

¿Afinidades electivas? Los derechos humanos y el derecho humanitario

Cordula Droege*

La doctora Cordula Droege es asesora jurídica en la División Jurídica del Comité Internacional de la Cruz Roja.

En general, la interacción entre el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos se caracteriza por la complementariedad y la influencia mutua. Pero, en algunos casos, cuando hay una contradicción entre ambos ordenamientos jurídicos, tiene primacía la norma más específica (lex specialis). La autora analiza en qué situaciones cada uno de esos derechos es más específico y examina los procedimientos correspondientes, en particular las normas que rigen las investigaciones de presuntas violaciones, el acceso a la justicia de las presuntas víctimas y las reparaciones en caso de infracciones.

Tradicionalmente, el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH)¹ y el derecho internacional humanitario (DIH)² son dos ordenamientos jurídicos distintos, con ámbitos y orígenes distintos, que durante mucho tiempo evolucionaron sin influirse mutuamente demasiado. Pero esto ha cambiado. Un breve recorrido por los desarrollos históricos y los casos recientes muestra que,

* Las opiniones expresadas en este artículo corresponden a la autora y no necesariamente reflejan las del CICR. Algunos fragmentos de este artículo fueron tomados de "The Interplay between International Humanitarian Law and International Human Rights Law in Situations of Armed Conflict", *Israel Law Review*, vol. 40 (2007), pp. 310-355.

1 En las páginas que siguen, utilizaremos de modo indistinto las expresiones "derecho internacional de los derechos humanos", "derecho de los derechos humanos" y "derechos humanos".

2 En las páginas que siguen, utilizaremos de modo indistinto las expresiones "derecho internacional humanitario", "derecho humanitario" y "derecho de los conflictos armados".

más allá de la interpretación de los Gobiernos en 1864, 1907 o 1949, hoy en día no cabe duda de que el derecho de los derechos humanos complementa el derecho internacional humanitario en situaciones de conflicto armado. En la jurisprudencia internacional, desde el informe de la Comisión Europea de Derechos Humanos sobre el norte de Chipre tras la invasión turca³ hasta la jurisprudencia posterior, tanto nacional como internacional, sobre los territorios palestinos, Irak, la República Democrática del Congo o Chechenia, puede corroborarse claramente la aplicabilidad de los derechos humanos a las situaciones de conflicto armado.

En resumen, ambos regímenes se superponen, pero como no fueron concebidos originalmente para ello, debemos preguntarnos de qué modo pueden converger y armonizarse. Tal como expresa M. Bothe,

“Algunos acontecimientos, oportunidades, ideas son factores clave para el desarrollo del derecho internacional. Ello explica la fragmentación del derecho internacional en numerosos regímenes convencionales conexos, establecidos en ocasiones particulares para abordar problemas específicos suscitados por determinados acontecimientos. Pero, como todo depende de todo, esos regímenes se superponen. Por ello, las normas no son necesariamente coherentes unas con otras, pero sí pueden reforzarse unas a otras. De allí que se plantee la cuestión de si los diversos regímenes están en relación de conflicto, tensión o sinergia.”⁴

Aún sigue siendo objeto de debate la *manera* en que los derechos humanos y el derecho humanitario pueden aplicarse de manera coherente en situaciones de conflicto armado. En los últimos años, la jurisprudencia ha cambiado considerablemente el panorama y, en cierta medida, el derecho evoluciona en forma permanente. Es de esperar que, con el tiempo, la jurisprudencia sobre casos concretos ofrezca más claridad. Por ahora puede decirse que algunos temas se están volviendo cada vez menos dudosos y que, en otros ámbitos, están surgiendo algunas tendencias que todavía no se han consolidado.

En este artículo, procuraremos esbozar algunos parámetros que pueden incidir en la relación entre los derechos humanos y el derecho humanitario en una situación dada. Dos conceptos principales deberían regir esa relación: la complementariedad y la influencia mutua de las normas respectivas en la mayoría de los casos y, en algunos casos, la preponderancia de la norma más específica (*lex specialis*) cuando existe una contradicción entre ambos ordenamientos jurídicos. La pregunta que debe formularse entonces es: ¿en qué situaciones es más específico cada uno de esos derechos?

3 V., por ejemplo, Informe de la Comisión Europea de Derechos Humanos, *Cyprus v. Turkey*, Solicitud N° 6780/74 y 6950/75, Comisión Europea de Derechos Humanos, Decisions and Reports (en adelante, DR) 125; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Cyprus v. Turkey*, fallo del 10 de mayo de 2001, Reports of Judgments and Decisions en adelante, Reports, 2001-IV.

4 Michael Bothe, “The historical evolution of international humanitarian law, international human rights law, refugee law and international criminal law”, en Horst Fischer, Ulrike Froissart, Wolff Heintschel von Heinegg y Christian Raap (eds.), *Crisis Management And Humanitarian Protection*, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlín, 2004, p. 37.

Por último, consideraremos la cuestión de los procedimientos, ya que es allí donde posiblemente la relación entre el derecho de los derechos humanos y el derecho humanitario tenga sus mayores efectos prácticos: ¿qué reglas rigen las investigaciones de presuntas violaciones, el acceso de las presuntas víctimas a los tribunales y las reparaciones por infracciones?

Superposición del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario en situaciones de conflicto armado

Desarrollo convergente del derecho de los derechos humanos y el derecho humanitario

Más allá del ideal humanista que comparten, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario tienen poco en común en cuanto a sus orígenes. Los fundamentos teóricos y las motivaciones de ambos cuerpos jurídicos son diferentes.

El fundamento de los derechos humanos modernos es hallar la justa relación entre el Estado y sus ciudadanos, limitar el poder del Estado respecto de los individuos⁵. Para empezar, los derechos humanos fueron un asunto de derecho constitucional, un asunto interno entre el Gobierno y sus ciudadanos. La regulación internacional habría sido percibida como una interferencia en el ámbito exclusivo del Estado. Salvo por lo que respecta a la protección de las minorías después de la Primera Guerra Mundial, los derechos humanos fueron una cuestión de los derechos nacionales hasta después de la Segunda Guerra Mundial. Luego pasaron a formar parte del derecho internacional, con la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948.

El derecho internacional humanitario, por su parte, se basó, ante todo, en las expectativas recíprocas de dos partes en guerra y en la noción de una conducta de bien y civilizada⁶. No surgió de una lucha de individuos que reclamaban sus derechos, sino de un principio de caridad, “*inter arma caritas*”⁷. La motivación principal fue un principio de humanidad, no un principio de derechos, y su desarrollo jurídico fue posible gracias a la idea de reciprocidad entre Estados en lo relativo al trato debido a las tropas del adversario⁸. Las consideraciones en torno a la estra-

5 V. una breve reseña en Louise Doswald-Beck y Sylvain Vité, “El derecho internacional humanitario y el derecho de los derechos humanos”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, marzo-abril de 1993, p. 99 y ss.

6 V., por ejemplo, el Código de Lieber, United States War Department, Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field, General Orders N° 100, 24 de abril de 1863, reimpresso en Dietrich Schindler y Jiri Toman (eds.), *The Laws of Armed Conflicts*, tercera edición (1988).

7 Expresión utilizada por primera vez como lema en la portada de “Mémorial des vingt-cinq premières années de la Croix-Rouge, 1863–1888”, publicado por el Comité Internacional de la Cruz Roja con ocasión del 25º aniversario de la fundación del Comité; la frase fue adoptada por el Comité el 18 de septiembre de 1888 por sugerencia de Gustave Moynier. Es el lema actual del Comité Internacional de la Cruz Roja; v. Estatutos del Comité Internacional de la Cruz Roja, 1973, art. 3(2).

8 V. Convenio de Ginebra (I) para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, 12 de agosto de 1949, 75 UNTS 31 (en adelante, I Convenio de Ginebra); Theodor Meron “On the inadequate reach of humanitarian and human rights law and the need for a new instrument”, *American Journal of International Law*, vol. 77 (1983), p. 592.

tegia militar y la reciprocidad siempre han sido un aspecto central de su desarrollo⁹. Mientras que los derechos humanos eran un asunto interno de los Estados, el derecho internacional humanitario, por su propia naturaleza, se originó en las relaciones entre Estados, en el derecho internacional (aun cuando algunos de sus antecedentes, como el Código de Lieber, se elaboraron para guerras civiles).

Tras la Segunda Guerra Mundial, la protección de los civiles en virtud de los cuatro Convenios de Ginebra, si bien estaba destinada, en gran medida, a los civiles del adversario o de terceras partes, añadió una dimensión al derecho humanitario que lo acercó mucho a la idea del derecho de los derechos humanos, sobre todo con respecto a los civiles detenidos. El derecho humanitario comenzó a aplicarse al ámbito tradicional del derecho de los derechos humanos, es decir la relación del Estado con sus ciudadanos. La codificación del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra también acercó ambos ordenamientos jurídicos, en la medida en que se refiere al trato debido por un Estado a sus nacionales. Pero, si bien la Declaración Universal de Derechos Humanos se adoptó en 1948, apenas un año antes de la codificación de los Convenios de Ginebra, la historia de los proyectos de ambos textos muestra que la Declaración y los Convenios de Ginebra no se inspiraron mutuamente. A pesar de que las declaraciones políticas en general hicieron alusión al ideal común de ambos ordenamientos jurídicos, no se interpretó que habría una superposición de los ámbitos de aplicación. Probablemente no se supuso en aquel entonces que los derechos humanos se aplicarían a situaciones de conflicto armado, al menos no a las situaciones de conflicto armado internacional¹⁰. Sin embargo hay claras reminiscencias de la guerra recientemente terminada en los debates sobre la Declaración Universal. Probablemente sea acertado decir que “para cada uno de los derechos, [los delegados] volvieron a la experiencia de la guerra como base epistémica para elaborar el derecho de que se trataba en particular”¹¹. Muchos de los peores abusos analizados por los delegados se cometieron en territorios ocupados. De todos modos, la Declaración Universal se elaboró para tiempos de paz, dado que la paz era lo que las Naciones Unidas intentaban lograr.

Habida cuenta de que los cuatro Convenios de Ginebra se elaboraron con bastante premura a finales de los años 1940, quedaba espacio para desarrollarlos y mejorarlos, sobre todo en lo relativo a situaciones de conflicto armado no internacional. Pero el desarrollo del derecho humanitario llegó a un punto muerto en la XIX Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja que tuvo lugar en Nueva Delhi en 1957. Pese a que la Conferencia adoptó el “Proyecto de normas para limitar los peligros que corre la población civil en tiempo de guerra”¹² elaborado por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), no se dio seguimiento a la iniciativa.

9 Theodor Meron, “The humanization of humanitarian law”, *American Journal of International Law*, vol. 94 (2000), p. 243.

10 Robert Kolb, “Relaciones entre el derecho internacional humanitario y los derechos humanos”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 147, septiembre de 1998, disponible en www.cicr.org/spa/revista.

11 Johannes Morsink, “World War Two and the Universal Declaration”, *Human Rights Quarterly*, vol. 15, 1993, p. 358.

12 Reimpreso en Dietrich Schindler y Jiri Toman (eds.), *Droit des Conflits Armés*, 1996, p. 251.

Por otro lado, en las Naciones Unidas, los Estados lentamente comenzaron a subrayar la importancia de los derechos humanos en los conflictos armados. Ya en 1953, la Asamblea General mencionó los derechos humanos en relación con el conflicto coreano¹³. Tras la invasión de Hungría por las tropas soviéticas en 1956, el Consejo de Seguridad de la ONU instó a la Unión Soviética y a las autoridades de Hungría a “que respeten...el goce por parte del pueblo húngaro de los derechos humanos y las libertades fundamentales”¹⁴. La situación en Oriente Medio, en particular, impulsó el debate sobre los derechos humanos en situaciones de conflicto armado.

