dentro como fuera de los conflictos armados²⁴. Sin embargo, en la práctica, cuando se busca una norma consuetudinaria, lo habitual es consultar un texto, sea éste un tratado u otro instrumento de codificación del derecho consuetudinario, un texto que alentó el desarrollo de una norma consuetudinaria²⁵ o incluso un texto de doctrina. En esa circunstancia, uno puede encontrarse con que un problema específico es tratado en dos textos contradictorios, ambos deducidos de la práctica de los Estados. En nuestra opinión, la elección entre esos dos textos es gobernada por los mismos principios que la elección entre dos normas convencionales. Si la práctica estatal que aclara cuál de las dos normas prevalece en la situación en cuestión no resulta suficientemente fundamentada para ser concluyente, deben entonces utilizarse los métodos normales para descubrir cuál de las dos normas, derivada de la práctica analizada desde diferentes perspectivas, constituye *lex specialis*.

¿Cuándo es admisible dar muerte a un portador de armas enemigo?

La respuesta tradicional del derecho humanitario de los conflictos armados internacionales

En los conflictos armados internacionales, los miembros de las fuerzas armadas pertenecientes a una de las partes en el conflicto son considerados “combatientes”. Se puede atacar a los combatientes en cualquier momento, siempre que no se rindan o queden fuera de combate, y no sólo mientras amenazan efectivamente al enemigo. Los combatientes forman parte del potencial militar del enemigo y, por lo tanto, siempre es lícito atacarlos con el propósito de debilitar ese potencial. Según el entendimiento tradicional, ninguna norma restringe el uso de la fuerza contra los combatientes sólo a aquellas circunstancias en las cuales no es posible capturarlos. En el derecho humanitario, este punto de vista se ha cuestionado, invocando tanto el principio de la necesidad militar como uno de los factores que restringen todo acto de violencia²⁶, como la prohibición de matar con perfidia²⁷. Sin embargo, ninguna de estas opiniones se ha traducido en instrucciones aplicables en el campo de batalla, mucho menos en un comportamiento real en el campo de batalla²⁸.

24 Henckaerts y Doswald-Beck, nota 5, *más arriba*, vol. I, pp. 341-436.

25 Marco Sassòli, *Bedeutung einer Kodifikation für das allgemeine Völkerrecht – mit besonderer Betrachtung der Regeln zum Schutze der Zivilbevölkerung vor den Auswirkungen von Feindseligkeiten*, Helbing & Lichtenhahn, Basilea, 1990.

26 Jean S. Pictet, *Development and Principles of International Humanitarian Law*, Nijhoff, Dordrecht, 1985, pp. 75-6.

27 V. *Manual on Military Law*, Part III, *The Law of War on Land*, UK War Office, Londres, 1958, párr. 115.

28 V. las opiniones divergentes en las consultas entre los expertos del CICR acerca de la noción de la participación directa en las hostilidades, DPH 2005 (nota 31, *más abajo*) en pp. 45-6; Louise Doswald-Beck, “El derecho a la vida en los conflictos armados: ¿el derecho internacional humanitario puede dar todas las respuestas?”, *International Review of the Red Cross*, N.º 864 (2006), disponible en www.cicr.org/spa/revista; Vincent-Joël Proulx, “If the hat fits, wear it, if the turban fits, run for your life: reflections on the indefinite detention and targeted killing of suspected terrorists”, *Hastings Law Journal*, vol. 56 (2005), pp. 801-900, en pp. 882-3.

El requisito de la proporcionalidad se aplica a los ataques dirigidos contra objetivos lícitos, pero sólo para proteger a personas civiles de sus posibles efectos incidentales²⁹. Los ataques contra combatientes no están sujetos a una evaluación de la proporcionalidad en relación con el daño que se inflige al combatiente y la ventaja militar derivada del ataque.

La confusa respuesta de las normas convencionales del derecho humanitario aplicables en los conflictos armados no internacionales

En contraposición con los conflictos armados internacionales, en el derecho convencional de los conflictos armados no internacionales no está claro cuándo es admisible matar a un portador de armas enemigo (en el presente artículo, se utiliza el término “portadores de armas” para designar a los miembros de un grupo armado que desempeñan funciones de combate y a los miembros de las fuerzas armadas gubernamentales). Ni en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra ni en el Protocolo II se hace referencia a los “combatientes”, porque los Estados no deseaban conferir el derecho a participar en las hostilidades y la correspondiente inmunidad de combatiente a quienes participaran en conflictos armados no internacionales. En las disposiciones pertinentes, se prohíben “los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio” contra “las personas que no participen directamente en las hostilidades” incluidas las que han dejado de participar en las hostilidades³⁰. Específicamente en relación con la conducción de las hostilidades, en el artículo 13 del Protocolo II se prohíben los ataques contra las personas civiles “salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación”³¹.

De estas normas, así como de la ausencia de toda referencia a los “combatientes”, se desprende que, en un conflicto armado no internacional, todos son civiles y que no se debe atacar a nadie, a menos que la persona participe directamente en las hostilidades. Sin embargo, en el *Comentario* del CICR sobre el Protocolo II se afirma que “las personas pertenecientes a las fuerzas armadas o a grupos armados pueden ser atacadas en todo tiempo”³². De otro modo, sorprendería en primer lugar que en el artículo 13 se use el término “persona civil” en lugar de un término

29 Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra (Protocolo I), art. 51(5)(b).

30 V. el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra I a IV; y Protocolo II, art. 4.

31 El CICR, en consulta con varios expertos, participó recientemente en un proceso de investigación, examen y aclaración de la noción de la “participación directa en las hostilidades” en el marco del DIH. Este proceso todavía no ha tenido resultados definitivos, pero ha demostrado claramente la existencia de opiniones profundamente divergentes acerca de la cuestión de cuándo es admisible dar muerte a combatientes enemigos en un conflicto armado no internacional. V. los informes de la reunión de 2003 (en adelante denominado Informe DPH 2003), de la reunión de 2004 (Informe DPH 2004) y de la reunión de 2005 (Informe DPH 2005), este último disponible en inglés, en www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/participation-hostilities-ihl-311205?opendocument. (consultado el 3 de julio de 2009). Sobre la base de esos debates, el CICR actualmente prepara un texto de referencia titulado “Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades”.

32 Yves Sandoz, Christophe Swinarski y Bruno Zimmermann, *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 (Protocolo II)*, CICR, Plaza & Janés Editores Colombia S.A., 1998, párr. 4789.

más amplio como “persona”³³. En segundo lugar, si todos son personas civiles, el principio fundamental de la distinción pierde sentido y su aplicación se torna imposible³⁴. En tercer lugar, en el artículo 3 común se otorga protección a “las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa”. Esta última frase sugiere que el mero hecho de haber dejado de participar activamente en las hostilidades no basta, por sí mismo, para que los miembros de las fuerzas armadas³⁵ gocen de inmunidad contra los ataques: deben tomar medidas adicionales y retirarse activamente del conflicto. En cuarto lugar, desde el punto de vista militar, a nivel práctico, es irrealista prohibir que las fuerzas gubernamentales ataquen a portadores de armas claramente identificados, a menos que éstos traben combate, ya que tal norma obligaría a las fuerzas gubernamentales a actuar en forma puramente reactiva, a la vez que facilitaría las operaciones de golpe y fuga del grupo rebelde. La objeción basada en el argumento de que, de todos modos, esos rebeldes pueden ser detenidos (y su resistencia a la detención, de haberla, equivaldría a la participación directa en las hostilidades), resulta convincente únicamente si los rebeldes no controlan ningún territorio.

Hay dos formas de conceptualizar la conclusión de que los portadores de armas pueden ser objeto de ataque en cualquier momento, hasta que se separan del grupo armado. En primer lugar, puede entenderse que “la participación directa en las hostilidades” abarca el mero hecho de permanecer en el grupo en calidad de miembro³⁶ o de conservar funciones de combate³⁷. En segundo lugar, puede considerarse que los portadores de armas no son “civiles” (éstos últimos gozan de protección contra los ataques salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación)³⁸. Sin embargo, ambas interpretaciones dan lugar a cuestiones difíciles de resolver en la práctica. ¿Cómo han de determinar las fuerzas gubernamentales que una persona es miembro de un grupo armado mientras el individuo en cuestión no cometa actos hostiles? ¿Cómo puede distinguirse la pertenencia a un grupo armado de la mera afiliación a una de las partes en conflicto, que cuenta con el apoyo de ese grupo armado, dicho de otro modo: la pertenencia al ala política, educativa o humanitaria de un movimiento rebelde? Una de las formas

33 Informe de la Reunión de Expertos sobre el derecho a la vida en situaciones de conflicto armado y de ocupación, 1-2 de septiembre de 2005, University Centre for International Humanitarian Law (UCIHL), Ginebra, disponible en www.adh-geneva.ch/events/expert-meetings.php (consultado el 21 de mayo 2008) (en adelante, Informe UCIHL), p. 34.

34 Informe DPH 2005, nota 31, *más arriba*, p. 64; David Kretzmer, “Targeted killing of suspected terrorists: extrajudicial executions or legitimate means of defence?”, *European Journal of International Law*, vol. 16 (2) (2005), pp. 197–8.

35 De conformidad con el artículo 3 común, el término fuerzas armadas incluye a los grupos armados rebeldes (v. Marco Sassòli, “Terrorism and war”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 4 (2006), p. 977).

36 Informe DPH 2005, nota 31, *más arriba*, pp. 48–9.

37 Corte Suprema de Israel en ejercicio de la función de Alto Tribunal de Justicia, Comité Público Contra la Tortura, en *Israel v. Government of Israel et al.*, HCJ 769/02, 11 de diciembre de 2005, párr.39 (en adelante, Comité Público contra la Tortura).

38 Informe DPH 2005, nota 31, *más arriba*, pp. 43–4.

más convincentes es permitir los ataques sólo contra las personas que efectivamente participan en forma directa en las hostilidades o que cumplen funciones dentro de los grupos armados para cometer actos equivalentes a la participación directa en las hostilidades³⁹.

El derecho humanitario consuetudinario no da respuestas

Según el Estudio del CICR, tanto en los conflictos armados internacionales como en los no internacionales “los ataques sólo podrán dirigirse contra combatientes”⁴⁰, mientras que “las personas civiles gozan de protección contra los ataques, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación”⁴¹. “Son personas civiles quienes no son miembros de las fuerzas armadas”⁴². Sin embargo, en el comentario, se aclara que el término “combatiente” en los conflictos armados no internacionales sencillamente “designa a las personas que no gozan de la protección contra los ataques otorgada a los civiles”⁴³. “Mientras que los miembros de las fuerzas armadas estatales pueden ser considerados combatientes... la práctica no está clara con respecto a la situación de los miembros de grupos armados de oposición”⁴⁴. Asimismo, añaden los autores, “la práctica [es] ambigua por lo que se refiere a si los miembros de los grupos de oposición armados son considerados miembros de fuerzas armadas o personas civiles”⁴⁵. Si son personas civiles, podría evitarse el desequilibrio entre esos grupos y las fuerzas armadas gubernamentales, si se considerara que los miembros de los grupos armados de oposición toman continuamente parte directa en las hostilidades⁴⁶. Como se ve, el derecho consuetudinario es tan ambiguo como las disposiciones convencionales con respecto a la cuestión fundamental de si los portadores de armas en los conflictos armados no internacionales pueden ser atacados del mismo modo que los combatientes en los conflictos armados internacionales.

Argumentos en pro y en contra de la aplicación análoga de la norma aplicable en los conflictos armados internacionales

Como se ha dicho, la tendencia general es acercar el derecho de los conflictos armados no internacionales al derecho de los conflictos armados internacionales. Esta tendencia tiene un efecto secundario positivo: que las controversias acerca de la índole internacional o no internacional de un conflicto y acerca del derecho que se ha de aplicar en conflictos de índole mixta, se transforman en cuestiones de debate. Incluso los escépticos con respecto a si la práctica de los Estados verdaderamente ha eliminado la diferencia en la medida manifestada en el Estudio del CICR

39 Ibid., p. 64; Kretzmer, nota 34, *más arriba*, pp. 198-9, sigue una línea similar.

40 Henckaerts y Doswald-Beck, nota 5, *más arriba*, Norma 1, p. 3.

41 Ibid., Norma 6, p. 22.

42 Ibid., Norma 5, p. 20.

43 Ibid., p. 3.

44 Ibid., p. 14.

45 Ibid., p. 20.

46 Ibid., p. 24.

sugieren que las preguntas que no tienen respuesta en el derecho de los conflictos armados no internacionales deben ser tratadas por analogía con el derecho de los conflictos armados internacionales, salvo cuando la naturaleza misma de los conflictos armados no internacionales no permite tal analogía (por ejemplo, con respecto a la inmunidad de los combatientes contra el enjuiciamiento y el concepto de territorios ocupados)⁴⁷. Por lo demás, no hay verdaderas diferencias entre un conflicto armado no internacional, como las hostilidades entre las fuerzas gubernamentales de Sri Lanka y el LTTE en la zona norte de Sri Lanka en 2008, y el conflicto armado internacional entre Eritrea y Etiopía. Es irrealista exigir a los soldados en conflictos no internacionales (pero no en los internacionales) que, en el campo de batalla, capturen a los enemigos siempre que sea posible, pero que no los maten. Además, cada uno de los soldados desplegados sobre el terreno debe, en una fracción de segundo, tomar la decisión sobre cuándo se puede disparar a un enemigo; esa decisión no se puede dejar en manos de los jefes y de los tribunales (como sí puede hacerse con la decisión de internar a una persona, que se examinará más abajo). Debe haber instrucciones inequívocas. Siempre que sea posible, la formación de los soldados debe ser igual para los conflictos armados internacionales y no internacionales, a fin de forjar reflejos que funcionen incluso durante la tensión de la batalla.

Por lo demás, hay sólidos argumentos para cuestionar la conveniencia de aplicar las mismas normas que en los conflictos armados internacionales. Numerosos conflictos armados no internacionales se libran contra o entre grupos que no están bien estructurados. Es mucho más difícil determinar quién pertenece a un grupo armado que quién pertenece a fuerzas armadas gubernamentales. El derecho humanitario positivo de los conflictos armados no internacionales ni siquiera prescribe explícitamente, como sí lo hace el derecho de los conflictos armados internacionales, que los portadores de armas deben distinguirse de la población civil. Las personas se unen a los grupos armados y los abandonan de manera informal, mientras que los miembros de las fuerzas armadas gubernamentales son alistados y dados de baja formalmente. Puesto que los grupos armados son, inevitablemente, ilícitos, se esforzarán al máximo para que no ser reconocidos como tales y ocultar su índole militante. La afirmación de que es admisible disparar a la vista contra los portadores de armas puede, por ende, poner en peligro a muchos civiles⁴⁸, sean éstos simpatizantes del grupo, miembros de su “ala política”, miembros del mismo grupo étnico, o sencillamente, si se encuentran en el lugar y en el momento equivocados. Y aunque en los conflictos armados internacionales sí existe una distinción clara entre la conducción de las hostilidades por combatientes y contra combatientes, y la aplicación de la ley a los civiles por la policía, no existe una distinción clara equivalente en el ámbito de los conflictos armados no internacionales. En efecto, en un conflicto armado no internacional, para las leyes nacionales la insurgencia siempre es un delito. Los criminales deben ser procesados por los tribunales y está prohibido “castigarlos” en un instante mediante la ejecución extrajudicial.

47 Marco Sassòli y Antoine Bouvier, *How Does Law Protect in War?* 2ª ed., CICR, Ginebra, 2006, p. 251.

48 Alexander Orakhelashvili, “The interaction between human rights and humanitarian law: fragmentation, conflict, parallelism, or convergence?”, *European Journal of International Law*, vol. 19 (1) (2008), p. 167.

Lógicamente, los argumentos en favor de una norma diferente para los conflictos armados no internacionales se aplican principalmente a los grupos armados. Por ende, podría considerarse que se requiere una distinción entre las fuerzas gubernamentales y los grupos armados, más que entre los conflictos armados internacionales y no internacionales. El problema es que para lograr una mínima posibilidad de que se respete el derecho humanitario, éste debe ser igual para ambas partes. El principio de la igualdad de los beligerantes ante el derecho humanitario se aplica también en los conflictos armados no internacionales⁴⁹.

Normas del derecho de los derechos humanos sobre el uso de la fuerza en tiempo de paz

De conformidad con los tratados de derechos humanos, se prohíbe privar arbitrariamente a una persona de la vida. Sin embargo, en casi ningún instrumento se especifica en qué casos un homicidio es arbitrario. Únicamente en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos se dispone que la muerte no se considerará infligida arbitrariamente cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea “absolutamente necesario:

- a) En defensa de una persona contra una agresión ilegítima.
- b) Para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente.
- c) Para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección⁵⁰.

En la jurisprudencia relacionada con situaciones que no son conflictos armados, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha admitido que era un acto lícito dar muerte a una persona respecto de la cual las autoridades estaban auténticamente convencidas de que estaba a punto de detonar una bomba, pero determinó además que la insuficiente planificación de la operación había violado el derecho a la vida⁵¹. Con respecto a la detención, el TEDH ha determinado que no debe arriesgarse la vida de un fugitivo para detenerlo, si el fugitivo no representa una amenaza a la vida y no está sospechado de un delito violento, incluso si no se lo puede detener de otro modo⁵².

Por lo general, otros organismos de derechos humanos, universales y regionales, adoptan el mismo enfoque⁵³. En los Principios Básicos sobre el Empleo de la

49 François Bugnion, “*Jus ad bellum, jus in bello and non-international armed conflict*”, *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 6 (2003), pp. 167-98; Marco Sassòli, “*Ius ad bellum and ius in bello: the separation between the legality of the use of force and humanitarian rules to be respected in warfare – crucial or outdated?*”, en Michael Schmitt y Jelena Pejic (eds.), *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines, Essays in Honour of Yoram Dinstein*, Nijhoff, Leiden/Boston, 2007, pp. 254–7.

50 Comisión Europea de Derechos Humanos, art. 2(2).

51 TEDH, *McCann v. United Kingdom*, Solicitud N.º 18984/91, Sentencia, 5 de septiembre de 1995, Serie A N.º 324, párrafos 200–205.

52 TEDH, *Nachova v. Bulgaria*, Solicitud N.º 43577/98, Sentencia, 6 de julio de 2005, Informes 2005-VII, párr. 95.

53 V., p. ej., Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Las Palmeras*, Sentencia, 26 de noviembre de 2002, Serie C N.º 96 (2002).

Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley se ofrece una interpretación autorizada de los principios que las autoridades han de respetar cuando usan la fuerza, para evitar infringir el derecho a la vida. De conformidad con los Principios, se limita el uso de las armas de fuego a los siguientes casos:

“En defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, o para impedir su fuga, y sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos.”

Sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales “cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida”. Además, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley “se identificarán como tales y darán una clara advertencia de su intención de emplear armas de fuego, con tiempo suficiente para que se tome en cuenta, salvo que al dar esa advertencia se pusiera indebidamente en peligro a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, se creara un riesgo de muerte o daños graves a otras personas, o resultara evidentemente inadecuada o inútil dadas las circunstancias del caso”⁵⁴.

Sin embargo, cabe destacar que los Principios Básicos se diseñaron para los agentes de la ley “que ejercen funciones de policía, especialmente las facultades de arresto o detención”. Se incluye a las autoridades militares, pero sólo si ejercen funciones de policía⁵⁵, lo cual podría llevar a interpretar, *e contrario*, que las normas no son vinculantes para las autoridades militares encargadas de la conducción de hostilidades. Si se aplica el derecho de los derechos humanos para obtener una respuesta a la pregunta de cuándo es admisible dar muerte a un portador de armas, sería imperativo saber si las autoridades militares, en una situación de conflicto armado, están o deberían estar ejerciendo funciones de policía.