En 1967, el Consejo de Seguridad, con respecto a los territorios ocupados por Israel después de la guerra de los seis días, dio a conocer abiertamente su consideración de que “los derechos humanos esenciales e inalienables deben respetarse incluso durante las vicisitudes de la guerra”¹⁵. Un año más tarde, la Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Teherán marcó un paso decisivo por el cual la ONU aceptó, en principio, la aplicación de los derechos humanos en los conflictos armados. La primera resolución de la Conferencia Internacional, titulada “Respeto y aplicación de los derechos humanos en los territorios ocupados”, instó a Israel a aplicar tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Convenios de Ginebra en los territorios palestinos ocupados¹⁶. Luego se adoptó la resolución titulada “Respeto de los derechos humanos en los conflictos armados”, que afirmó que “incluso durante los períodos de conflictos armado deben prevalecer los principios humanitarios”. Fue reafirmada por la Resolución 2444 de la Asamblea General del 19 de diciembre de 1968 con el mismo título, en la que se solicita al secretario general que elabore un informe sobre las medidas que deben adoptarse para la protección de todas las personas en tiempo de conflicto armado. Sus dos informes concluyeron que los instrumentos de derechos humanos, especialmente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), que no había entrado en vigor por entonces, conferirían una protección más amplia a las personas en tiempo de conflicto armado que los Convenios de Ginebra solos¹⁷. El secretario general mencionó incluso el sistema de información por los Estados previsto en el Pacto, que todavía no estaba en vigor, ya que consideró que “podía ser de ayuda en relación con períodos de conflicto armado”¹⁸, es decir que anticipaba la práctica posterior del Comité de Derechos Humanos.

13 Cuestión de las atrocidades cometidas por las fuerzas comunistas de Corea del Norte y comunistas chinas contra los prisioneros de guerra de las Naciones Unidas en Corea, Res. AG 804 (VIII), Doc. ONU A/804/VIII, 3 de diciembre de 1953 (sobre el trato de los soldados y los civiles capturados en Corea por las fuerzas chinas y norcoreanas).

14 Res. AG 1312 (XIII), Doc. ONU A/38/49, 12 de diciembre de 1958. Traducción CICR.

15 Res. CS 237, párr. preambular 1(b), Doc. ONU A/237/1967, 14 de junio de 1967; v. también Res. AG 2252 (ES-V), Doc. ONU A/2252/ESV, 4 de julio de 1967, relativo a esta resolución.

16 *Final Act of the International Conference on Human Rights*, Doc. ONU A/Conf.32/41, 22 de abril-13 de mayo de 1968. Traducción CICR.

17 Report on Respect for Human Rights in Armed Conflict, Doc. ONU A/7720, 20 de noviembre de 1969, esp. cap. 3; Report on Respect for Human Rights in Armed Conflict, párrs. 20-29, anexo 1, Doc. ONU A/8052, 18 de septiembre de 1970.

18 *Ibid.*, párr. 29.

Tras los dos informes del secretario general, la Asamblea General de la ONU afirmó en su resolución “Principios básicos para la protección de las poblaciones civiles en los conflictos armados” que “los derechos humanos fundamentales aceptados en el derecho internacional y enunciados en los instrumentos internacionales seguirán siendo plenamente válidos en casos de conflictos armados”¹⁹. En ese período un observador escribió: “ambos ordenamientos jurídicos se han encontrado, se están fusionando con cierta velocidad y... en varias instancias prácticas el régimen de los derechos humanos está estableciendo la dirección general y los objetivos para la revisión el derecho de la guerra”²⁰.

La Conferencia Diplomática sobre la reafirmación y el desarrollo del derecho internacional humanitario, que se reunió de 1974 a 1977, en parte fue una reacción al proceso de la ONU. El CICR en particular ahora podía lanzar el proceso de desarrollar el derecho internacional humanitario para mejorar la protección de los civiles no sólo en conflictos armados internacionales, sino también en conflictos armados sin carácter internacional. La Conferencia Diplomática y sus resultados, es decir los dos Protocolos adicionales de 1977, saldaron una deuda innegable de los derechos humanos; algunos derechos que pueden suspenderse en el derecho de los derechos humanos se convirtieron en no derogables en las garantías que ofrece el derecho internacional. Ambos Protocolos adicionales reconocen la aplicación de los derechos humanos en los conflictos armados²¹. Si bien el CICR no siguió esa dirección durante las primeras etapas de los debates²², más tarde aceptó que “los derechos humanos permanecen aplicables en período de conflicto armado de una manera convergente [con el DIH]”²³. Desde entonces siempre se ha reconocido, en el derecho internacional humanitario, la aplicación de los derechos humanos en conflictos armados, aun cuando los detalles de su interacción sigan siendo objeto de debate. En realidad, ha habido constantemente resoluciones del Consejo de

19 Res. AG 2675 (XXV), Principios básicos para la protección de las poblaciones civiles en los conflictos armados, 9 de diciembre de 1970.

20 G. I. A. D. Draper, “The relationship between the human rights regime and the laws of armed conflict”, *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 1 (1971), p. 191.

21 Art. 72 del Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 12 de diciembre de 1977, 1125 UNTS 3 (en adelante, Protocolo adicional I); Preámbulo del Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 12 de diciembre de 1977, 1125 UNTS 609 (en adelante, Protocolo adicional II).

22 CICR, Proyecto de Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, Comentario 131, 1973; v. también Jean Pictet, *Humanitarian Law and the Protection of War Victims*, Sijthoff D. Henry Dunant Institute, Leyden/Ginebra 1975, p. 15. Puede suponerse que el CICR también tuvo motivos institucionales para mantenerse apartado de los derechos humanos, que se asociaban con los organismos “politizados” de la ONU.

23 Yves Sandoz, Christophe Swinarski y Bruno Zimmermann (eds.), *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios*, Plaza y Janés, CICR, Bogotá. 1998. V. en particular el apartado 4429.

Seguridad²⁴, la Asamblea General²⁵ y la Comisión de Derechos Humanos²⁶ que reafirman o dan a entender que los derechos humanos se aplican a situaciones de conflicto armado. La ONU también ha realizado investigaciones de violaciones de los derechos humanos, por ejemplo en relación con los conflictos en Liberia²⁷ y Sierra Leona²⁸, la ocupación militar por Israel de los territorios palestinos²⁹ y la ocupación militar por Irak de Kuwait³⁰. El Consejo de Seguridad también ha abordado las violaciones de los derechos humanos cometidas “por milicias y grupos armados extranjeros” en la República Democrática del Congo³¹.

La aplicabilidad de los tratados de derechos humanos a situaciones de conflicto armado también se ha confirmado por la existencia de cláusulas de derogación que permiten, pero también restringen, la suspensión de los derechos humanos en situaciones de emergencia, donde de manera implícita o explícita se incluyen las situaciones de guerra³². Por último, algunos tratados e instrumentos internacionales más recientes incorporan o se inspiran en las disposiciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. Por ejemplo, la Convención sobre los

24 Res. CS 1019, Doc. ONU S/RES/1019 (9 de noviembre de 1995) y Res. CS 1034, Doc. ONU S/RES/1034 (21 de diciembre de 1995) (en relación con ex Yugoslavia); Res. CS. 1635, Doc. ONU S/RES/1635 (28 de octubre de 2005) y Res. CS. 1653, Doc. ONU S/RES/1653 (27 de enero de 2006) (región de los Grandes Lagos).

25 Res. AG. 2546 (XXIV), Doc. ONU A/RES/2546/XXIV (11 de diciembre de 1969) (territorios ocupados por Israel); Res. AG. 3525 (XXX), Doc. ONU A/RES/3525/XXX (15 de diciembre de 1975) (territorios ocupados por Israel); Res. AG. 50/193, Doc. ONU A/RES/50/193 (22 de diciembre de 1995) (ex Yugoslavia); Res. AG. 3525 (XXX), Doc. ONU A/3525 (15 de diciembre de 1975) (territorios ocupados por Israel); Res. AG. 46/135, Doc. ONU A/RES/46/135 (19 de diciembre de 1991) (Kuwait bajo ocupación iraquí); Res. AG. 52/145, Doc. ONU A/RES/52/145 (12 de diciembre de 1997) (Afganistán).

26 Comisión de Derechos Humanos, Resoluciones y Decisiones, v., por ejemplo, Doc. ONU E/CN.4/1992/84 (3 de marzo de 1992) (Irak); E/CN.4/2003/77 (25 de abril de 2003) (Afganistán), A/E/CN.4/RES/2003/16 (17 de abril de 2003) (Burundi); E/CN.4/RES/2001/24 (20 de abril de 2001) (Federación de Rusia); /CN.4/RES/2003/15 (17 de abril de 2003) (Congo); e informes a la Comisión de Derechos Humanos: OHCHR/STM/CHR/03/2 (2003) (Colombia); OHCHR/STM/CHR/03/3 (2003) (Timor-Leste); v. también el Informe del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU sobre la situación de los derechos humanos en el Kuwait bajo la ocupación iraquí, Doc. ONU E/CN.4/1992/26 (16 de enero de 1992).

27 Secretario general, Informe sobre la marcha de UNOMIL, Doc. ONU S/1996/47, 23 de enero de 1996.

28 Secretario general, Informe sobre la marcha de UNOMSIL, Doc. ONU S/1998/750, 12 de agosto de 1998.

29 Resolución de la Comisión de Derechos Humanos, Doc. ONU E/CN.4/S5/1, 19 de octubre de 2000.

30 Resolución de la Comisión de Derechos Humanos, Doc. ONU E/CN.4/1991/74, 6 de marzo de 1991.

31 Res. CS. 1649, Doc. ONU S/RES/1649, 21 de diciembre de 2005 (La situación relativa a la República Democrática del Congo), párrafos 4 y 5 del preámbulo.

32 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 4, 16 de diciembre de 1966, 99 UNTS 171; Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, art. 15, 213 UNTS 222, 3 de septiembre de 1953; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 27, 1144 UNTS 123, 22 de noviembre de 1969. El art. 27 de la Convención Americana está redactado de forma prácticamente idéntica al art. 4 del PIDCP; v. también Doc. ONU E/CN.4/SR.195, 1950, párr. 23; Doc. ONU E/CN.4/SR.196, 1950, párr. 3; Doc. ONU E/CN.4/SR.196, 1950, párr. 5. La omisión del término “guerra” en el PIDCP no significa que las derogaciones no se referían a las situaciones de conflicto armado, tal como lo demuestra la historia de su redacción. En realidad, quienes elaboraron el proyecto incluyeron una cláusula de no discriminación en el artículo 4, pero deliberadamente excluyeron la discriminación por la nacionalidad a fin de permitir las discriminación contra enemigos extranjeros, UN SCOR, 14º período de sesiones, Sup. N° 4, párrs. 279–280; Doc. ONU E/2256-E/CN.4/669, 1952. V. también Doc. ONU A/C.3/SR.1262, 1963, donde se subrayó que el artículo 4 sólo podría aplicarse dentro del territorio de un Estado (Rumania), párr. 46, Doc. ONU A/C.3/SR.1261, 1963.

derechos del niño, de 1989³³, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional³⁴, el Protocolo facultativo de la Convención de los derechos de los niños relativo a la participación de los niños en conflictos armados³⁵, los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones³⁶ y, más recientemente, el proyecto de Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad³⁷.

Desarrollos en la jurisprudencia internacional

Otro importante desarrollo que condujo al reconocimiento de que el derecho de los derechos humanos se aplica a situaciones de conflicto armado es el amplio cuerpo de jurisprudencia producido por los organismos regionales e internacionales de derechos humanos.

El Comité de Derechos Humanos de la ONU ha aplicado el PIDCP a conflictos armados internacionales y no internacionales, incluidas situaciones de ocupación, en sus observaciones finales sobre informes de países, así como en sus opiniones sobre casos individuales³⁸. Lo mismo puede decirse de las observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU³⁹, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial⁴⁰, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer⁴¹ y el Comité de los Derechos del Niño⁴². El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido la aplicación

33 Convención sobre los derechos del niño de 1989, art. 38, 20 de noviembre de 1989, 1577 UNTS 3.

34 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 2187 UNTS 3, 1 de julio de 2002.

35 Protocolo facultativo de la Convención de los derechos de los niños relativo a la participación de los niños en conflictos armados, 2000, 1577 UNTS 3, 20 de noviembre de 1989.

36 Adoptados por la Res. AG. 60/147 del 16 de diciembre de 2006, Doc. ONU A/RES/60/147, 21 de marzo de 2006.

37 Adoptada por la Res. AG. 61/106, Doc. ONU A/RES/61/106, 13 de diciembre de 2006, v. esp. el art. 11.

38 Observaciones finales: República Democrática del Congo, Doc. ONU CCPR/C/COD/CO/3, 26 de abril de 2006; Bélgica, Doc. ONU CCPR/CO/81/BEL, 12 de agosto de 2004; Colombia, Doc. ONU CCPR/CO/80/COL, 26 de mayo de 2004; Sri Lanka, Doc. ONU CCPR/CO/79/LKA, 1 de diciembre de 2003; Israel, Doc. ONU CCPR/CO/78/ISR, 21 de agosto de 2003; Guatemala, Doc. ONU CCPR/CO/72/GTM, 27 de agosto de 2001; Holanda, Doc. ONU CCPR/CO/72/NET, 27 de agosto de 2001; Bélgica, 14, Doc. ONU CCPR/C/79/Add.99, 19 de noviembre de 1998; Israel, Doc. ONU CCPR/C/79/Add.93, 18 de agosto de 1998; Estados Unidos de América, Doc. ONU CCPR/C/USA/CO/3/Rev1, 18 de diciembre de 2006; Reino Unido, Doc. ONU CCPR/C/GBR/CO/6, 30 de julio de 2008; Sarma v. Sri Lanka, Doc. ONU CCPR/C/78/D/950/2000, 31 de julio de 2003; Bautista v. Colombia, Doc. ONU CCPR/C/55/D/563/1993, 13 de noviembre de 1995; Guerrero v. Colombia, Comunicación N° R.11/45, Doc. ONU Sup. N° 40(A/37/40), 31 de marzo de 1982.

39 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observaciones Finales: Colombia, Doc. ONU E/C.12/1/Add.74, 30 de noviembre de 2001; Guatemala, Doc. ONU E/C.12/1/Add.93, 12 de diciembre de 2003; Israel, Doc. ONU E/C.12/1/Add.90, 30 de marzo de 1998.

40 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: Observaciones Finales, Israel, Doc. ONU CERD/C/304/Add.45, 30 de marzo de 1998.

41 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Observaciones Finales: Sri Lanka, párrs. 256-302, Doc. ONU A/57/38 (Parte I), 7 de mayo de 2002; República Democrática del Congo, párrs. 194-238, Doc. ONU A/55/381, febrero de 2000; Colombia, párrs. 337-401, Doc. ONU A/54/38, 4 de febrero de 1999.

42 Comité de los Derechos del Niño, Observaciones Finales: República Democrática del Congo, Doc. ONU CRC/C/15/Add.153, 9 de julio de 2001; Sri Lanka, Doc. ONU CRC/C/15/Add.207, 2 de julio de 2003; Colombia, Doc. ONU CRC/C/COL/CO/3, 8 de junio de 2006.

del Convenio Europeo en conflictos armados no internacionales⁴³ y en situaciones de ocupación en conflictos armados internacionales⁴⁴. La Comisión y la Corte Interamericanas han reconocido la aplicabilidad de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos a situaciones de conflicto armado⁴⁵.

La Corte Internacional de Justicia ha retomado la jurisprudencia de los organismos de derechos humanos. Su primera declaración sobre la aplicación de los derechos humanos en situaciones de conflicto armado puede hallarse, con referencia al PIDCP, en la Opinión Consultiva sobre la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares:

“La Corte observa que la protección del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no se suspende en tiempo de guerra, salvo que se aplique el artículo 4 del Pacto por el cual algunas disposiciones pueden suspenderse en tiempo de emergencia nacional. Sin embargo, el respeto del derecho a la vida no es una de esas disposiciones. En principio, el derecho a no ser privado arbitrariamente de la vida también se aplica en las hostilidades. Sin embargo, la prueba de qué es una privación arbitraria de la vida debe ser determinada por la *lex specialis* aplicable, es decir el derecho aplicable en los conflictos armados, que fue concebido para regular la conducción de las hostilidades. De modo que el hecho de si la pérdida de una vida, a través del empleo de determinada arma en la guerra, debe considerarse como privación arbitraria de la vida contraria al artículo 6 del Pacto, sólo puede determinarse haciendo referencia al derecho aplicable en los conflictos armados y no puede deducirse de los términos del propio Pacto.”⁴⁶

En la Opinión Consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado (caso del muro), la Corte amplió ese argumento a la aplicación general de los derechos humanos en los conflictos armados:

43 V., por ejemplo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia*, fallo del 24 de febrero de 2005; *Isayeva v. Russia*, fallo del 24 de febrero de 2005; *Ergi v. Turkey*, fallo del 28 de julio de 1998; Reports 1998-IV; *Ahmet O zkan and others v. Turkey*, fallo del 6 de abril de 2004.

44 *Cyprus v. Turkey*, nota 3 *supra*; para una reseña, v. Aisling Reidy, “El enfoque de la Comisión y del Tribunal Europeos de Derechos Humanos sobre el derecho internacional humanitario”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N.º 147, septiembre de 1998, disponible en www.cicr.org/spa/revista.

45 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Bámaca Velásquez c. Guatemala*, sentencia del 25 de noviembre de 2000, Serie C N.º 70, párr. 209; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Coard c. Estados Unidos de América*, Caso 10.951, OEA Doc. OEA/ser.L/V/II.106.doc.3rev, 1999, párr. 37; *Alejandre c. Cuba*, Caso 11.589, Informe N.º 86/99, OEA/Ser.L/V/II.106 Doc. 3 rev, 1999; *Victor Saldaño c. Argentina*, Informe N.º 38/99, OEA/Ser.L/V/II.95, Doc. 7 rev en 289, 1998, párr. 18; *Rafael Ferrer-Matorra y otros c. Estados Unidos*, Caso N.º 9903, Informe N.º 51/01, OEA/Ser.L/V/III11, Doc. 20 rev 289, 1980, párr. 179; Pedido de medidas cautelares sobre los detenidos en Guantánamo, Cuba, Decisión del 12 de marzo de 2002, 41 ILM 532.

46 Corte Internacional de Justicia (en adelante, CIJ), *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Opinión Consultiva del 8 de Julio de 1996, 1996, ICJ Reports, p. 226, párr. 25 (en adelante, caso de las armas nucleares).

“Más en general, la Corte considera que la protección que ofrecen los convenios y convenciones de derechos humanos no cesa en caso de conflicto armado, salvo en caso de que se apliquen disposiciones de suspensión como las que figuran en el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En cuanto a la relación entre el derecho internacional humanitario y el derecho de los derechos humanos, pueden presentarse tres situaciones: algunos derechos pueden estar contemplados exclusivamente en el derecho internacional humanitario, otros pueden estar contemplados exclusivamente en el derecho de los derechos humanos, y otros pueden estar contemplados en ambas ramas del derecho internacional. Para responder a la cuestión que se le ha planteado, la Corte tendrá que tomar en consideración ambas ramas del derecho internacional, es decir, el derecho de los derechos humanos y, como *lex specialis*, el derecho internacional humanitario.”⁴⁷

Confirmó esta declaración en el caso relativo al territorio en el este de la República del Congo ocupado por Uganda (RDC c. Uganda). En este fallo, repitió las consideraciones de la opinión consultiva en el caso del muro acerca de que el derecho internacional de los derechos humanos se aplica en relación con actos realizados por un Estado en el ejercicio de su jurisdicción fuera de su propio territorio y particularmente en territorios ocupados⁴⁸. De ese modo dejó en claro que su opinión consultiva anterior con respecto a los territorios palestinos ocupados no puede explicarse por la presencia prolongada de Israel en esos territorios⁴⁹, dado que Uganda no tenía esa presencia prolongada y consolidada en el este de la República Democrática del Congo. Lo que hay, más bien, es una clara aceptación por parte de la Corte de que los derechos humanos se aplican en tiempo de ocupación beligerante.

Aplicación extraterritorial de los derechos humanos

Al igual que la Corte Internacional de Justicia, los organismos de derechos humanos no sólo han aplicado los derechos humanos a las situaciones de conflicto armado dentro del territorio de un país, sino también a los conflictos armados en el extranjero. El alcance extraterritorial de los derechos humanos ha suscitado recientemente algunas controversias, sobre todo en relación con los conflictos armados en Irak y en Afganistán.

Como explicamos antes, la Corte Internacional de Justicia afirma la aplicación de los derechos humanos extraterritorialmente como principio general, pero los debates en torno a esta cuestión se centran en la redacción de los diferentes tratados, que debemos abordar por separado.

47 CIJ, *Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, Opinión Consultiva del 9 de julio de 2004, 2004, ICJ Reports, p. 136, párr. 206 (en adelante, caso del muro).

48 CIJ, *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (DRC v. Uganda)*, fallo del 19 de diciembre de 2005, párr. 216 (en adelante, RDC c. Uganda).

49 Como sostuvo Michael J. Dennis en “Application of human rights treaties extraterritorially in times of armed conflict and military occupation”, *American Journal of International Law*, vol. 99 (2005), p. 122.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

El PIDCP contiene la cláusula de aplicación más restrictiva de los tratados internacionales de derechos humanos, dado que su artículo 2(1) limita la aplicación del Pacto a la obligación del Estado de respetar y garantizar los derechos humanos “a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción”. El significado usual de esta cláusula implica que ambos criterios se aplican en forma acumulativa. Sin embargo, el Comité de Derechos Humanos ha interpretado que la cláusula se refiere a las personas dentro de su jurisdicción o dentro del territorio del Estado, y entiende por individuos “sujetos a su jurisdicción” las personas que estén “bajo la autoridad o el control efectivo del Estado”⁵⁰.

Los orígenes de esta jurisprudencia se hallan en casos que no están vinculados con conflictos armados. Se refieren al secuestro de disidentes, fuera del Estado Parte, por funcionarios del servicio secreto. Uno de los primeros casos relativos a violaciones del PIDCP cometidas por funcionarios estatales en un territorio extranjero es el caso *López Burgos c. Uruguay*⁵¹. Secuestrado en Buenos Aires por fuerzas uruguayas, el demandante estuvo detenido en forma secreta en Argentina antes de ser trasladado clandestinamente a Uruguay. Si el Comité hubiese aplicado el Pacto según el significado literal del artículo 2, no podría haber hallado responsable a Uruguay. En cambio, utilizó un argumento teleológico y adoptó la opinión de que “sería irrazonable interpretar la responsabilidad prevista en el artículo 2 del Pacto en el sentido de que permite que un Estado Parte perpetre violaciones del Pacto en el territorio de otro Estado, violaciones que no podría cometer en su propio territorio”⁵².

La jurisprudencia de larga data del Comité de Derechos Humanos ha confirmado esta visión. En particular, el Comité ha aplicado el Pacto en repetidas ocasiones a situaciones de ocupación militar⁵³ y con respecto a tropas nacionales que participan en operaciones de mantenimiento de la paz⁵⁴. Ha resumido esta interpretación del artículo 2 en su Observación General 31:

“En virtud del párrafo 1 del artículo 2, los Estados Parte deben respetar y garantizar los derechos reconocidos en el Pacto a todas las personas que se encuentren en su territorio y a todas las que estén sujetas a su jurisdicción. Esto significa que un Estado Parte debe respetar y garantizar los derechos

50 Observación general 31, “Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto”, Doc. ONU CCPR/C/21/Rev1/Add.13, 26 de mayo de 2004, párr. 10.

51 *López Burgos c. Uruguay*, Doc. ONU CCPR/C/13/D/52/1979, 29 de julio de 1981; v. también *Celiberti c. Uruguay*, Doc. ONU CCPR/C/13/D/56/1979, 29 de julio de 1981.

52 *López Burgos c. Uruguay*, nota 51 *supra*, párr. 12.3; *Celiberti c. Uruguay*, nota 51 *supra*, párr. 10.3.

53 Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales sobre Chipre, Doc. ONU CCPR/C/79/Add.39, 21 de septiembre de 1994, párr. 3; Observaciones Finales sobre Israel, Doc. ONU CCPR/C/79/Add.93, 18 de agosto de 1998, párr. 10; Observaciones Finales sobre Israel, Doc. ONU CCPR/CO/78/ISR, 21 de agosto de 2003, párr. 11.