Escasos precedentes de los organismos de derechos humanos en materia de conflictos armados

Teóricamente, los derechos humanos son los mismos, tanto en los conflictos armados internacionales y no internacionales, como fuera de los conflictos armados. Además, el derecho a la vida no está sujeto a excepciones salvo, en el caso

54 V. artículos 9 y 10 de los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, adoptados por el IX Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, La Habana, 27 de agosto a 7 de septiembre de 1990, documento de la ONU. A/CONF.144/28/Rev.1 at 112 (1990) (en adelante, los “Principios Básicos”).

55 En los Principios Básicos, una nota al pie añadida al término “funcionarios encargados de hacer cumplir la ley” aclara esta cuestión haciendo referencia al comentario al art. 1 del Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.

del Convenio Europeo, con respecto a “actos de guerra legítimos”⁵⁶. El caso clásico en el cual un organismo de derechos humanos ha evaluado el derecho a la vida en el contexto de un conflicto armado es el caso *La Tablada*, relacionado con un grupo de portadores de armas que atacó un cuartel del ejército en Argentina. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sostuvo que los “civiles como los que atacaron el cuartel de La Tablada... sea en forma individual o como integrantes de un grupo... están sujetos al ataque directo individualizado en la misma medida que los combatientes” y pierden el beneficio del principio de proporcionalidad y de las precauciones⁵⁷. Luego, aplicó exclusivamente el derecho humanitario (aplicable a los conflictos armados internacionales) a esos atacantes. Consideró que se beneficiaban del derecho a la vida solamente los testigos civiles y los atacantes que se rindieron. La Comisión no planteó la cuestión de si habría que haber detenido a los portadores de armas, siempre que hubiese sido posible, en vez de darles muerte.

En el caso *Guerrero*, el Comité de Derechos Humanos determinó que Colombia había privado del derecho a la vida arbitrariamente a personas sospechadas de ser secuestradores y miembros de una “organización guerrillera”, lo que no se comprobó ni siquiera en la investigación posterior. Miembros de la policía esperaban a los presuntos secuestradores en la casa donde creían que se encontraba retenida la víctima de un secuestro, pero que estaba vacía. Cuando llegaron los presuntos secuestradores, fueron atacados a tiros sin advertencia alguna, sin darles la oportunidad de rendirse y pese a que no habían disparado un solo tiro sino que, sencillamente, habían intentado huir⁵⁸.

Un organismo nacional de derechos humanos, la Comisión de Derechos Humanos de Nepal, consideró que las fuerzas de seguridad nepalesas habían cometido una grave infracción del “derecho humanitario” cuando dispararon contra un grupo de maoístas armados que obligaban a los estudiantes y los docentes de una escuela local a seguir un “programa cultural”. Seis maoístas y cuatro estudiantes murieron y cinco estudiantes quedaron heridos. La Comisión puso de relieve que los maoístas no habían disparado cuando fueron rodeados por el ejército, y que llevaban sólo armas ligeras. En opinión de la Comisión, tras una advertencia, el ejército podría haberlos detenido sin dificultad alguna. No está claro si la Comisión determinó la existencia de una infracción basándose solamente en el hecho de que hubo estudiantes muertos y heridos, o si consideró que el acto de disparar contra los maoístas armados sin intentar detenerlos también constituyó una infracción del “derecho humanitario”⁵⁹.

En la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre casos relacionados con el derecho a la vida en el conflicto armado no internacional

56 Comisión Europea de Derechos Humanos, art. 15(2). Se ha argumentado que esta norma se refiere únicamente a los conflictos armados internacionales (v. Doswald-Beck, nota 28, *más arriba*, p. 883). De todos modos, ningún Estado ha intentado jamás suspender ese derecho invocando tal excepción.

57 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Abella v. Argentina (La Tablada)*, caso N.º 11.137, Informe N.º 55/97, 18 de noviembre de 1997, párr.178.

58 Comité de Derechos Humanos, *Suarez de Guerrero v. Colombia*, Comunicación N.º R.11/45, 31 de marzo de 1982, documento de la ONU, Suplemento N.º 40 (A37/40) (en adelante, el caso *Guerrero*).

59 Kedar Prasad Poudyal, “The role of national human rights institutions in armed conflict situations, with special reference to NHRC–Nepal”, *Danish Institute for Human Rights*, 2006, pp. 87–8.

que tuvo lugar en Chechenia, figuran declaraciones en las que, al parecer, se exige que, al planificar y ejecutar acciones, incluso legítimas, contra los portadores de armas, se deben reducir al mínimo los riesgos a la vida y el uso de la fuerza letal⁶⁰. Si bien estas declaraciones no se limitaban a proteger la vida de los civiles, las víctimas reales en el caso eran personas civiles. En todos los otros casos en que los organismos de derechos humanos y la CIJ aplicaron el derecho a la vida a conflictos armados de índole no internacional, las personas que resultaron muertas estaban fuera de combate o no se alegaba que habían sido portadores de armas⁶¹. Aunque en muchos casos se da muerte a portadores de armas, por ejemplo mediante ataques con bombas, mientras no están fuera de combate, no se han denunciado tales casos a los órganos internacionales de supervisión de los derechos humanos. De esa falta de jurisprudencia, algunos observadores han deducido que esos homicidios no violan el derecho a la vida, ya que es “impensable” que un caso así sea denunciado ante el sistema interamericano por un familiar sobreviviente de un miembro de las FARC⁶².

Así pues, el escaso volumen de jurisprudencia no permite contar con una respuesta concluyente con respecto a las exigencias que el derecho de los derechos humanos impone a las autoridades gubernamentales que usan la fuerza contra los portadores de armas.

Posibles soluciones de conformidad con el principio de *lex specialis*

En primer lugar, cabe recalcar que ambas ramas del derecho comparten un amplio terreno común. En una situación análoga a la de un campo de batalla, es prácticamente imposible hacer detenciones sin exponer a las fuerzas gubernamentales a peligros desproporcionados. Un portador de armas representa una grave amenaza a la vida, incluso si esa amenaza consiste en ataques contra las fuerzas armadas. La inmediatez de esa amenaza puede basarse no sólo en lo que va a hacer el portador de armas en la mira, sino también en su conducta anterior⁶³. En esas situaciones puede, por ende, utilizarse la fuerza letal, incluso de conformidad con el derecho de los derechos humanos. Por lo demás, ambas ramas protegen por igual la vida de un portador de armas que está fuera de combate.

La necesidad de determinar la norma aplicable por referencia a la *lex specialis* surge cuando las soluciones de las dos ramas realmente se contradicen. El ejemplo arquetípico de esa contradicción es el de un líder guerrillero haciendo compras en un supermercado en la capital del país, controlada por el Gobierno. Muchos interpretan que el derecho humanitario permite a las autoridades tirar a matar, porque se trata de un portador de armas, pero esto es debatible. El derecho de los derechos humanos diría claramente que esa persona debe ser detenida y que debe aplicarse respecto de ella el uso graduado de la fuerza, pero esa conclusión se

60 TEDH, *Isayeva v. Russia*, Solicitud N.º 57950/00, Sentencia, 24 de febrero de 2005, párrafos 175–176.

61 Para un panorama general de la cuestión, v. Nils Melzer, *Targeted Killing under International Normative Paradigms of Law Enforcement and Hostilities*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 169–73 y pp. 384–92.

62 Informe UCIHL, nota 33, *más arriba*, p. 36.

63 Informe DPH 2005, nota 31, *más arriba*, p. 52.

basa en precedentes que tuvieron lugar en tiempo de paz y los derechos humanos siempre son más flexibles y se acomodan a cada caso.

En nuestra opinión, algunas situaciones están más próximas a las que dieron lugar a la norma del derecho humanitario, en tanto que otras se caracterizan más por hechos que, característicamente, dieron lugar al establecimiento de los derechos humanos. Hay una escala móvil⁶⁴ entre el miembro solitario de las FARC en un supermercado de Bogotá, y el soldado de las fuerzas franquistas durante la batalla del Ebro. Es imposible e innecesario proporcionar una respuesta aplicable a todos los casos por igual; como se ha demostrado más arriba, el principio de *lex specialis* no determina la prioridad entre dos normas en abstracto, sino que ofrece la solución de un caso concreto, en el cual las normas en conflicto llevan a resultados diferentes. Hay que cuidarse de interpretar erróneamente el famoso dictamen de la CIJ según el cual “la prueba de lo que constituye la privación arbitraria de la vida... ha de determinarse en base a la *lex specialis* aplicable, esto es, el derecho aplicable en los conflictos armados”⁶⁵. Debe leerse en el contexto de la opinión⁶⁶ en la que la CIJ tuvo que determinar la licitud *en abstracto* del uso de cierta arma.

Esa solución elástica, en la cual el comportamiento real que se exige depende de la situación, es peligrosa, especialmente en nuestro contexto, donde debe ser aplicada por todos los soldados y conduce a resultados irreversibles. Por lo tanto, es indispensable determinar factores que permitan dar precedencia sea a las normas derivadas del derecho humanitario de los conflictos armados internacionales o a los derechos humanos.

La existencia y la medida del control gubernamental sobre el lugar donde se produce el homicidio⁶⁷ señalan la aplicación de los derechos humanos como *lex specialis*⁶⁸. Para las fuerzas gubernamentales que actúan en su propio territorio, el control sobre el lugar donde se realiza el ataque no es una condición necesaria para la aplicación de los derechos humanos⁶⁹, sino, sencillamente, un factor que hace que los derechos humanos prevalezcan sobre el derecho humanitario. Este último fue concebido para regir las hostilidades contra fuerzas que se encuentran en la frontera o más allá de ella, es decir, en un lugar que no está bajo el control de quienes atacan, en tanto que la aplicación de la ley concierne a las personas que se hallan bajo la jurisdicción de los encargados de aplicar la ley. En situaciones de conflicto tradicionales, el eje de la cuestión sería la distancia que media entre la situación

64 Informe UCIHL, nota 33, *más arriba*, p. 38; según la opinión de varios expertos en el Informe DPH 2005, nota 31, *más arriba*, pp. 51-2.