54 Observaciones Finales sobre Bélgica, Doc. ONU CCPR/C/79/Add.99, 19 de noviembre de 1998, párr. 14; Holanda, Doc. ONU CCPR/CO/72/NET, 27 de agosto de 2001, párr. 8; Bélgica, CCPR/CO/81/BEL, 12 de agosto de 2004, párr. 6.

enunciados en el Pacto a toda persona *que esté bajo la autoridad o el control efectivo* del Estado Parte aunque no se encuentre en el territorio del Estado Parte. (...) Este principio se aplica también a los que estén *bajo la autoridad o el control efectivo de las fuerzas del Estado Parte* que actúen fuera de su territorio, así como independientemente de las circunstancias en que se haya adquirido esa autoridad o control efectivo, como en el caso de fuerzas que constituyan un contingente nacional de un Estado Parte que tenga asignada una operación internacional de mantenimiento o imposición de la paz.”⁵⁵

Sobre la base del requisito de *la autoridad o el control efectivo*, el Comité de Derechos Humanos acepta la aplicabilidad extraterritorial del Pacto en dos tipos de situaciones: en el caso del control de un territorio y en el caso de la ocupación, o sobre un individuo, como en los casos de secuestro.

La Corte Internacional de Justicia ha seguido la postura del Comité de Derechos Humanos y se ha basado, además, en los trabajos preparatorios del Comité:

“Los trabajos preparatorios del Pacto confirman la interpretación que el Comité hace del artículo 2 de dicho instrumento. De ellos surge que, al adoptar la formulación elegida, los redactores del Pacto no tenían la intención de permitir que los Estados eludieran sus obligaciones al ejercer su jurisdicción fuera del territorio nacional. Su única intención fue impedir que las personas residentes en el extranjero hicieran valer, respecto de su Estado de origen, ciertos derechos que no eran de competencia de dicho Estado sino del Estado de residencia.”⁵⁶

Existen bastantes controversias en torno a la cuestión de la historia de la redacción del Pacto, especialmente entre el Comité de Derechos Humanos y Estados Unidos, dado que este país opina que esa historia demuestra precisamente que el Pacto no se elaboró para ser aplicado extraterritorialmente⁵⁷. Durante la redacción, Estados Unidos propuso que se añadiera el requisito de “en su territorio” al artículo 2, que sólo contenía el requisito de “sujetas a su jurisdicción”⁵⁸. Eleanor Roosevelt, representante de Estados Unidos y entonces presidenta de la Comisión, subrayó que Estados Unidos estaba “particularmente preocupado” por no asumir “una obligación de garantizar derechos reconocidos en el Pacto a ciudadanos de países bajo ocupación de Estados Unidos”⁵⁹. Explicó lo siguiente:

55 Observación General 31, nota 50 *supra*, párr. 10 (el subrayado es nuestro).

56 Caso del muro, nota 47 *supra*, párrs. 108-111.

57 Anexo I: Alcance territorial de la aplicación del Pacto, 2º y 3º informes periódicos de Estados Unidos de América, Consideración de los informes presentados por los Estados Partes de conformidad con el artículo 40 del Pacto, Doc. ONU CCPR/C/USA/3, 28 de noviembre de 2005; Sumario de la 2380ª reunión, 18 de julio de 2006; Human Rights First, Presentación ante el Comité de Derechos Humanos, 18 de enero de 2006, p. 7, disponible en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/ngos/hrfirst.doc>.

58 Compilación de las observaciones de los gobiernos sobre el proyecto de Pacto Internacional de Derechos Humanos y sobre los artículos adicionales propuestos, UN ESCOR Comisión de Derechos Humanos, 6º período de sesiones, 6th Sess, Doc. ONU E/CN.4/365, 1950, p. 14 (propuesta de Estados Unidos).

59 Acta resumida de la 138ª reunión, UN ESCOR Comisión de Derechos Humanos, 6º período de sesiones, 138ª reunión, Doc. ONU E/CN.4/SR.138, 1950, p. 10.

“La finalidad del añadido propuesto es dejar en claro que el proyecto de Pacto se aplicaría sólo a las personas dentro del territorio y sujetas a la jurisdicción de los Estados contratantes. Estados Unidos teme que, sin ese agregado, podría interpretarse que el Pacto obliga a los Estados contratantes a promulgar legislación relativa a personas que, aunque estén fuera de su territorio, estarían técnicamente dentro de su jurisdicción a determinados fines. Un ejemplo sería el de los territorios ocupados de Alemania, Austria y Japón: las personas dentro de esos países estaban sujetas a la jurisdicción de los Estados ocupantes en determinados aspectos, pero estaban fuera del alcance de la legislación de esos Estados. Otro ejemplo serían los territorios arrendados; algunos países arrendaron territorios de otros con determinados fines y podrían presentarse casos de autoridad dividida entre la nación arrendataria y la nación arrendadora.”⁶⁰

Estados Unidos adoptó la opinión de que la enmienda era necesaria “para dejar en claro que un Estado no estaba obligado a promulgar legislación respecto de sus nacionales que se encontraran fuera de su territorio”⁶¹. El Reino Unido siguió la misma línea y afirmó que “hay casos en que esos nacionales están, para algunos fines, sujetos a su jurisdicción, pero las autoridades del país extranjero intervendrían en caso de que alguno de ellos cometiera algún delito”⁶².

Sin embargo, con respecto a las *tropas mantenidas por un Estado en zonas extranjeras*, la señora Roosevelt afirmó que “aunque se las mantenga en el extranjero, esas tropas siguen estando sujetas a la jurisdicción del Estado”⁶³.

Considerando estos intercambios, queda claro que es de poca ayuda recurrir a los trabajos preparatorios. En realidad, lo que no deja dudas es que la enmienda de “en su territorio” fue añadida a fin de que constituyera un requisito acumulativo junto con el requisito de la jurisdicción, pero las razones de la enmienda están vinculadas a situaciones muy precisas. Existía el temor de que surgiera un conflicto entre las jurisdicciones de Estados soberanos; no había razón para que un Estado interviniera en el territorio de otro Estado si este último tenía los medios de hacer respetar los derechos humanos. Esto es un escenario totalmente diferente del que se sostiene en el caso López Burgos o en situaciones de ocupación, en los que la autoridad del Estado ocupado ha desaparecido y ha sido reemplazada por la del Estado ocupante.

De modo que el enfoque del Comité de Derechos Humanos y la Corte Internacional de Justicia puede justificarse de varias maneras. Conforme al artículo 31(1) de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, “un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. El Comité de Derechos Humanos parece haber adoptado ese enfoque en sus recientes observaciones, en la me-

60 Acta resumida de la 138a reunión, UN ECOSOC, Comisión de Derechos Humanos, Doc. ONU E/CN.4/SR.138, 6 de abril de 1950, p. 10; v. también Acta resumida de la 139a reunión, E/CN.4/SR.193, 26 de mayo de 1950, párr. 53 y Acta resumida de la 194a reunión, E/CN.4/SR.194, 25 de mayo de 1950, párrs. 14, 16, 25.

61 Doc. ONU E/CN.4/SR.329, p. 10; v. también Acta resumida de la 139a reunión y de la 194a reunión, Doc. ONU E/CN.4/SR.194, 25 de mayo de 1950, párr. 16.

62 Doc. ONU E/CN.4/SR.329, p. 12.

63 Acta resumida de la 194a reunión, E/CN.4/SR.194, 25 de mayo de 1950, párr. 32.

dida en que consideró que de buena fe el Pacto debe aplicarse extraterritorialmente⁶⁴. Además, “el trabajo preparatorio del tratado y las circunstancias de su conclusión” pueden considerarse a los fines de la interpretación no sólo si el significado es ambiguo u oscuro, sino también si la interpretación acorde al significado usual “conduce a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable” (artículo 32). En tal sentido, un miembro del Comité de Derechos Humanos escribió en el caso López Burgos:

“Sin embargo, interpretar la expresión “en su territorio” ateniéndose a su sentido estrictamente literal, excluyendo toda responsabilidad por conductas ocurridas fuera de las fronteras nacionales, *conduciría a resultados totalmente absurdos*. . . De todos modos, nunca se pensó en dar a los Estados Partes un poder discrecional ilimitado para realizar ataques deliberados e intencionados contra la libertad y la integridad personal de sus ciudadanos que viven en el exterior.”⁶⁵

Así pues, incluso cuando se basan en los trabajos preparatorios, que a primera vista indican otra cosa, las interpretaciones del Comité de Derechos Humanos y de la Corte Internacional de Justicia son convincentes, y debe interpretarse que el Pacto se aplica a personas en el extranjero cuando están bajo el control efectivo de un Estado Parte, al menos cuando ese control es ejercido excluyendo el control por parte del Estado territorial.

Convenio Europeo de Derechos Humanos

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales contiene términos de aplicación más amplios que el PIDCP en el sentido de, según su artículo 1, los Estados Partes “reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el (...) presente Convenio”⁶⁶. La historia de la redacción del artículo 1 no ofrece demasiadas indicaciones en relación con el significado de ese artículo. El primer borrador hace referencia a “todas las personas residentes en el territorio” y fue reemplazado por una referencia a las personas “dependientes de su jurisdicción”. El argumento subyacente era que el término “residente” podría ser demasiado restrictivo y sólo abarcaría a las personas que residieran legalmente en el territorio. Por consiguiente, se lo reemplazó por “dependientes de su jurisdicción”, sobre la base del artículo 2 del proyecto del Pacto de Derechos Civiles y Políticos que debatía la Comisión de la ONU⁶⁷.

64 “El Estado Parte debería revisar su enfoque e interpretar el Pacto en buena fe, de conformidad con el sentido corriente que haya de atribuirse a los términos en su contexto, incluida la práctica posteriormente seguida, y teniendo en cuenta su objetivo y finalidad.” Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos sobre el informe presentado por Estados Unidos de América, Estados Unidos de América, Doc. ONU CCPR/C/USA/CO/3/Rev1, 18 de diciembre de 2006, párr. 10.

65 *López Burgos c. Uruguay*, nota 51 *supra*. Opinión individual del señor Tomuschat (el subrayado es nuestro). Obsérvese que Tomuschat también excluyó la situación de ocupación del ámbito del artículo 2, conclusión que luego no fue seguida por el Comité de Derechos Humanos.

66 Art. 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

67 *Collected Edition of the Travaux Préparatoires of the European Convention on Human Rights* (vol. III, p. 260), citado en Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Bankovic and others v. Belgium and others*, solicitud N° 52207/99, Decisión sobre admisibilidad [GC], 12 de diciembre de 2001, párr. 19.

Por ello, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha estado más dispuesto a aplicar el Convenio en forma extraterritorial, pues sólo ha tenido que interpretar el significado del término “jurisdicción”. El Tribunal halló, en el asunto *Loizidou*, que donde un Estado ejerce *el control efectivo y general sobre un territorio*, condición que se cumple particularmente en el caso de la ocupación militar, ejerce jurisdicción a los fines del artículo 1 del Convenio⁶⁸. Justificó el argumento del control efectivo diciendo que “cualquier otra conclusión provocaría un lamentable vacío en el sistema de protección de los derechos humanos en el territorio de que se trate quitándoles a los individuos el beneficio de las salvaguardias fundamentales del Convenio y su derecho a pedir que una Alta Parta Contratante rinda cuentas por una violación de sus derechos en los procedimientos ante el Tribunal”⁶⁹.