65 Armas nucleares, nota 8, *más arriba*, párr.25.

66 Alston, nota 11, *más arriba*, pp. 183-209, 192-3.

67 Si la persona atacada se halla bajo control gubernamental, ambas ramas del derecho prohíben las ejecuciones sumarias.

68 Doswald-Beck, nota 28, *más arriba*, p. 897; Informe UCIHL, nota 33, *más arriba*, p. 36; Kretzmer, nota 34, *más arriba*, p. 203; Cordula Droegel, “The interplay between international humanitarian law and international human rights law in situations of armed conflict”, *Israel Law Review*, vol. 40 (2007), p. 347.

69 Con respecto a la responsabilidad de un Estado por violaciones de los derechos humanos cometidas en una parte del territorio que no se encuentra bajo su control, v. TEDH, *Ilascu and others v. Moldova and Russian Federation*, Solicitud N.º 48787/99, Sentencia, 8 de julio de 2004, párr. 333.

de que se trate y el campo de batalla⁷⁰, aunque cada vez son menos los conflictos contemporáneos caracterizados por la presencia de líneas del frente y campos de batalla. Entonces, ¿qué es lo que hace que el nivel de control sea suficiente para justificar el predominio de los derechos humanos como *lex specialis*? Un Gobierno no puede sencillamente argumentar que la presencia de un solo rebelde, o incluso de un grupo de rebeldes, en una parte estable de su territorio indica que, en los hechos, ese Gobierno no controla plenamente el lugar y que, en función de ello, actúa con arreglo al derecho humanitario como *lex specialis*. La cuestión se relaciona con el nivel de control. Si un Gobierno puede detener a individuos o a grupos sin que le cause gran preocupación la interferencia de otros rebeldes en la operación, entonces tiene suficiente control sobre el lugar para que los derechos humanos prevalezcan como *lex specialis*.

Este criterio basado en el control gubernamental hace que la solución sea ligeramente más flexible en una zona dentro del territorio del Estado cuyo Gobierno combate a los rebeldes⁷¹, pero que no se encuentra bajo el control firme de los rebeldes ni del Gobierno (como ciertas regiones del centro de Perú, en la época de la insurgencia de Sendero Luminoso)⁷². Incluso en circunstancias en que no se cumplen los estrictos requisitos de la necesidad de conformidad con derecho de los derechos humanos (si se cumplen, ambas ramas del derecho conducen al mismo resultado), la imposibilidad de detener al portador de armas⁷³, el peligro inherente al intento de detenerlo⁷⁴, el peligro que el portador de armas representa para las fuerzas gubernamentales y para los civiles, y la inmediatez de ese peligro⁷⁵, pueden llevar a la conclusión de que el derecho humanitario es *lex specialis* para esa situación. Esos factores están interrelacionados con los elementos de control ya descritos. Además, cuando ninguna de las partes ejerce un claro control geográfico, cuanto mayor es la certeza de que el objetivo es realmente un portador de armas, tanto más fácil es, en nuestra opinión, considerar *lex specialis* al derecho humanitario⁷⁶. Son lícitos los ataques contra las personas que realmente son portadores de armas, mientras que la aplicación de la ley se dirige, por definición, contra las personas sospechosas.

Incluso cuando los derechos humanos prevalecen como *lex specialis* en el contexto de un conflicto armado, el derecho humanitario sigue presente en el trasfondo, y flexibiliza los requisitos impuestos por los derechos humanos en materia de proporcionalidad y advertencia, cuando se ha intentado efectuar la detención sin éxito o cuando no es posible hacer el intento. De igual modo, cuando prevalece el derecho humanitario, los derechos humanos siguen presentes y exigen investigar

70 Droege, nota 68, *más arriba*, p. 347.

71 En este artículo no se aborda el derecho aplicable a las acciones extraterritoriales.

72 Informe UCIHL, nota 33, *más arriba*, p. 37.

73 Comité Público Contra la Tortura, nota 37, *más arriba*, párr. 40; Doswald-Beck, nota 28, *más arriba*, p. 891.

74 Comité Público Contra la Tortura, nota 37, *más arriba*, párr. 40.

75 Kretzmer, nota 34, *más arriba*, p. 203.

76 Caso *Guerrero*, nota 58, *más arriba*, párr. 13.1-13.3; Comité Público Contra la Tortura, nota 37, *más arriba*, párr. 40; Orna Ben-Naftali y Keren R. Michaeli, "We must not make a scarecrow of the law": A legal analysis of the Israeli policy of targeted killings", *Cornell Journal of International Law*, vol. 36 (2) (2003-4), p. 290.

cada vez que se haya matado a una persona intencionalmente⁷⁷.

Si se acepta aplicar el enfoque flexible para determinar qué constituye *lex specialis*, se plantea la pregunta de si es válido tanto para los miembros de los grupos armados como para las fuerzas gubernamentales. El derecho humanitario aplicable estipula la igualdad de ambas partes, pero no tienen iguales obligaciones respecto de los derechos humanos⁷⁸. En efecto, la aplicabilidad de las obligaciones de derechos humanos a los actores no estatales es materia de debate⁷⁹. Incluso si fueran aplicables, sólo podría exigirse a los actores no estatales cierto comportamiento hacia las personas en una zona que se encuentre bajo su control, puesto que tales actores no tienen jurisdicción sobre un territorio⁸⁰. En la práctica, los soldados de las tropas gubernamentales no hacen compras en supermercados en zonas controladas por los rebeldes. Lo que es más, un Gobierno cuenta con la posibilidad de hacer cumplir la ley y aplicar el derecho penal nacional, por lo cual puede planificar una operación en la cual se optimicen las posibilidades de efectuar detenciones⁸¹. A la inversa, la pregunta de si los grupos armados pueden hacer cumplir las leyes del Gobierno o legislar, a fin de ilegalizar las acciones del Gobierno da lugar a controversia. Exigir a los rebeldes que detengan en vez de dar muerte podría, en algunos aspectos, acentuar la asimetría de los conflictos, puesto que las detenciones efectuadas por rebeldes suelen considerarse tomas de rehenes, y a menudo se exige a los rebeldes que liberen a los miembros de las fuerzas gubernamentales que han capturado.

Por ende, no es disparatado considerar que los grupos armados están obligados únicamente por el derecho humanitario y el derecho nacional (en cuyo marco, todas las muertes causadas por esos grupos son ilícitas), mientras que las fuerzas gubernamentales están obligadas tanto por el derecho humanitario como por el

77 En este sentido, con respecto al homicidio de quienes describe como “civiles que participan directamente en las hostilidades”, v. Comité Público Contra la Tortura, nota 37, *más arriba*, párr. 40. Con respecto al derecho de los derechos humanos, precisamente en situaciones de conflicto armado no internacional, v. TEDH, *Kaya v. Turkey*, Solicitud N.º 22729/93, Sentencia, 19 de febrero de 1998, Informes 1998-I, párrs. 86-91 (donde se discutía si la persona muerta era o no un rebelde armado, y el Tribunal criticó la investigación por no haber aclarado la cuestión); TEDH, *Ergi v. Turkey*, Solicitud N.º 23818/94, Sentencia, 28 de julio de 1998, Informes 1998-IV, p. 1778, párr. 85; TEDH, *Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia*, Solicitudes 57947-57949/00, 24 de febrero de 2005, párrs. 209-213. Philip Alston, Relator Especial de las Naciones Unidas para las Ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, “Informe a la Comisión de Derechos Humanos”, 8 de marzo de 2006, documento de la ONU E/CN.4/2006/53, párrs. 25-26, incluso argumenta que esa obligación existe en el marco del derecho humanitario. Nosotros limitaríamos esa obligación a las posibles infracciones. No es realista exigir que se haga una investigación cada vez que se mata un soldado enemigo en el campo de batalla.

78 Doswald-Beck, nota 28, *más arriba*, p. 890.

79 Para una opinión afirmativa, v. Andrew Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford University Press, Oxford, 2006, y para una posición más escéptica, v. Nigel S. Rodley, “Can armed opposition groups violate human rights standards?”, en Kathleen E. Mahoney y Paul Mahoney (eds.), *Human Rights in the Twenty-First Century*, Nijhoff, La Haya, 1993, p. 297. V. también el párr. 47 del “Informe de la Reunión Consultiva en la que se examinó el proyecto de principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, UN ESCOR, 59º período de sesiones, documento de la ONU E/CN.4/2003/63 (27 de diciembre de 2002).

80 Incluso Clapham, nota 79, *más arriba*, p. 284, considera que las obligaciones en materia de derechos humanos se aplican a ellos sólo “en la medida adecuada para el contexto”.

81 Doswald-Beck, nota 28, *más arriba*, p. 890; Informe UCIHL, nota 33, *más arriba*, p. 35.

derecho de los derechos humanos, con predominio del segundo en algunas situaciones y hasta cierto punto, en calidad de *lex specialis*. El hecho de que los rebeldes no tengan obligaciones en materia de derechos humanos que limiten sus ataques contra las fuerzas de seguridad no significa que el derecho humanitario no ponga límites a esos ataques. Aunque los miembros de las fuerzas policiales no pueden considerarse personas civiles (como en los conflictos armados internacionales), si participan en operaciones de aplicación de la ley destinadas a buscar y detener a rebeldes⁸², los ataques contra unidades policiales que no participan en un conflicto armado no internacional, pero que realizan actividades policiales normales propias de tiempo de paz, infringirían la prohibición de atacar a personas civiles⁸³.

El problema principal respecto de nuestra solución es determinar si es posible utilizarla en conflictos armados reales. Si el comportamiento permisible varía en función de la situación concreta, ¿cómo puede un soldado saber qué normas debe aplicar? Este problema puede resolverse únicamente mediante instrucciones y reglas de enfrentamiento precisas para todas y cada una de las operaciones y salidas de las tropas. Asimismo, sería posible elaborar directrices a nivel internacional, en debates celebrados entre expertos en derecho humanitario, expertos en derechos humanos, profesionales del ámbito de aplicación de la ley y representantes de las fuerzas armadas. Lógicamente, también deberían participar (ex) portadores de armas, sobre todo si las directrices abarcan también la conducción de esos grupos, a fin de garantizar que puedan aplicarse en la práctica.