En el asunto *Bankovic*, el Tribunal Europeo restringió su jurisprudencia sobre la aplicación extraterritorial del Convenio. Ese caso se refirió al bombardeo aéreo perpetrado por la OTAN contra la estación de radio y televisión serbia. El Tribunal opinó que esos bombardeos no significaron que los Estados atacantes tenían jurisdicción en el sentido del artículo 1 del Convenio Europeo; afirmó que “si los redactores del Convenio hubiesen deseado otorgar una jurisdicción tan amplia como sostenían los demandantes, habrían adoptado un texto idéntico o similar al del artículo 1 contemporáneo de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949”⁷⁰. El Tribunal claramente vio una diferencia entre la guerra en un conflicto armado internacional, donde un Estado no tiene control de otro mientras se producen las hostilidades, y la situación de ocupación. Además, sostuvo que:

“Para decirlo brevemente, el Convenio es un tratado multilateral que opera, conforme al artículo 56 del Convenio, en un contexto esencialmente regional y, en particular, en el espacio jurídico de los Estados Contratantes. La República Federal de Yugoslavia claramente no entra dentro de ese espacio jurídico. El Convenio no se elaboró para ser aplicado en todo el mundo, incluso respecto de la conducta de los Estados Contratantes. Por consiguiente, el deseo de evitar una laguna o un vacío en la protección de los derechos humanos hasta ahora ha sido satisfecho por el Tribunal en el sentido de establecer jurisdicción sólo cuando el territorio en cuestión estuviera cubierto normalmente, salvo en esas circunstancias específicas, por el Convenio.”⁷¹

Esta argumentación conduce a la interpretación de que el Tribunal no hallaría que un Estado está ejerciendo jurisdicción si ejerce el control general sobre un territorio fuera del Consejo de Europa⁷².

68 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Loizidou v. Turkey* (Objeciones preliminares), fallo del 23 de marzo de 1995, Serie A N° 310, párr. 62; *Loizidou v. Turkey*, fallo del 18 de diciembre de 1996, Informes 1996-VI, párr. 56; *Cyprus v. Turkey*, Solicitud N° 25781/99 nota 3 *supra*, párr. 77.

69 *Cyprus v. Turkey*, nota 3 *supra*, párr. 78.

70 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Bankovic and others v. Belgium and others*, nota 67 *supra*, párr. 75.

71 *Ibid.*, párr. 80.

72 V. la severa crítica del fallo *Bankovic* efectuada por Luigi Condorelli, “La protection des droits de l’Homme lors d’actions militaires menées à l’étranger”, *Collegium* 32 (2005), p. 100.

Sin embargo, algunos fallos posteriores contradicen esta conclusión. En *Ocalan c. Turquía*, el Tribunal halló que Turquía era responsable de la detención del demandante por las autoridades turcas en Kenia: consideró que el demandante dependía de la jurisdicción de Turquía dado que estaba en poder de funcionarios turcos⁷³. Esta aplicación extraterritorial más amplia fue confirmada en el caso *Issa y otros c. Turquía*, en que el Tribunal dejó en claro que el control sobre un individuo también implica la responsabilidad del Estado:

“Un Estado también puede ser hallado responsable de la violación de los derechos y las libertades previstas en el Convenio de personas que se encuentren en el territorio de otro Estado pero de las que se halla que están bajo la autoridad y el control de aquel Estado a través de sus funcionarios que actúan, en forma lícita o ilícita, en este último Estado. En tales situaciones, la responsabilidad deriva del hecho de que el artículo 1 del Convenio no puede interpretarse de tal forma de permitir que un Estado Parte cometa violaciones del Convenio en el territorio de otro Estado, violaciones que no podría cometer en su propio territorio.”⁷⁴

En el caso *Ocalan*, como en el caso *Issa*, el Tribunal reconoció que los Estados tienen “jurisdicción” sobre personas que están en el territorio de otro Estado pero que están en poder de funcionarios de su propio Estado. Es interesante señalar que en su justificación el Tribunal se basó en la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos en el caso *López Burgos* y en la de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Sostuvo que “la responsabilidad deriva del hecho de que el artículo 1 del Convenio no puede interpretarse de tal forma de permitir que un Estado Parte cometa violaciones del Convenio en el territorio de otro Estado, violaciones que no podría cometer en su propio territorio”⁷⁵. Este argumento no se limitó al “espacio jurídico europeo”.

Es difícil reconciliar el fallo *Bankovic* con la jurisprudencia posterior del Tribunal. Una manera de interpretar la decisión del caso *Bankovic* es que el Tribunal simplemente no halló que el Estado tuviera control efectivo sobre el territorio o sobre las personas, de modo tal que no había “jurisdicción” en virtud del artículo 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Sin embargo, esto no explica el argumento sobre el espacio jurídico europeo. Otra manera de tratar de hallar coherencia en la jurisprudencia es seguir la postura de la Cámara de los Lores del Reino Unido en el caso *Al-Skeini*. La Cámara de los Lores, tras revisar la jurisprudencia del Tribunal Europeo⁷⁶, basó sus consideraciones en el caso *Bankovic* como caso

73 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Ocalan v. Turkey*, fallo del 12 de marzo de 2003, párr. 93.

74 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Issa and others v. Turkey*, fallo del 16 de noviembre de 2004, párr. 71; v. también *Isaac and others v. Turkey*, Solicitud N° 44587/98, decisión sobre la admisibilidad del 28 de septiembre de 2008, p. 19.

75 *Issa and others v. Turkey*, nota 74 *supra*, párr. 71.

76 Incluido casos como *Sánchez Ramírez v. France*, 86-A DR 155, 1996; *Freda v. Italy*, 21 DR 250, 1980; *Hess v. the United Kingdom*, 2 DR 72, 1975.

autorizado, excluyendo la jurisdicción fuera de la zona del Consejo de Europa con la pequeña excepción de las “actividades de funcionarios diplomáticos o consulares en el exterior o a bordo de aeronaves y navíos registrados en ese Estado, o que vuelen bajo la bandera de ese Estado”⁷⁷ y las cárceles militares⁷⁸. Por otro lado, esa postura desestima el argumento del Tribunal en el caso *Issa* o incluso en el caso *Ocalan*, donde no hubo duda alguna de que Ocalan pasó a depender de la jurisdicción de Turquía desde el momento en que fue entregado a los funcionarios turcos, sin cumplir ninguna de las condiciones enunciadas en la interpretación de la Cámara de los Lores. La jurisprudencia futura del Tribunal Europeo de Derechos Humanos deberá ofrecer mayor claridad. Un caso interesante al respecto será la decisión en torno a la aplicación interestatal de Georgia contra Rusia⁷⁹.

En resumen, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el significado del término “jurisdicción” en el artículo 1 no es del todo coherente. Si bien sigue quedando poco claro en qué medida la naturaleza regional del Convenio limitará la jurisdicción al territorio dentro de la zona geográfica del Consejo de Europa en casos futuros, al parecer, por lo menos, no tomará en cuenta esa limitación si las personas están detenidas en el exterior. Otra cuestión que no ha sido elucidada es la siguiente: si funcionarios del Estado cometieran una ejecución selectiva ilícita en el exterior sin tener el control de esa zona, ¿ello significaría que ejercieron jurisdicción? El caso *Issa* pareciera señalar en ese sentido, y sería contradictorio hallar responsable a un Estado, en virtud del Convenio Europeo, por ejecutar a una persona detenida, pero no por una ejecución selectiva. Sin embargo, repetimos, esta cuestión no ha sido resuelta en forma definitiva.

Lo que se sugiere es que el término “jurisdicción” por sí solo no puede sostener el argumento de que significa el ejercicio del control en el exterior sólo cuando es ejercido en algunos Estados y no en otros. En la práctica, un Estado puede, con o sin el consentimiento del Estado anfitrión, lícita o ilícitamente, ejercer jurisdicción en el exterior. Por ello, “las personas dependerán de la jurisdicción de un Estado en circunstancias en las que se pueda decir que están bajo el control efectivo de ese Estado o están afectadas por quienes actúan en nombre de ese Estado de manera más general, donde sea que ello ocurra”⁸⁰. Sin embargo, aunque el Tribunal en algunos casos no puede limitar la aplicación del Convenio debido a la falta de “jurisdicción”, sí puede decidir hacerlo sobre la base de un argumento más general de que el Convenio es un tratado regional, no universal.

77 Como se describe en *Bankovic and others v. Belgium and others*, nota 67 *supra*, párr. 73.

78 Cámara de los Lores, *Al-Skeini and others v. Secretary of State for Defence*, fallo del 13 de junio de 2007, [2007] UKHL 26, párrs. 61–83, 91, 105–132; la Sala de Apelaciones había interpretado que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos era más amplia y abarcaba tanto el control general sobre un territorio y sobre una persona; *R v. the Secretary of State for Defence, ex parte Al-Skeini and others*, fallo del 21 de diciembre de 2005, [2005] EWCA Civ 1609, párrs. 62–112.

79 Comunicado de prensa publicado por la Secretaría, “European Court of Human Rights grants requests for interim measures”, N° 581, 12 de agosto de 2008.

80 Sir Elihu Lauterpacht y Daniel Bethlehem, “The scope and content of the principle of *non-refoulement*: opinion”, en Erika Feller, Volker Türk y Frances Nicholson (eds.), *Refugee Protection in International Law: UNHCR’s Global Consultations On International Protection*, 87, 2003, párr. 67.

Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado desde hace mucho tiempo la jurisdicción sobre actos cometidos fuera del territorio de un Estado⁸¹. Ha fundado esta postura en la Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre, que no contiene ninguna cláusula de aplicación. El argumento de la Comisión es teleológico: dado que los derechos humanos son inherentes a todos los seres humanos en virtud de su humanidad, los Estados deben garantizar esos derechos a toda persona dependiente de su jurisdicción, es decir, para la Comisión, toda persona “sujeta a su autoridad y su control”⁸².

La Comisión también adoptó una visión más amplia con respecto a las operaciones militares que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Este Tribunal rechazó la jurisdicción en el asunto *Bankovic*, cuando la Comisión Interamericana, al usar efectivamente la prueba de “causas y efectos”, en el caso de la invasión de Panamá por Estados Unidos en 1989 afirmó que:

“Donde se afirme que el uso de fuerza militar ha conducido a la muerte de no combatientes, daños personales y pérdida de propiedades, los derechos humanos de los no combatientes están implicados. En el contexto del presente caso, las garantías establecidas en la Declaración Americana están involucradas. El presente caso contiene alegaciones cuya competencia está dentro del marco de la Declaración. De este modo, la Comisión está facultada para considerar el asunto objeto del presente caso.”⁸³

Sin embargo, este caso ha estado pendiente desde 1993 y no se ha llegado a ningún fallo sobre el fondo.

La Comisión Interamericana también ha tenido que decidir sobre la ejecución de personas por funcionarios estatales que actuaban en el exterior. Condenó, como violación del derecho a la vida, el asesinato de Orlando Letelier en Washington y de Carlos Prats en Buenos Aires por funcionarios chilenos⁸⁴. Análogamente, condenó los ataques contra ciudadanos de Surinam por funcionarios estatales de Surinam en Holanda⁸⁵.

En resumen, la Comisión Interamericana halla responsables a los Estados por actos sujetos a su autoridad y control y ha interpretado esos criterios de la forma más amplia posible, incluidas las situaciones de ataques armados en territorio extranjero.

81 Para un panorama de la jurisprudencia, v. Cristina Cerna “Extraterritorial application of the human rights instruments of the Inter-American system” en Fons Coomans y Menno Kamminga (eds.), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, 2004, pp. 141-174, y Douglas Cassel, *ibid.*, pp. 175-181.

82 *Coord. c. Estados Unidos*, nota 45 *supra*, párr. 37.

83 *Salas c. Estados Unidos*, Informe N° 31/93, Caso N° 10.573, 14 de octubre de 1993, Informe Anual 1993, OEA/Ser.L/V/85, Doc. 9 rev., 11 de febrero de 1994, párr. 6.

84 Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile, OEA/Ser.L/V/II.66, Doc. 17, 9 de septiembre de 1985, cap. III, párrs. 81-91, 181.

85 Segundo informe sobre la situación de los derechos humanos en Surinam, OEA/Ser.L/V/II.66, doc.21 rev 1, 2 de octubre de 1985, cap. V, E.

Convención contra la tortura, Convención sobre los derechos del niño, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención internacional para la eliminación de todas las formas de discriminación racial

El artículo 2 de la Convención contra la tortura exige que cada Estado Parte tome medidas eficaces para prevenir la tortura “en todo territorio que esté bajo su jurisdicción”. La propuesta original sólo empleaba la formulación “en su jurisdicción”. Se afirmó que se podría interpretar que estaban incluidos los ciudadanos de un Estado que están residiendo en el territorio de otro Estado. Se propuso cambiar la frase por “todo territorio bajo su jurisdicción”, lo que cubriría la “tortura infligida a bordo de navíos o aeronaves registradas en el Estado correspondiente así como en territorios ocupados”⁸⁶. En concordancia con este propósito, el Comité contra la tortura ha interpretado que esto incluye los territorios bajo el control efectivo de un Estado Parte en la Convención, pero lo ha hecho contra las protestas de algunos Estados, como el Reino Unido⁸⁷ y Estados Unidos⁸⁸.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no contiene ninguna cláusula de aplicación⁸⁹. El Comité de la ONU de derechos económicos, sociales y culturales y la Corte Internacional de Justicia han afirmado, de todos modos, la aplicabilidad de ese tratado a todas las personas que estén bajo el control de un Estado, sobre todo en territorios ocupados⁹⁰.

La Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 2(1), garantiza los derechos establecidos en la Convención a todo niño en la jurisdicción de los Estados Partes; el Comité de los Derechos del Niño y la Corte Internacional de Justicia han interpretado que esa formulación incluye los territorios ocupados⁹¹.

La Corte Internacional de Justicia halló, en su orden del 15 de octubre de 2008 en el caso entre Georgia y la Federación de Rusia que la Convención internacional para la eliminación de todas las formas de discriminación racial se aplica a actos cometidos fuera del territorio de un Estado⁹².

86 Report of the Working Group on A Draft Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Doc. ONU E/CN.4/L.1470, 12 de marzo de 1979, párr. 32; Francia propuso que la expresión “en su jurisdicción” se reemplazara por “en su territorio” en todo el proyecto, E/CN.4/1314, párr. 54.

87 Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Doc. ONU CAT/C/CR/33/3, 10 de diciembre de 2004, párr. 14.

88 Comité contra la Tortura, Informe Sumario de la 703a reunión, Doc. ONUCAT/C/SR.703, 14 de mayo de 2006, párr. 14.

89 Lo mismo sucede con la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación racial y la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

90 Caso del muro, nota 47 *supra*, párr. 112.

91 Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales sobre Israel, Doc. ONU CRC/C/15/Add.195, 9 de octubre de 2002; caso del muro, nota 47 *supra*, párr. 113.

92 CIJ, *Case Concerning Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation), Request for the Indication of Provisional Measures*, orden del 15 de octubre de 2008, párr. 109.

Práctica de los Estados

Los Estados miembros del Consejo de Europa han adoptado unánimemente resoluciones en el Comité de Ministros, el órgano decisorio del Consejo, relativas a la ejecución de fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que han aplicado el Convenio extraterritorialmente, por ejemplo en el caso de *Chipre c. Turquía* por violaciones cometidas por Turquía durante su ocupación⁹³ o por las violaciones cometidas por la Federación de Rusia en Transnistria en Moldova⁹⁴.

Las posiciones y las prácticas de los Estados en torno a la aplicación extraterritorial de los derechos humanos, tal como ha se ha expresado en un largo período en resoluciones de la Asamblea General o del Consejo de Seguridad, tienden a confirmar la aplicación de los derechos humanos en los conflictos armados internacionales. Tras la invasión de Hungría por las tropas soviéticas en 1956, el Consejo de Seguridad instó a la Unión Soviética y a las autoridades de Hungría a “que respeten... el goce por parte del pueblo húngaro de los derechos humanos y las libertades fundamentales”⁹⁵. En 1967, consideró, con respecto a los territorios ocupados por Israel que “los derechos humanos esenciales e inalienables deben respetarse incluso durante las vicisitudes de la guerra”⁹⁶. Más recientemente, ha condenado las violaciones de los derechos humanos “por milicias y grupos armados extranjeros” en la República Democrática del Congo⁹⁷. Como se ha mencionado, las resoluciones de la Asamblea General de la ONU y de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU a veces también hacen referencia a los derechos humanos en esas situaciones⁹⁸.

Pocos Estados han cuestionado, ante los organismos de derechos humanos, la aplicación de los tratados de derechos humanos en el exterior⁹⁹. Aparte de Israel, no puede decirse con certeza si hay algún Estado que haya objetado persistentemente la aplicación extraterritorial de los tratados de derechos humanos. Además,

93 Resolución interina ResDH (2005) 44, relativa al fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 10 de mayo de 2001 en el caso de Chipre contra Turquía (adoptado por el Comité de Ministros el 7 de junio de 2005, en la 928ª reunión de los viceministros).

94 Resolución interina ResDH (2006) 26, relativa al fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 8 de julio de 2004 (Cámara Grande) en el caso de Ilascu y otros contra Moldova y la Federación de Rusia (adoptado por el Comité de Ministros el 10 de mayo de 2006 en la 964ª reunión de los viceministros).

95 Res. AG 1312 (XIII), 12 de diciembre de 1958. V. nota 14 *supra*.

96 Res. CS 237 (1967) del 14 de junio de 1967, párr. preámbulo 2. V. nota 5 *supra*.

97 Doc. ONU S/RES/1649 del 21 de diciembre de 2005.

98 V. notas 30 y 31 *supra*.

99 V. Respuestas presentadas por el Gobierno de los Países Bajos en relación con las preocupaciones expresadas por el Comité de Derechos Humanos en sus observaciones finales, CCPR/CO/72/NET, 29 de abril de 2003; Segundo informe periódico de Israel al Comité de Derechos Humanos, Doc. ONU CCPR/C/ISR/2001/2, 4 de diciembre de 2001, párr. 8; Segundo informe periódico de Israel al comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Doc. ONU E/1990/6/Add.32, 16 de octubre de 2001, párr. 5; Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Doc. ONU CAT/C/CR/33/3, 10 de diciembre de 2004, párr. 4 (b); Informe Sumario de la 703ª reunión, Doc. ONU CAT/C/CR/33/3, 12 de mayo de 2006, párr. 14, Anexo I; Alcance territorial de la aplicación del Pacto, 2º y 3º informes de Estados Unidos de América, Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 40 del Pacto, Doc. ONU CCPR/C/USA/3, 28 de noviembre de 2005.

debemos observar que algunos tribunales nacionales importantes, por ejemplo en Israel¹⁰⁰ y el Reino Unido¹⁰¹, han aplicado los derechos humanos extraterritorialmente. De modo que las objeciones de esos gobiernos no reflejan necesariamente una práctica estatal interna coherente, dado que esa práctica incluye todos los poderes de gobierno (ejecutivo, legislativo y judicial)¹⁰².

Nos alejariamos del objeto de este artículo si analizáramos qué derechos humanos son consuetudinarios. Pero no caben dudas de que los principales derechos humanos, como la prohibición de la privación arbitraria de la vida, la prohibición de la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes, la prohibición de la privación arbitraria de la libertad o el derecho a un proceso equitativo, forman parte del derecho internacional consuetudinario. En cuanto a su alcance territorial, puede verse, a partir de las resoluciones de la ONU mencionadas, que la aplicación extraterritorial no se ha cuestionado fuera del derecho convencional¹⁰³. Los derechos humanos en el derecho internacional consuetudinario son de naturaleza universal y, por lo tanto, pertenecen a todo ser humano, esté donde esté. De modo que puede argumentarse que los derechos humanos consuetudinarios se aplican a todos los territorios del mundo y que todo funcionario estatal, sea que actúe en su propio territorio o en el exterior, está obligado a respetarlos. En otras palabras, el respeto de los derechos humanos consuetudinarios no es un asunto de aplicación extraterritorial porque, fuera de las cláusulas de aplicación de los tratados, el respeto de los derechos humanos nunca se ha confinado territorialmente.

Complementariedad y *lex specialis*

La aplicación conjunta de los derechos humanos y del derecho humanitario tiene el potencial de ofrecer una fuerte protección a la persona, pero también puede plantear muchos problemas. Dada la creciente especialización de las diferentes ramas del derecho internacional, los diferentes regímenes se superponen, se complementan o se contradicen. Los derechos humanos y el derecho humanitario no son sino un ejemplo de este fenómeno¹⁰⁴. De modo que es necesario revisar las normas internacionales pertinentes y los principios generales de interpretación a fin de analizar la relación entre los derechos humanos y el derecho humanitario.

100 V., por ejemplo, *Marab v. IDF Commander in the West Bank*, HCJ 3239/02, fallo del 18 de abril de 2002.

101 *Al-Skeini and others v. Secretary of State for Defence*, [2004] EWHC 2911 (Admin), N° CO/2242/2004, 14 de diciembre de 2004; v. también *Al-Skeini and others v. Secretary of State for Defence*, [2005] EWCA Civ 1609, 21 de diciembre de 2005, párrs. 3-11, 48-53, 189-190; *Al-Jedda, R v. Secretary of State for Defence*, [2005] EWHC 1809 (Admin), de agosto de 2005.

102 La importancia de los fallos judiciales en la formación del derecho consuetudinario cuando esos fallos están en contradicción con las posiciones del ejecutivo ha sido objeto de debate: v. International Law Association, Final Report of the Committee on Formation of Customary International Law, Statement of principles applicable to the formation of general customary international law, pp. 17, 18.

103 V., por ejemplo, ejército de Estados Unidos, *Operational Handbook* de 2006, cap. 3, p. 47. Para el alcance extraterritorial del derecho consuetudinario a la vida, v. Nils Melzer, *Targeted Killing*, 2007, pp. 287 y ss.; David Kretzmer, "Targeted killing of suspected terrorists: extra-judicial executions or legitimate means of defence?", *European Journal of International Law*, vol. 16 (2005), pp. 171, 185; Orna Ben Naftali y Yuval Shany, "Living in denial: the application of human rights in the occupied territories", *Israel Law Review*, vol. 37 (2004), pp. 17, 87.

104 Bothe, nota 4 *supra*, p. 37.

Rasgos distintivos del derecho de los derechos humanos y del derecho humanitario

Antes de analizar las posibilidades de la aplicación conjunta, cabe recordar algunas distinciones fundamentales entre ambos derechos. En primer lugar, el derecho humanitario sólo se aplica en tiempo de conflicto armado, mientras que el derecho de los derechos humanos se aplica en todo momento. En segundo lugar, el derecho de los derechos humanos y el derecho humanitario tradicionalmente son vinculantes para partes diferentes. Está claro que el derecho humanitario es vinculante para las “partes en conflicto”¹⁰⁵, es decir tanto las autoridades estatales como las partes no estatales, pero esa cuestión es mucho más controvertida en el caso del derecho de los derechos humanos. Tradicionalmente, se ha interpretado que el derecho internacional de los derechos humanos es vinculante sólo para los Estados y habrá que ver cómo evoluciona el derecho en ese sentido¹⁰⁶. En tercer lugar, los derechos humanos internacionales no pueden suspenderse¹⁰⁷, salvo algunas pocas excepciones, mientras que el derecho humanitario no puede suspenderse (con la única excepción del artículo 5 del cuarto Convenio de Ginebra). En último lugar, existen diferencias considerables en los derechos procesales y secundarios, como el derecho a interponer recurso en forma individual, tal como veremos más adelante¹⁰⁸.

Así pues, queda claro desde el inicio que es imposible una fusión completa de ambos ordenamientos jurídicos. Es natural entonces que el enfoque en la jurisprudencia y la práctica sea que los derechos humanos y el derecho humanitario no son mutuamente exclusivos, sino que se complementan y refuerzan mutuamente. Sin embargo, el concepto de complementariedad es de naturaleza política más que jurídica. Para dar con un marco jurídico dentro del cual puedan aplicarse conjuntamente los derechos humanos y el derecho humanitario, se debe recurrir a las herramientas que ofrecen los principios de interpretación jurídica. Esto nos conduce a dos conceptos principales: el concepto de complementariedad en su acepción jurídica de conformidad con la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados y el concepto de *lex specialis*.

Qué significa “complementariedad”

Complementariedad significa que los derechos humanos y el derecho humanitario no se contradicen, sino que, por basarse en los mismos principios y valores, pueden influirse y reforzarse mutuamente. En tal sentido, la complementariedad refleja un método de interpretación consagrado en el artículo 31(3)(c) de la Con-

105 V. art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra.

106 Art. 2 PIDCP; art. 1 Convenio Europeo de Derechos Humanos; art. 1 Convención Interamericana de Derechos Humanos; v. Andrew Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford University Press, Oxford, 2006.