Fundamentos y procedimientos para el internamiento de miembros de las fuerzas armadas o de grupos armados en conflictos armados no internacionales

Tanto en tiempo de paz como durante conflictos armados, puede haber personas detenidas que esperan juicio o que han sido condenadas por un delito. Para el actor no estatal individual, la participación en un conflicto constituye un delito en el marco de la legislación nacional del Estado afectado por ese conflicto. Una característica más específica de los conflictos armados es que, como medida de seguridad preventiva, los enemigos también pueden ser internados sin que se formulen contra ellos cargos penales. En conflictos armados internacionales, ésta es la esencia del estatuto de prisionero de guerra para los combatientes y del internamiento para las personas civiles.

Sin embargo, la falta de claridad, particularmente con respecto a las garantías judiciales que han de aplicar los actores no estatales en los conflictos armados no internacionales, da lugar a preocupaciones. En esta sección, se abordarán las

82 V. también Informe de la Comisión Nacional de Investigación sobre Darfur presentado al Secretario General de las Naciones Unidas, 25 de enero de 2005, párr. 422, disponible en www.un.org/news/dh/sudan/com_inq_darfur.pdf (consultado el 21 de mayo de 2008). (http://www.un.org/spanish/Depts/dpi/boletin/dynpages/a_14497_dtls.html)

83 Comisión de Derechos Humanos de Nepal, "Minimum immediate steps for CPN-(Maoist) to respect international humanitarian law and human rights principles", en *Annual Report 2004* (capítulo 8, sección 8.3), pp. 99-100.

normas que reglamentan los procedimientos para la aplicación de esta forma particular de la privación de libertad: el internamiento⁸⁴. En el análisis de las dos ramas del derecho y su relación complementaria, se intentará elucidar los fundamentos y los procedimientos para el posible internamiento de un miembro de las fuerzas armadas gubernamentales o un miembro de un grupo armado (en adelante, “participante en las hostilidades”) en relación con un conflicto armado no internacional.

La respuesta tradicional del derecho humanitario aplicable en conflictos armados internacionales

En el derecho humanitario convencional aplicable en los conflictos armados internacionales se disponen normas por las cuales se reglamentan los procedimientos del internamiento. De conformidad con el III Convenio de Ginebra, se permite a la potencia detenedora “internar a los prisioneros de guerra”⁸⁵ y, en virtud del IV Convenio de Ginebra, se permite internar a una persona “si la seguridad de la Potencia en cuyo poder esté lo hace absolutamente necesario”⁸⁶ o “por razones imperiosas”⁸⁷.

Tras establecer los casos en los que puede producirse el internamiento, el derecho humanitario también indica cuándo debe cesar. Algunos prisioneros de guerra deben ser repatriados durante el conflicto armado por razones de salud⁸⁸, y todos deben ser liberados y repatriados, sin tardanza, tras el cese de las hostilidades activas⁸⁹. Toda persona civil “será puesta en libertad por la Potencia detenedora tan pronto como desaparezcan los motivos de su internamiento”⁹⁰. En el caso de personas civiles que no hubieran sido liberadas durante el conflicto armado, en la norma se establece que “el internamiento cesará lo más rápidamente posible después de finalizadas las hostilidades”⁹¹.

En el derecho humanitario convencional aplicable en los conflictos armados internacionales se reconoce que, en el caso de las personas civiles, que, a diferencia de los prisioneros de guerra, no pueden ser automáticamente internadas mientras dure un conflicto armado, el cumplimiento con los fundamentos jurídicos del internamiento exige una evaluación que determine si la persona sigue representando una amenaza a la seguridad y puede seguir internada, o si ha dejado de representar una amenaza y debe ser liberada. En este sentido, en el IV Convenio de Ginebra se establecen procedimientos para revisar el internamiento de personas civiles, sean éstas personas extranjeras en el territorio de una parte en el conflicto, o personas internadas en territorio ocupado; se designa el tipo de órgano de examen (un tribunal o un consejo administrativo), y se prevén procedimientos para presentar recursos y realizar revisiones periódicas⁹². En el Protocolo I se introduce una salvaguardia más

84 En este artículo, los términos “internamiento” y “detención por razones de seguridad” se utilizan en forma indistinta.

85 CG III, art. 21.

86 CG IV, art. 42 (aplicable a extranjeros en el territorio de una Parte).

87 *Ibíd.*, art. 78(1) (en territorio ocupado).

88 CG III, arts. 109-117.

89 *Ibíd.*, arts. s 118-119.

90 CG IV, art. 132 (1). V. también PA I, art. 75 (3).

91 CG IV, art. 133(1).

92 *Ibíd.*, arts. 43 y 78 (2).

en el proceso: la persona internada “será informada sin demora, en un idioma que comprenda, de las razones que han motivado esas medidas”⁹³. Por último, cabe señalar que la detención ilegal constituye una infracción grave del IV Convenio⁹⁴.

La incierta respuesta del derecho humanitario convencional aplicable en conflictos armados no internacionales

Por lo que atañe a los conflictos armados no internacionales, en el derecho humanitario convencional se prescribe el trato debido a las personas privadas de libertad en relación con el conflicto armado y las garantías judiciales aplicables a las personas sometidas a enjuiciamiento por infracciones también relacionadas con ese derecho, pero no se aclaran las razones para internar a una persona ni los procedimientos para hacerlo. Sin embargo, los redactores del Protocolo II reconocieron la posibilidad del internamiento en conflictos armados no internacionales, como lo demuestra la referencia específica al internamiento en sus artículos 5 y 6⁹⁵.

Derecho humanitario consuetudinario

En el derecho humanitario consuetudinario se prohíbe la privación arbitraria de la libertad en los conflictos armados internacionales y no internacionales⁹⁶. Pero ¿cómo debe entenderse esta prohibición en relación con el internamiento en conflictos armados internacionales? En otras palabras, ¿cuáles son sus fundamentos y qué procedimientos se han de cumplir para que ese internamiento no equivalga a una privación arbitraria de la libertad? El comentario no vinculante⁹⁷ en el Estudio del CICR interpreta esta norma remitiéndose significativamente a los derechos humanos. Aplicando los dos criterios del principio de licitud, en el Estudio se establece que el fundamento del internamiento debe ser previamente establecido por la ley y se estipulan dos requisitos procesales: (i) la “obligación de informar a toda persona detenida de los motivos de la detención” y (ii) la obligación de dar la posibilidad a toda persona privada de libertad de impugnar la legalidad de su detención”, esto es, el “procedimiento de *habeas corpus*”⁹⁸.

Normas del derecho de los derechos humanos relativas a la reglamentación procesal de la detención por motivos de seguridad

Las disposiciones del derecho de los derechos humanos en las que se reglamenta la privación de libertad pueden encontrarse en varios tratados. De conformidad con el derecho de los derechos humanos convencional, “nadie podrá ser privado

93 PA I, art. 75(3).

94 CG IV, art. 147. V. también el art. 8(2)(a)(vii) del Estatuto de la Corte Penal Internacional y el art. 2(g) del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia.

95 Protocolo adicional II, artículos 5 y 6(5).

96 Henckaerts y Doswald-Beck, nota 5, *más arriba*, pp. 344-52.

97 Henckaerts y Doswald-Beck, nota 5, *más arriba*, vol. I, reedición 2007 (con correcciones), p. li, citado en Jean-Marie Henckaerts, “Derecho internacional humanitario consuetudinario: respuesta a los comentarios de Estados Unidos”, *International Review of the Red Cross*, N.º 866 (2007), disponible en www.icrc.org.

98 Henckaerts y Doswald-Beck, nota 5, *más arriba*, pp. 348-51.

de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta⁹⁹. En todos los tratados se prohíben los arrestos o detenciones arbitrarios¹⁰⁰, pero únicamente en el Convenio Europeo se indican detalladamente las causas que permiten privar a una persona de su libertad¹⁰¹. El derecho convencional articula dos procedimientos cuya aplicación es obligatoria para privar de libertad lícitamente a una persona contra la que no se presentan cargos penales concretos. En primer lugar, toda persona detenida debe ser informada de inmediato de las razones de su detención¹⁰². En segundo lugar, toda persona privada de libertad “tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal”¹⁰³.

Sin embargo, a diferencia de los cuatro Convenios de Ginebra, ninguno de estos tratados cuenta con ratificación universal; casi todos son instrumentos regionales y, en ciertas circunstancias, se permite suspender las disposiciones relativas a la detención por motivos de seguridad¹⁰⁴. Por ende, sería útil contar con una evaluación de la categoría de los derechos humanos consuetudinarios universalmente aplicables y de las posibilidades de que esas normas sean objeto de suspensión, y en qué medida. Lo mismo se aplica al requisito de la revisión judicial, el denominado recurso de *habeas corpus*, porque aunque muchos, entre otros el Comité de Derechos Humanos, alegan que el propio recurso, o por lo menos, algunos de sus aspectos, no son susceptibles de suspensión, ello no se encuentra estipulado en el derecho de los derechos humanos convencional¹⁰⁵.

99 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), art. 9(1). V. también Comisión Europea de Derechos Humanos, art. 5(1); Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), art. 7; y Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP), art. 6.

100 PIDCP, art. 9(1); Comisión Europea de Derechos Humanos, art. 5; CADH, art. 7(3); y CADHP, art. 6.

101 Comisión Europea de Derechos Humanos, art. 5(1). Los párrafos (b) y (c) del art. 5(1) parecen autorizar la detención por motivos de seguridad, pero no existen casos en los que esas disposiciones se hayan interpretado en ese sentido. V. D. Harris, M. O’Boyle y C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Butterworth, Londres, 1995, pp. 113, 117 (citando al TEDH, *Lawless v. Ireland*, Solicitud N.º 332/57, Sentencia, 1º de julio de 1961, Serie A N.º 3, sección sobre “The law” (El derecho), párrafos 8–15; y TEDH, *Guzzardi v. Italy*, Solicitud N.º 7367/76, Sentencia, 6 de noviembre de 1980, Serie A, N.º 39, párrafos 101–102).

102 PIDCP, art. 9(2); Comisión Europea de Derechos Humanos, art. 5(2); CADH, art. 7(4).

103 PIDCP, art. 9(4); Comisión Europea de Derechos Humanos, art. 5(4); CADH, art. 7(6); y CADHP, art. 7(1)(a).

104 Lógicamente, la suspensión debe limitarse “estrictamente a las exigencias de la situación” (PIDCP, art. 4(1)). V. también Comisión Europea de Derechos Humanos, art. 15(1), y CADH, art. 27(1). La CADHP no contiene disposiciones relativas a la suspensión.

105 Para consultar una lista de referencias relacionadas con la prohibición de suspender el procedimiento de *habeas corpus* en la práctica, v. Henckaerts y Doswald-Beck, nota 5, *más arriba*, pp. 350–1 y las correspondientes notas al pie (incluido el Comentario General 29 del Comité de Derechos Humanos, párr. 16, documento de la ONU CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001)). V. también Doug Cassel, “Pretrial and preventative detention of suspected terrorists: options and constraints under international law”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 98 (3) (2008), pp. 811–52, en p. 829 y nn. 130–132; “Procedural principles and safeguards for internment/administrative detention in armed conflict and other situations of violence”, Anexo 1 de “El derecho internacional humanitario y los desafíos en los conflictos armados contemporáneos” (documento del CICR preparado para la XXX Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, 30IC/07/8.4, en 11), disponible en [http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/30-international-conference-working-documents-121007/\\$FILE/30IC_IHLchallenges_Annex1_Detention_FINAL_ES.pdf](http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/30-international-conference-working-documents-121007/$FILE/30IC_IHLchallenges_Annex1_Detention_FINAL_ES.pdf) (consultado el 29 de mayo de 2008) (publicado inicialmente como Jelena Pejic, “Principios y garantías procesales relativos al internamiento o detención administrativa en conflictos armados y otras situaciones de violencia interna”, *International Review of the Red Cross*, N.º 857 (2005), disponible en www.icrc.org) (en adelante, Directrices del CICR).

Escasos precedentes de los organismos de derechos humanos en materia de conflictos armados

Los organismos de derechos humanos se han abundado acerca del contenido de los derechos humanos en toda su jurisprudencia. Ello no ha sucedido en igual medida en el ámbito del derecho humanitario, dado que los organismos especializados encargados de aplicarlo no son tan numerosos¹⁰⁶. Por ende, resulta tentador recurrir a los derechos humanos cuando se interpreta el derecho humanitario, pero es preciso tener en cuenta que esa jurisprudencia, a menudo, no es vinculante, o no lo es de manera universal. Además, son escasos los precedentes de los organismos de derechos humanos que abordan específicamente ambos aspectos, esto es, la reglamentación de los procedimientos de la detención por motivos de seguridad y en relación con los conflictos armados.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha respaldado la detención por motivos de seguridad realizada por el Estado durante situaciones descritas como “campana(s) terrorista(s)”¹⁰⁷; queda por ver la forma en que el Tribunal evaluaría si las disposiciones adoptadas por el Estado tras la suspensión han sobrepasado o no “la medida estrictamente limitada a las exigencias”¹⁰⁸ de una situación caracterizada como conflicto armado. En relación con la “guerra contra el terrorismo” y la detención en la bahía de Guantánamo, la Sala de Derechos Humanos de Bosnia y Herzegovina determinó que el Estado había infringido el Convenio Europeo “al entregar [a personas] para que las fuerzas estadounidenses las sometieran a detención ilegal”, dado que ni se pidió ni se recibió información sobre las causas de su detención¹⁰⁹.

Los organismos de derechos humanos del sistema interamericano han encarado cuestiones relacionadas con conflictos armados, pero pocos se refieren a la detención por motivos de seguridad. En *Coard c. Estados Unidos*, la Comisión Interamericana determinó que la detención sin revisión, durante un conflicto armado internacional, era “incompatible con los términos de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, entendida con referencia al artículo 78 del Cuarto Convenio de Ginebra”¹¹⁰. Según la Comisión:

“...de acuerdo con los términos del Cuarto Convenio de Ginebra y de la Declaración Americana, [la necesaria revisión de la detención] podría haberse

106 Theodor Meron, “The humanization of humanitarian law”, *American Journal of International Law*, vol. 94 (2000), p. 247. V. también Christine Byron, “A blurring of the boundaries: the application of international humanitarian law by human rights bodies”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 47 (2007), pp. 839–96.

107 TEDH, *Ireland v. United Kingdom*, Solicitud N.º 5310/71, Sentencia, 18 de enero de 1978, [1978] Comisión Europea de Derechos Humanos 5310/71, párr.11. V. también, p. ej., *Lawless v. Ireland*, nota 101, más arriba.

108 Comisión Europea de Derechos Humanos, art. 15.1.

109 Cámara de Derechos Humanos de Bosnia y Herzegovina, *Boudellaa and others v. Bosnia and Herzegovina and the Federation of Bosnia and Herzegovina* (casos CH/02/8679, CH/02/8689, CH/02/8690, CH/02/8691), 13 BHRC 297 (2002), párrafos 233 y 237.

110 CIDH, *Coard et al. v. US*, Caso N.º 10.951, Informe N.º 109/99, 9 BHRC 150 (29 de septiembre de 1999), párr. 57.

logrado mediante el establecimiento de un proceso expedito de revisión judicial o *cuasi-judicial* llevado a cabo por agentes estadounidenses con atribuciones para ordenar la presentación de la persona de que se trataba, y para liberarla en el caso de que la detención hubiera contravenido normas aplicables o fuera injustificada”¹¹¹.

Sin embargo, en dicho caso no hubo debate alguno acerca de las normas aplicables en los conflictos armados no internacionales. En 2002, la Comisión, teniendo en cuenta que Estados Unidos se consideraba “en guerra con una red internacional de terroristas”, como medida cautelar, solicitó “a Estados Unidos que adoptara las medidas urgentes necesarias para que un tribunal competente determinara la situación jurídica de los detenidos de Bahía de Guantánamo”, en lugar de una autoridad política, a fin de garantizar “el otorgamiento a los mismos de mecanismos legales de protección congruentes con su situación”, las cuales en ningún caso podrán ser inferiores a las normas mínimas de los derechos que no pueden suspenderse¹¹².

Aplicación de los derechos humanos como *lex specialis*

En la comparación de las disposiciones convencionales por las que se rige el internamiento, contenidas en ambas ramas del derecho, se observa que los derechos humanos se enuncian en mayor detalle que las escasas normas convencionales de derecho humanitario aplicables en los conflictos armados no internacionales. Sin embargo, no puede decirse lo mismo si se compara, por lo que respecta a los civiles, el derecho de los derechos humanos con el derecho humanitario aplicable en los conflictos armados internacionales¹¹³. Por ejemplo, en el derecho humanitario se garantiza explícitamente, por lo que atañe a los internados civiles, el derecho a recurrir a los procedimientos de apelación y un plazo para la revisión periódica, en caso de que no sean liberados; en el derecho de los derechos humanos convencional, eso no se especifica por lo que respecta a la detención por motivos de seguridad. Además, las disposiciones pertinentes de los derechos humanos son susceptibles de suspensión, al menos en el marco de los términos formales de los tratados; estas disposiciones del derecho humanitario no son susceptibles de suspensión, al menos en territorios ocupados¹¹⁴. Sin embargo, en el derecho de los derechos humanos se estipula que el organismo que revisa la privación de libertad debe ser de carácter judicial, mientras que en el derecho humanitario se dispone la intervención de un

111 *Ibid.*, párr. 58.

112 CIDH, Detenidos en la Bahía de Guantánamo, Cuba, Solicitud de Medidas Cautelares (13 de marzo de 2002).

113 Droege, nota 68, más arriba, p. 350.

114 En el art. 5(2) del CG IV se dispone que se puede aplicar la suspensión, en territorios ocupados, de los derechos de comunicación de una persona “porque se sospecha fundadamente que se dedica a actividades perjudiciales para la seguridad de la Potencia ocupante”, mientras que en el párrafo 1 de ese artículo, se dispone que se pueden suspender los “derechos y privilegios” de todo civil enemigo en el propio territorio de una parte en el conflicto si la persona “resulta fundadamente sospechosa de dedicarse a actividades perjudiciales para la seguridad del Estado”.

tribunal o de un consejo administrativo en el caso de civiles, pero no se establece revisión alguna para los prisioneros de guerra, salvo por lo que respecta a la determinación del estatuto de prisionero de guerra¹¹⁵.

Dado que el derecho humanitario aplicable a los conflictos armados no internacionales no contiene normas relativas a los procedimientos de internamiento, parece obvio que, de conformidad con el principio de *lex specialis* como una máxima de la lógica, la rama que debe llenar este vacío es el derecho de los derechos humanos. En el Estudio del CICR parece adoptarse este enfoque, cuando se interpreta la norma del derecho humanitario por el que se prohíbe la privación arbitraria de libertad desde el punto de vista de los derechos humanos¹¹⁶. A diferencia de las personas que son objeto de ataque, las personas internadas están siempre bajo el control de los detenedores; este aspecto refuerza el enfoque basado en los derechos humanos. En esta aplicación formalista del principio de *lex specialis*, la única excepción en la cual prevalecería el derecho humanitario sería aquella en que las partes en un conflicto armado no internacional convienen en ello¹¹⁷ o cuando el Gobierno concede, de manera unilateral, el estatuto de prisionero de guerra a los combatientes capturados. Pese al interés que suscita este enfoque formal basado en la *lex specialis*, no está exento de dificultades.