107 V. art. 4 PIDCP, art. 15 Convenio Europeo de Derechos Humanos; art. 27 Convención Interamericana de Derechos Humanos.

108 V. más abajo. “Investigaciones, recursos, reparaciones”.

vención de Viena sobre el derecho de los tratados, que establece que, para interpretar una norma, se deberá considerar “toda norma pertinente del derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”. En cierto sentido, este principio consagra la idea del derecho internacional entendido como sistema coherente¹⁰⁹. Considera el derecho internacional como un régimen en el que diferentes conjuntos de normas conviven en armonía. De modo que el derecho de los derechos humanos puede interpretarse a la luz del derecho internacional humanitario y viceversa.

Qué significa el principio de *lex specialis*

Sin embargo, con frecuencia, la relación entre el derecho de los derechos humanos y el derecho humanitario se describe como una relación entre el derecho general y el derecho especializado, donde el derecho humanitario es la *lex specialis*. Esta fue la posición de la Corte Internacional de Justicia en el caso de las armas nucleares antes mencionado, en el que la Corte sostuvo que:

“Sin embargo, la prueba de qué es una privación arbitraria de la vida debe ser determinada por la *lex specialis* aplicable, es decir el derecho aplicable en los conflictos armados, que fue concebido para regular la conducción de las hostilidades.”¹¹⁰

La Corte repitió la referencia al principio de la *lex specialis* en el caso del muro¹¹¹. No lo hizo en el caso de la *República Democrática del Congo c. Uganda*¹¹². Dado que la Corte no dio ninguna explicación sobre esa omisión, no queda claro si fue deliberada y representa un cambio en la postura de la Corte.

De los organismos internacionales de derechos humanos, la Comisión Interamericana ha seguido la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, citando el principio de la *lex specialis*¹¹³, pero no lo han hecho muchos otros. Ni la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ni el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han dado a conocer su opinión al respecto. El Comité de Derechos Humanos sí lo ha hecho, pero ha evitado el empleo de la expresión *lex specialis* y ha hallado, en cambio, que “el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario son esferas complementarias y no mutuamente excluyentes”¹¹⁴.

El principio de *lex specialis* es un principio aceptado de interpretación en el derecho internacional. Deriva de un principio romano de interpretación según

109 Campbell McLachlan, “The principle of systemic integration and Article 31 (3) (c) of the Vienna Convention”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54 (2005), pp. 279-320; Comisión de Derecho Internacional, *Report of the Study Group on Fragmentation of International Law: Difficulties arising from Diversification and Expansion of International Law*, Doc. ONU A/CN.4/L.676, 29 de julio de 2005, párr. 27; v. también Philippe Sands, “Treaty, Custom and the Cross-fertilization of International Law”, *Yale Human Rights and Development Law Journal*, vol. I (1999), p. 95.

110 Caso de las armas nucleares, nota 46 *supra*, párr. 25.

111 Caso del muro, nota 47 *supra*, párr. 106.

112 *DRC v. Uganda*, nota 48 *supra*, párr. 216.

113 *Coard v. the United States*, nota 45 *supra*, párr. 42.

114 Comité de Derechos Humanos, Observación general 31, nota 50 *supra*, párr. 11.

el cual, en situaciones reguladas especialmente por una norma específica, esa norma desplazaría la norma más general (*lex specialis derogat legi generali*). El principio de *lex specialis* puede hallarse en los escritos de autores tan antiguos como Vattel¹¹⁵ o Grocio. Este último escribe:

“¿Qué normas deben observarse en esos casos [es decir cuando las partes de un documento están en conflicto]? Ante acuerdos iguales... se debería dar preferencia al más específico y cercano al tema que se esté tratando, dado que las disposiciones especiales suelen ser más eficaces que las generales.”¹¹⁶

En la bibliografía jurídica, varios comentaristas critican la falta de claridad del principio de *lex specialis*. En primer lugar, se ha dicho que el derecho internacional, en comparación con el derecho nacional, no tiene una jerarquía clara de normas ni un legislador centralizado, sino “una variedad de foros, muchos de los cuales no tienen relación entre ellos y son independientes, lo que crea un sistema diferente del orden jurídico interno, que es más coherente”¹¹⁷. En segundo lugar, se ha subrayado que el principio de *lex specialis* fue concebido originalmente para el derecho interno y que no se lo puede aplicar fácilmente al muy fragmentado sistema del derecho internacional¹¹⁸. En tercer lugar, los críticos señalan que nada indica, particularmente entre el derecho de los derechos humanos y el derecho humanitario, cuál de las dos normas es la *lex specialis* y cuál la *lex generalis*¹¹⁹. Algunos, por ejemplo, sostienen que el derecho de los derechos humanos bien podría ser el ordenamiento prevaleciente para personas en poder de una autoridad¹²⁰. Incluso se ha criticado que “este amplio principio permite la manipulación del derecho de tal forma que apoya argumentos diametralmente opuestos tanto de los que están por como de los que están en contra de la compartimentalización del DIH y del DIDH”¹²¹. Por ello, los críticos han propuesto modelos alternativos al enfoque de la *lex specialis*, llamados “teoría pragmática de la armonización”¹²², “polinización cruzada”¹²³, “fertilización

115 Emerich de Vattel, *Le Droit Des Gens ou Principes de la Loi Naturelle*, libro II, cap. xvii, párr. 316 (reproducción de los libros I y II, edn. 1758 en *The Classics of International Law*, Ginebra, Slatkine Reprints, Henry Dunant Institute, 1983).

116 Hugo Grocio, *De Iure Belli Ac Pacis*, Libro II, sección XXIX, Library Ires.

117 Anja Lindroos, “Addressing the norm conflicts in a fragmented system : the doctrine of *lex specialis*”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 74 (2005), p. 28.

118 V., por ejemplo, Comisión de Derecho Internacional, Report of the Study Group, nota 108 *supra*; Lindroos, nota 117 *supra*, pp. 27-28.

119 Nancie Prud’homme, “*Lex specialis* : oversimplifying a more complex and multifaceted relationship?”, *Israel Law Review*, vol. 40 (2) (2007); p. 356; Gloria Gaggioli y Robert Kolb, “A right to life in armed conflicts? The contribution of the European Court of Human Rights”, *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 37 (2007), pp. 115-169.

120 Louise Doswald-Beck, “El derecho internacional humanitario y la Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 139, enero-febrero de 1997, disponible en www.cicr.org/spa/revista.

121 Prud’homme, nota 119 *supra*, p. 14.

122 *Ibid.*, p. 6.

123 Rene Provost, *International Human Rights and Humanitarian Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 350.

cruzada”¹²⁴ o “modelo mixto”¹²⁵. Sin entrar en mayores detalles, puede decirse que estos enfoques comparten la característica de hacer hincapié en la armonía entre los dos ordenamientos jurídicos, y no en la tensión entre ellos.

En último lugar, parece haber una falta de consenso en la bibliografía jurídica sobre el significado del principio de *lex specialis*. El Informe del grupo de estudio de la Comisión de Derecho Internacional sobre la fragmentación del derecho internacional ha hallado que la *lex specialis* no es necesariamente un principio para resolver un conflicto entre normas; en realidad, cumple dos funciones: como una interpretación más específica o como una excepción del derecho general. Según explica Martti Koskenniemi:

“El derecho considera de dos maneras la relación de una norma particular con una norma general (a menudo llamadas principios). Una norma particular puede considerarse una aplicación de la norma general en una circunstancia dada. Esto equivale a decir que puede ofrecer instrucciones acerca de lo que la norma general requiere en el caso de que se trata. Otra posibilidad es que una norma particular sea concebida como una excepción a la norma general. En ese caso, la norma particular deroga la norma general. La máxima *lex specialis derogat legi generali* a menudo se interpreta como una norma de conflicto. Sin embargo, no se la debe concebir solamente como un conflicto.”¹²⁶

Entendido no como un principio para resolver conflictos de normas sino como un principio de interpretación más específica, el principio de *lex specialis* incorpora el enfoque de la complementariedad antes mencionado. Se asemeja mucho al principio del artículo 31(3)(c) de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, según el cual los tratados deben interpretarse a la luz unos de otros.

De modo que hay dos aspectos del principio de *lex specialis*. Uno es su significado como principio de interpretación según el cual una norma más general es interpretada a la luz de una norma más específica. Otro es su función como regla que rige los conflictos entre normas.

A la luz de esta interpretación, puede llegarse a la siguiente conclusión. La complementariedad, es decir la *lex specialis* en el sentido de una regla de interpretación, a menudo puede ofrecer soluciones para armonizar normas diferentes, pero tiene sus limitaciones. Cuando se presenta un verdadero conflicto de normas, una de las normas debe prevalecer¹²⁷. En tales situaciones, el principio de *lex specialis*, en el sentido de regla para resolver conflictos, da precedencia a la norma que sea más apta y adecuada para la situación específica. Puede haber controversias en cuanto a qué norma es más especializada en una situación concreta y, en verdad “no es realista pensar que se puede determinar en forma abstracta que una rama del derecho es más específica que otra”¹²⁸. Pero ello no debería poner en entredicho la aplicación del principio de la *lex specialis*

124 Sands, nota 109 *supra*, pp. 85-105.

125 Kretzmer, nota 103 *supra*, p. 171.

126 Martti Koskenniemi, Study on the Function and Scope of the Lex Specialis Rule and the Question of “Self Contained Regimes”, Doc. ONU ILC (LVI)/SG/FIL/CRD.1 y Add. 1 (2004), p. 4.

127 V. Comisión de Derecho Internacional, Report of the Study Group, nota 109 *supra*, párr. 42.

128 Lindroos, nota 117 *supra*, p. 44.

como tal. Si bien las normas respectivas del derecho humanitario y de los derechos humanos en su mayoría pueden interpretarse a la luz unas de otras, algunas de ellas son contradictorias y se debe decidir cuál prevalece. Al determinar qué norma es la más especializada, los indicadores más importantes son la precisión y la claridad de una norma y su adaptación a las circunstancias particulares del caso.

La aplicación de la *lex specialis* en sus dos diferentes funciones a la interacción entre los derechos humanos y el derecho humanitario puede ilustrarse con el ejemplo del uso de la fuerza, especialmente en los conflictos armados no internacionales y en situaciones de ocupación.

Uso de la fuerza

Diferentes criterios sobre el uso de la fuerza en el derecho de los derechos humanos y el derecho humanitario

Las normas que rigen el uso de la fuerza en el derecho humanitario y el derecho de los derechos humanos se basan en supuestos diferentes. El derecho de los derechos humanos “apunta a que los funcionarios del Estado evalúen cada vez el uso de fuerza letal, mientras que el derecho humanitario se basa en la premisa de que se usará la fuerza y se atentará intencionalmente contra la vida de seres humanos”¹²⁹.

Conforme al derecho de los derechos humanos, la fuerza letal puede emplearse si existe un peligro *inminente* de violencia grave y tal que no puede impedirse ese uso. El peligro no puede ser meramente hipotético, debe ser inminente¹³⁰. Este uso de la fuerza letal extremadamente acotado para proteger el derecho a la vida es confirmado en los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, que afirman que “sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida” y exigen que se dé una advertencia clara antes de emplear armas de fuego, con tiempo suficiente para que se tome en cuenta la advertencia¹³¹. Según el derecho de los derechos humanos, es poco probable que la planificación de una operación para matar sea lícita. Los oficiales de policía se entrenan en técnicas de disipación o en el uso de armas de forma completamente diferente a los soldados. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por ejemplo, ha desarrollado una profusa jurisprudencia sobre los requisitos de la planificación y el control del uso de la fuerza a fin de evitar el uso de fuerza letal¹³².

129 Kenneth Watkin, “Controlling the use of force: a role for human rights norms in contemporary armed conflict”, *American Journal of International Law*, vol. 98 (2004), p. 32.

130 V. Principios 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; v. también Nigel Rodley, *The Treatment of Prisoners Under International Law*, Oxford University Press, Oxford, 1999, pp. 182-188; Kretzmer, nota 103 *supra*, p. 179.