Dificultades que plantea la aplicación de los derechos humanos

El requisito dimanante de los derechos humanos, según el cual el internamiento debe estar sujeto a revisión judicial (si no se suspende esta exigencia o no puede suspenderse porque, desde el punto de vista del derecho consuetudinario, se considera que su suspensión está prohibida) demuestra alguna de esas dificultades. Por ejemplo: ¿es realista esperar que los Estados y los actores no estatales, que posiblemente internen a miles de personas, provean sin tardanza un proceso judicial para cada internado durante un conflicto armado? Si no lo es, entonces esa obligación representa un grave obstáculo a la conducción efectiva de la guerra y podría, por ende, disminuir el cumplimiento con las normas a largo plazo y dar lugar, por ejemplo, a ejecuciones sumarias, disimuladas como muertes en el campo de batalla.

Otra preocupación se deriva de las diferencias entre los actores estatales y no estatales, cuyas obligaciones son iguales en el marco del derecho humanitario, pero no en el ámbito de los derechos humanos. Incluso si se resolviera la cuestión de si los actores no estatales están obligados por los derechos humanos, ¿cómo hace el actor no estatal para cumplir con la obligación de la revisión judicial? La cuestión de si un actor no estatal puede establecer un tribunal sigue siendo controvertida¹¹⁸. Dan lugar a la misma preocupación los requisitos de que, para aplicar medidas de internamiento, se ha de contar con fundamentos jurídicos y procedimientos establecidos en el derecho. En tanto que el derecho de los derechos humanos contiene

115 CG III, art. 5.

116 V. Henckaerts and Doswald-Beck, nota 5, más arriba, pp. 344–52.

117 En el art. 3(3) común a los Convenios de Ginebra I a IV se recomienda seguir este curso de acción

118 Jonathan Somer, “La justicia de la selva: dictar condena sobre la igualdad de los beligerantes en los conflictos armados no internacionales”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N.º 867 (2007), pp. 655–90. Puede consultarse en <http://www.gva.icrc.priv/web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/7ncn43?opendocument>.

al menos dos prescripciones en materia de procedimiento, ni esta rama del derecho ni el derecho humanitario aplicable en los conflictos armados no internacionales contienen fundamentos jurídicos específicos para el internamiento. Un Estado puede incorporar esos fundamentos en su derecho interno, pero, ¿cómo podría el actor no estatal establecer dichos fundamentos jurídicos?

Incluso si se considera que el derecho de los derechos humanos es vinculante para algunos actores no estatales (esto es, los que son “capaces de cumplir las condiciones para ejercer esos derechos”¹¹⁹), es posible que las dificultades no queden del todo resueltas; lo que es más, pueden surgir otras. Por ejemplo: ¿puede un actor no estatal suspender normas relativas a los derechos humanos? ¿qué norma habría que aplicar para determinar cuál actor estatal está habilitado a hacerlo y cuál no? Y este enfoque ciertamente no resolvería las dificultades restantes relacionadas con los actores no estatales que no “reúnen todas las condiciones”.

La aplicación de los derechos humanos parece excluir la posibilidad de que una parte en un conflicto armado (el actor no estatal) efectúe internamientos lícitos. Las partes en un conflicto armado internan a personas, impidiendo que sigan llevando armas, para obtener una ventaja militar. Si el actor no estatal no puede aplicar el internamiento lícitamente, no le queda otra opción que liberar a los portadores de armas enemigos capturados, teniendo en cuenta que la denegación de cuartel constituye una violación grave del derecho humanitario¹²⁰. Sin embargo, si las normas aplicables en los conflictos armados impiden luchar de manera eficiente, no serán respetadas, lo cual socavará la protección prevista por el derecho¹²¹.

¿Aplicar el derecho humanitario de los conflictos armados internacionales por analogía?

Teniendo en cuenta las complicaciones que trae consigo la aplicación de los derechos humanos, tal vez la solución correcta, respecto de los conflictos armados no internacionales, consiste en aplicar, por analogía¹²², el derecho humanitario de los conflictos armados internacionales. En el derecho humanitario aplicable en los conflictos armados no internacionales, se indica que en esos conflictos hay internamiento, pero no hay indicación alguna acerca de su reglamentación. Esa reglamentación es necesaria para que el internamiento pueda tener lugar en la práctica. Si bien las disposiciones que reglamentan el internamiento en los conflictos armados internacionales se establecen de conformidad con las categorías de las personas protegidas, “no hay una diferencia fundamental entre los regímenes aplicables en las dos situaciones que prohíba la aplicación de esas mismas disposiciones”, siempre

119 *Ibíd.*, p. 687.

120 Art. 8(2)(e)(x) del Estatuto de la Corte Penal Internacional. V. también Henckaerts y Doswald-Beck, nota 5, *más arriba*, p. 161.

121 Daniel O'Donnell, “International treaties against terrorism and the use of terrorism during armed conflict and by armed forces”, *International Review of the Red Cross*, N.º 864 (2006) (donde se presenta un razonamiento similar en relación con las propuestas de excluir de los actos prohibidos en el proyecto de convenio amplio contra el terrorismo aquellos actos que son lícitos de conformidad con el DIH). Disponible en inglés, en www.icrc.org.

122 V. Directrices del CICR, nota 105, *más arriba*, p. 377.

que las normas se apliquen de conformidad con la función de la persona, no con su categoría¹²³. Además, esa analogía jurídica es coherente con la gradual erosión que se viene observando en la distinción entre el derecho aplicable en los conflictos armados internacionales y en los no internacionales.

Aplicado por analogía, en el derecho humanitario de los conflictos armados internacionales se dispone el internamiento y la aplicación de procedimientos de revisión. Deja abierta la opción de que la revisión del internamiento sea realizada por un consejo administrativo o un tribunal. Habida cuenta de los criterios de organización que un actor no estatal debe satisfacer para que se lo considere parte en un conflicto armado¹²⁴, cualquier actor no estatal debería tener la capacidad de cumplir esas obligaciones, sobre todo porque puede optar por un procedimiento de revisión administrativo en lugar de judicial.

El derecho humanitario de los conflictos armados internacionales se aplica si “el gobierno del Estado afectado [por el conflicto armado no internacional] reivindica para sí los derechos de un beligerante”¹²⁵. Mientras que “el reconocimiento de la beligerancia ha caído en desuso como concepto jurídico”¹²⁶, la aplicación por analogía aparentemente sigue teniendo sentido; lo que es más, en el artículo 3 común se insta a las partes en los conflictos armados no internacionales a convenir en esa aplicación. En efecto, en el Estudio del CICR se indica, para esos conflictos, la aplicación por analogía de las normas del IV Convenio de Ginebra a las personas civiles, y las del III Convenio de Ginebra a las personas designadas como “combatientes”¹²⁷. Esa distinción entre “combatientes” y civiles en un conflicto armado no internacional también sería coherente con los actuales debates entre los expertos acerca del uso del “enfoque de la participación en calidad de miembro” para interpretar la “participación directa en las hostilidades” en relación con tal conflicto¹²⁸. Dado que la aplicación análoga no confiere ningún estatuto, seguiría sin aplicarse, por ejemplo, la inmunidad del combatiente. Aunque en ellos se prevé el internamiento, los Convenios de Ginebra, no impedirían, por ende, la represión de actos prohibidos por el derecho interno. La aplicación por analogía del III Convenio respecto de miembros de las fuerzas y grupos armados, como se sugiere en el Estudio del CICR, tampoco les daría derecho a beneficiarse de un procedimiento de revisión; esa norma de procedimiento sólo puede hallarse en el IV Convenio.

En la aplicación por analogía del derecho de los conflictos armados internacionales ¿se tiene en cuenta, en suficiente medida, la distinción fundamental entre ese derecho y el derecho de los conflictos armados no internacionales, en el sentido de que las normas aplicables a los conflictos armados internacionales generalmente¹²⁹ se aplican únicamente a categorías de personas protegidas, como

123 Sassòli y Bouvier, nota 47, *más arriba*, p. 258: “El derecho de los conflictos armados no internacionales no protege a las personas según su estatuto sino según las actividades que efectivamente realizan”.

124 V. p. ej., la decisión del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia (TPIY) en *Prosecutor v. Ramush Haradinaj, Idriz Balaj and Lahi Brahimaj*, Sentencia, 3 de abril de 2008, caso N.º IT-04-84-T, párrafos 60 y 89.

125 Henckaerts y Doswald-Beck, nota 5, *más arriba*, p. 352.

126 Lindsay Moir, *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, p. 41.

127 Henckaerts y Doswald-Beck, nota 5, *más arriba*, p. 352.

128 V. notas 36-39, *más arriba*, y, en particular, el Informe DPH 2005, nota 31, *más arriba*, p. 43.

129 Excepto, p. ej., el art. 75 del P.A. I.

prisioneros de guerra o civiles enemigos, y que esas categorías no existen en los conflictos armados no internacionales? Incluso si la distinción en los conflictos armados no internacionales podría hacerse sobre la base de la función y no del estatus, ¿en qué criterio debe basarse la evaluación de un civil o de un “combatiente”? ¿Deben los “combatientes” evaluarse con los criterios estipulados en el artículo 4 del III Convenio o en el artículo 44 del Protocolo adicional I, o de conformidad con el “enfoque de la participación en calidad de miembro”?¹³⁰ En los conflictos armados no internacionales, ¿deben instituirse tribunales del tipo descrito en el artículo 5¹³¹ para que determinen sobre el particular?

¿Aplicar el IV Convenio en vez del III Convenio?

Si el III Convenio de Ginebra se aplica por analogía, puede detenerse a un participante en las hostilidades sin realizar una determinación individual durante todo el conflicto¹³². Sin embargo, como ya se ha visto, es mucho más difícil determinar quién es verdaderamente un portador de armas en los conflictos no internacionales que en los internacionales. Esa determinación debe, por ende, realizarse en forma individual. Es también mucho más difícil determinar el fin efectivo de las hostilidades en un conflicto armado no internacional que en un conflicto armado internacional entre Estados, en el que éstos pueden concertar un alto el fuego o firmar una rendición. Todos estos factores pueden utilizarse en apoyo de la aplicación, si es que la hay, del derecho de los conflictos armados internacionales en los conflictos armados no internacionales por analogía con el IV Convenio solamente, ya que en los conflictos armados no internacionales no hay combatientes y, por ende, tampoco existe el estatuto concomitante de prisionero de guerra. La analogía con el IV Convenio podría basarse en una determinación de qué constituye *lex specialis*, de conformidad con los propósitos sistémicos generales del orden jurídico internacional. En los conflictos armados no internacionales, esa medida evitaría el internamiento de las personas sin revisión durante todo el conflicto.

¿Aplicar en paralelo ambas ramas del derecho?

¿Es lícito realizar una analogía con el derecho humanitario aplicable en los conflictos armados internacionales, si el hecho de hacerlo conlleva el desplazamiento de las normas de derechos humanos específicas y, por ende, la omisión directa de la máxima de *lex specialis* formal? Teniendo en cuenta la existencia de normas de derechos humanos referidas a la detención por motivos de seguridad, la analogía sobre

130 Informe DPH 2005, nota 31, *más arriba*, pp. 41-58.

131 CG III, art. 5.

132 Para un punto de vista que rechaza esa analogía, v. Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, “Situación de los detenidos en la bahía de Guantánamo”, informe de la Presidenta-Relatora del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Leila Zerrougui; del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Leandro Despouy; del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, Manfred Nowak; de la Relatora Especial sobre la libertad de religión o de creencias, Asma Jahangir; y del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Paul Hunt, documento de la ONU E/CN.4/2006/120 (27 de febrero de 2006), párr. 24.

esta cuestión puede diferir de las analogías hechas, por ejemplo, con la definición de “objetivos militares”, término que se utiliza exclusivamente en el ámbito del derecho humanitario. Además, es posible que la analogía con el derecho humanitario de los conflictos armados internacionales no ayude a evitar las dificultades que plantean los derechos humanos, ya que éstos podrían seguir siendo aplicables. Por ejemplo, si los procedimientos del derecho humanitario aplicables en los conflictos armados internacionales que reglamentan el internamiento de personas civiles son inadecuados, posiblemente haya que recurrir a los derechos humanos para colmar ese vacío¹³³.

Considerar la forma en que los derechos humanos complementan el derecho humanitario puede ayudar a solucionar algunas de las dificultades que entraña la aplicación de los derechos humanos en los conflictos armados no internacionales, particularmente respecto de los actores no estatales.

Si no se utiliza el DIDH para *interpretar* una norma del DIH, sino que el DIDH se aplica en paralelo con el DIH, éste se aplicaría respecto de las partes en el conflicto, de los actores estatales y no estatales, y el DIDH seguiría aplicándose respecto de los actores estatales, según la concepción tradicional que le dio origen. De este modo, se evita la problemática aplicación respecto de los actores no estatales y, sin embargo, se impone a los Estados el mandato de seguir cumpliendo con sus obligaciones jurídicas internacionales. Podría alegarse que esta posición es injusta, ya que, en un conflicto armado no internacional, los Estados tendrían que atenerse a más obligaciones que los actores no estatales. Esto es verdad en el ámbito del derecho internacional, donde los Estados son, tradicionalmente, los actores legítimos, pero sólo sería verdad con respecto a las normas que los Estados se han obligado a cumplir. Por otra parte, cabe recordar que los actores no estatales están vinculados por el derecho interno¹³⁴.

Este enfoque es coherente con el entendimiento de que ambas ramas del derecho son complementarias, se aplica a través de la máxima de *lex specialis*, y respeta la máxima de *lex posterior*, dado que la mayoría de las normas de derechos humanos se desarrollaron con posterioridad a las principales disposiciones del derecho humanitario que se examinan en este artículo. Por lo demás, la preocupación de que nazcan obligaciones impracticables, como la pronta revisión judicial del internamiento en todos los casos, no es significativa, ya que en los tratados de derechos humanos se disponen cláusulas de suspensión que ofrecen a los Estados una “salida” reglamentada en tales situaciones.

Sin embargo, el recurso exclusivo a las normas de derechos humanos para compensar la falta de procedimientos reglamentados sobre el internamiento en los conflictos armados no internacionales constituye una solución mínima, puesto que, a menos que esas normas se completen con el derecho consuetudinario¹³⁵, aclaran las obligaciones del Estado únicamente si éste es parte en el respectivo tratado de

133 Directrices del CICR, nota 105, *más arriba*, pp. 377-378.

134 Olson, nota 6, *más arriba* (cita omitida).

135 Puesto que la privación arbitraria de la libertad es una norma del derecho internacional humanitario consuetudinario aplicable durante los conflictos armados (Henckaerts y Doswald-Beck, nota 5, *más arriba*, p. 344), parece lógico que también sea una norma consuetudinaria en situaciones de tiempo de paz menos rigurosas; sin embargo, es posible que persistan los desacuerdos en cuanto al contenido de la norma.

derechos humanos; por otra parte, cabe la posibilidad de que se introduzcan suspensiones que tengan por efecto limitar el cumplimiento de dichas normas. Además (pero, en el presente artículo no se aborda esta cuestión), existen controversias con respecto a la medida de la aplicabilidad extraterritorial de los derechos humanos, lo cual debilita la solución basada en la aplicación del derecho de los derechos humanos en los conflictos armados no internacionales en el extranjero. Se desprende de ello que el derecho de los derechos humanos posiblemente no reglamente el internamiento por el Estado. Los actores no estatales afrontarán dificultades conceptuales para cumplir con estas normas, si es que están obligados a hacerlo.

Por ende, la solución tal vez no sea optar entre aplicar los derechos humanos o establecer una analogía con el derecho humanitario de los conflictos armados internacionales, sino en armonizar apropiadamente ambos enfoques. La reconocida relación entre estas ramas del derecho, sus respectivos objetivos, así como las diferencias entre los Estados y los actores no estatales, son factores que pueden imponer la aplicación práctica de este enfoque complementario.

La aplicación de las normas del derecho humanitario de los conflictos armados internacionales en los conflictos armados no internacionales ofrece unos procedimientos de internamiento que son vinculantes tanto para el Estado como para los actores no estatales e imponen limitaciones a los criterios aplicados para imponer el internamiento. Esas obligaciones se aplican por igual a todas las partes en el conflicto. Esa aplicación no excluye la correspondiente aplicación paralela de los derechos humanos. Por ende, si es preciso aplicar el derecho de los derechos humanos para contar con más detalles acerca de la reglamentación del internamiento de civiles, por ejemplo¹³⁶, en consonancia con la máxima de *lex specialis*, puede recurrirse a los derechos humanos para aclarar las obligaciones del Estado, particularmente en lo tocante a la revisión judicial. Si bien es posible que se suspendan normas de los derechos humanos, la aplicación por analogía del derecho humanitario de los conflictos armados internacionales (que no admite suspensión alguna¹³⁷) establecería un nivel básico por debajo del cual no podrían haber suspensiones de los derechos humanos, puesto que las disposiciones del derecho humanitario ya se aplican en las situaciones más amenazantes para un país. Este enfoque complementario garantizaría la protección de los procedimientos para los actores no estatales internados, y aclararía significativamente las obligaciones de los actores no estatales, lo cual, a su vez, garantizaría la protección de los procedimientos para los miembros de las fuerzas armadas estatales capturados en conflictos armados no internacionales. Pero, el carácter práctico de este enfoque no lo hace jurídicamente vinculante, y las preocupaciones descritas en los párrafos anteriores persisten, sobre todo con respecto a la conveniencia de establecer una analogía con el derecho humanitario de los conflictos armados internacionales y, en el ámbito de éste, con el IV Convenio en lugar del III Convenio.

En resumen, desafortunadamente no existe una solución ideal y directa. Si bien la aplicación del derecho de los derechos humanos es más satisfactoria en

136 Directrices del CICR, nota 105, *más arriba*, p. 377.

137 Salvo en el marco del art. 5 del CG IV (v. nota 114).

el marco del principio formal de *lex specialis*, no es una opción realista, particularmente para los grupos armados no estatales. Por otra parte, el contenido de las normas de derechos humanos aplicables da lugar a controversias. Aplicar por analogía la reglamentación prevista para las personas civiles por el derecho humanitario de los conflictos armados internacionales puede, por ende, mostrar mayor correspondencia con las finalidades sistémicas generales de ambas ramas del derecho. En la práctica, la única diferencia entre estos enfoques es que, para el enfoque basado en el derecho humanitario, es satisfactoria una revisión administrativa, mientras que en el enfoque basado en los derechos humanos, se exige una revisión judicial. Ahora mismo, la mayoría de las personas detenidas en relación con un conflicto armado no internacional agradecería cualquier oportunidad de que su internamiento fuera objeto de una revisión independiente e imparcial. Sería útil, sobre todo para los profesionales, establecer directrices para evaluar la relación entre el derecho humanitario y el derecho de los derechos humanos en una situación determinada. Esas directrices ayudarían a garantizar la adopción de soluciones coherentes que no comprometan los objetivos y las finalidades específicos de ambas ramas del derecho¹³⁸.

Conclusión

El resultado de la aplicación formal del principio de *lex specialis* no es enteramente satisfactorio con respecto a ninguna de las dos cuestiones examinadas en el presente artículo. La escala móvil para la respectiva aplicación del derecho de los derechos humanos y del derecho humanitario por lo que atañe a los ataques realizados contra los combatientes en conflictos no armados no internacionales genera una gran incertidumbre en situaciones límite y establece diferentes obligaciones para el Gobierno y para los rebeldes. Dar a los portadores de armas capturados el beneficio del procedimiento de *habeas corpus* definido por el derecho de los derechos humanos puede no ser realista y hasta contraproducente en muchos conflictos, y plantea serios problemas conceptuales, cuando su aplicación se exige a los grupos armados. Si bien estas limitaciones deben ser aceptadas por lo que respecta al uso de la fuerza y deben asimismo mitigarse mediante instrucciones y directrices, es posible superarlas respecto de la reglamentación de los procedimientos aplicables al internamiento, aplicando por analogía el régimen previsto en el derecho humanitario de los conflictos armados internacionales para las personas civiles. En ambos casos, se aplica como mínimo el derecho humanitario, siempre que, por alguna razón, no proceda aplicar los derechos humanos.

138 Olson, nota 6, *más arriba*.