131 Principios 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.

132 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *McCann and Others v. United Kingdom*, 18984/91, párrs. 202-213; *Andronicou and Constantinou v. Cyprus*, fallo del 9 de octubre de 1997, Informes 1997-VI, párrs. 181-186, 191-193; *Hugh Jordan v. the United Kingdom*, fallo de 4 de mayo de 2001, párrs. 103-104; *Ergi v. Turkey*, nota 43 *supra*, párr. 79; *Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia*, nota 43 *supra*, párrs. 169-171; *Isayeva v. Russia*, nota 43 *supra*, párr. 189.

En el derecho internacional humanitario, los principales principios relativos al uso de la fuerza son los principios de distinción, precaución y proporcionalidad a fin de evitar causar en forma incidental la muerte a civiles o daños a bienes de carácter civil¹³³. El principio de proporcionalidad en el derecho humanitario es diferente de la proporcionalidad en el derecho de los derechos humanos¹³⁴. Este derecho exige que el uso de la fuerza sea proporcionado al objetivo de proteger la vida, mientras que el derecho humanitario prohíbe “los ataques, cuando sea de prever que causarían incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, o daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista”¹³⁵. Ambos principios pueden llevar a resultados diferentes. Por otro lado, algunos autores sostienen que “las diferencias se están disipando paulatinamente ya que los organismos de derechos humanos impulsan cada vez más el desarrollo de una rama de derechos humanos en tiempo de guerra, sensibles a las características peculiares de ese tipo de situación”¹³⁶.

Cada vez más se considera que, en el derecho humanitario, la capacidad de emplear fuerza letal está limitada no sólo por un principio de proporcionalidad que protege contra la muerte de civiles o los daños contra bienes de carácter civil causados en forma incidental, sino también por otras limitaciones inherentes al derecho humanitario, en particular el principio de necesidad militar y el principio de humanidad¹³⁷. Una de las normas más antiguas que se citan al respecto es el párrafo preambular de la Declaración de San Petersburgo de 1868, que afirma que “el único objetivo legítimo que los Estados deben proponerse durante la guerra es la debilitación de las fuerzas militares del enemigo”¹³⁸. Podríamos mencionar otras normas para respaldar este argumento, en particular la prohibición de no dar cuartel¹³⁹ o sobre el empleo de armas que causan sufrimientos innecesarios o lesiones superfluas¹⁴⁰. En ese sentido, la necesidad militar se entiende no sólo como un principio que sustenta el derecho internacional humanitario o incluso como un principio que supedita otras normas del derecho humanitario al objetivo militar, sino también como un principio que impone restricciones a los medios y los métodos bélicos. Por lo que respecta al empleo de la fuerza, lo limita al grado y al tipo de fuerza necesarios para lograr reducir al enemigo. Por consiguiente, “el hecho de que el derecho humanitario no prohíba los ataques directos contra los combatientes no

133 Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck (eds.), *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, CICR, Buenos Aires, 2007, normas 11-21.

134 V. el debate sobre el principio de proporcionalidad en Noam Lubell, “Los problemas de aplicación de los derechos humanos en los conflictos armados”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N.º 860, diciembre de 2005, disponible en www.cicr.org/spa/revista.

135 V. la codificación en el Protocolo adicional I, art. 51 (5).

136 Gaggioli y Kolb, nota 119 *supra*, p. 138.

137 Para un análisis exhaustivo del concepto de necesidad militar y su uso en los manuales militares modernos, v. Melzer, nota 103 *supra*, pp. 336-356; Gaggioli y Kolb, nota 119 *supra*, p. 136.

138 Preámbulo de la Declaración de San Petersburgo de 1868 a los fines de prohibir la utilización de ciertos proyectiles en tiempo de guerra. El artículo 14 del Código de Lieber contiene una cláusula similar: “La necesidad militar, tal como la entienden las naciones civilizadas, consiste en la necesidad de adoptar medidas indispensables para lograr los fines de la guerra y que sean lícitas de conformidad con el derecho moderno y los usos de la guerra”. V. también los arts. 15 y 16 del Código de Lieber, que definen la necesidad militar.

139 Reglamento de La Haya de 1907, art. 23 (c); II Convenio de Ginebra, art. 12; Protocolo adicional I, art. 40.

140 Protocolo adicional I, art. 35 (2).

implica una autorización lícita a matar a combatientes en cualquier momento y lugar cuando no estén fuera de combate en el sentido del artículo 41(2) del Protocolo adicional I¹⁴¹. Sin embargo, este enfoque no deja de suscitar controversias entre los académicos y los expertos en derecho internacional humanitario.

Considerando estas dos normas, es interesante detenerse en los recientes desarrollos de la jurisprudencia. ¿Han cuestionado las normas? ¿Han producido una confluencia, como a veces se sostiene? Sin embargo, debe recordarse que la mayor parte de la jurisprudencia existente es de los organismos y los tribunales de derechos humanos y, en cierta medida, los tribunales nacionales. Las sentencias de estos organismos y tribunales no tienen un efecto vinculante universal. Además, adjudican casos en el marco de tratados o derechos específicos. En particular, los organismos de derechos humanos con frecuencia simplemente ignoran el derecho humanitario porque los Estados no reconocen que están participando en un conflicto armado. De modo que debe hacerse un esfuerzo para descubrir en qué sentido sus declaraciones pueden generalizarse o no y si o cómo pueden influir en el debate dogmático más amplio sobre los derechos humanos y el derecho humanitario.

Conflictos armados no internacionales

Prácticamente no habría controversias en torno al argumento de que, para la conducción de las hostilidades, es decir los enfrentamientos en el campo de batalla, el derecho humanitario es, en general, la *lex specialis* en relación con el derecho de los derechos humanos, pero hay dos situaciones más problemáticas: el empleo de la fuerza en conflictos armados no internacionales y el empleo de la fuerza en situaciones de ocupación, donde los derechos humanos tienen un papel importante que cumplir. En esas situaciones, ¿el derecho humanitario es siempre la *lex specialis*?

Derecho humanitario

El derecho humanitario convencional sobre conflictos armados no internacionales contiene muy pocas normas sobre la conducción de las hostilidades. La más importante es la que establece la protección de los civiles contra los ataques, a menos que participen directamente en las hostilidades y mientras dure esa participación, consagrada en el artículo 13(3) del Protocolo adicional II. Sin embargo, es relativamente poco controversial considerar que las normas que regulan la conducción de las hostilidades, por ejemplo las de distinción, proporcionalidad y precaución, forman parte del derecho internacional humanitario consuetudinario aplicable a los conflictos armados no internacionales¹⁴².

La dificultad es que no existe un estatuto de combatiente en los conflictos armados no internacionales. Esto podría llevar a concluir que, aparte de las fuer-

141 Nils Melzer, nota 103 *supra*, p. 347; según la expresión de Jean Pictet: “Si se puede dejar fuera de acción a un soldado capturándolo, no se lo debería herir; si se puede obtener el mismo resultado hiriéndolo, no se lo debería matar. Si hay dos medios de lograr la misma ventaja militar, se debe elegir la que cause el mal menor”. *Development and Principles of Humanitarian Law*, pp. 75 y ss (1985).

142 V. Henckaerts y Doswald-Beck, nota 133 *supra*, normas 1, 2, 5-24.

zas armadas gubernamentales, en esos conflictos sólo hay civiles, lo que significa que los miembros de los grupos armados sólo podrían ser atacados cuando están participando realmente en las hostilidades, y no en otro momento. Desde un punto de vista militar, se sostiene que ello no es factible y no refleja la realidad de los conflictos armados. Además crea un desequilibrio entre los miembros de las fuerzas armadas gubernamentales, quienes podrían ser atacados en todo momento, y los miembros de los grupos armados, quienes no podrían serlo. Durante la redacción del Protocolo adicional II, no había intención de excluir los ataques en todo momento contra los miembros de grupos armados que están luchando contra el gobierno. En cambio, el Comentario del Protocolo adicional II de 1977 afirma que “las personas pertenecientes a las fuerzas armadas o a grupos armados pueden ser atacadas en todo tiempo”¹⁴³. En realidad, el principio de distinción sólo tiene sentido si no todos son civiles, es decir si se exige a las fuerzas gubernamentales que distingan entre la población civil y los miembros de grupos armados de oposición. Entonces, ¿quién puede ser atacado y en qué condiciones?

En términos generales, hay tres maneras de abordar el ataque contra miembros de grupos armados en conflictos armados no internacionales. La primera es sostener que si un miembro de un grupo armado tiene una función de combate permanente, a pesar de que sigue siendo un civil¹⁴⁴, el mero hecho de tener una función de combate se equipara a una participación directa en las hostilidades y, por lo tanto, esa persona puede ser atacada en todo momento (una suerte de participación directa en las hostilidades “continua”)¹⁴⁵. La segunda manera es definir los miembros de grupos armados que tienen una función de combate permanente como “combatientes a los fines de la conducción de las hostilidades”, pero sin conferirles un estatuto de combatientes ni inmunidad, como en los conflictos armados internacionales (“enfo-

143 Sandoz, Swinarski y Zimmerman, nota 23 *supra*, apartado 4789.

144 La Corte Suprema de Israel ha adoptado la opinión de que los miembros de grupos “terroristas” siguen siendo civiles que pueden ser atacados si participan directamente en las hostilidades y mientras dure esa participación. *The Public Committee against Torture in Israel and the Palestinian Society for the Protection of Human Rights and the Environment v. The Government of Israel, the Prime Minister of Israel, the Minister of Defence, the Israel Defense Forces, the Chief of General Staff of the Israel Defense Forces and Surat HaDin – Israel Law Center and 24 Others*, la Corte Suprema de Israel sesionando como Tribunal Supremo de Justicia, fallo del 14 de diciembre de 2006 (en adelante, caso de las ejecuciones selectivas), párr. 28. Sin embargo, ha evitado la cuestión de qué significa la expresión “mientras dure esa participación” (párr. 40).

145 V. Tercera reunión de expertos sobre participación directa en las hostilidades. Informe Sumario, 2005, pp. 48-49, disponible en [http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/participation-hostilities-ihl-11205/\\$File/Direct_participation_in_hostilities_2005_eng.pdf](http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/participation-hostilities-ihl-11205/$File/Direct_participation_in_hostilities_2005_eng.pdf) (en adelante, Informe participación directa). Esta parece ser también la postura de la Corte Suprema de Israel en el caso de las ejecuciones selectivas, nota 144 *supra*, párr. 39: “un civil que se ha sumado a una organización terrorista que se ha convertido en su “hogar”, y en el marco de su función en esa organización comete una serie de hostilidades, con cortos intervalos entre ellas, pierde su inmunidad contra los ataques “mientras dure” la comisión de ese serie de ataques”. Pero la Corte Suprema también reconoce que, entre esa situación y un civil que participó esporádicamente, sólo una vez, en las hostilidades y que sólo puede ser atacado en ese momento de participación, existe una zona gris “respecto de la cual el derecho internacional consuetudinario aún no se ha cristalizado”, párr. 40.

que de la membresía”)¹⁴⁶. La tercera manera consiste en considerar que nadie que no sea formalmente un combatiente, es decir que no sea un miembro de las fuerzas armadas, es un civil y sólo puede ser atacado durante el tiempo real en que esté participando directamente en las hostilidades.

La consecuencia de los dos primeros enfoques es que los miembros de los grupos armados que tienen una función de combate podrían ser atacados en todo momento según el derecho internacional humanitario. Las normas que restringen el empleo de la fuerza contra ellos serían las normas que regulan los medios y los métodos bélicos, por ejemplo las normas sobre el empleo de armas, la prohibición de la perfidia, la negativa a dar cuartel.

Sin embargo, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, muchos se sienten a disgusto con al menos una parte de esa solución, porque si bien es poco problemático aceptar que “no es posible detener a rebeldes que están organizados, armados y agrupados”¹⁴⁷, es mucho más controvertido sostener que un miembro de un grupo armado, incluso un miembro con una función de combate permanente, puede ser atacado en todo momento sin las restricciones impuestas por el derecho de los derechos humanos. ¿Puede un miembro de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) ser atacado mientras hace las compras en Bogotá, en lugar de planificar una operación para arrestarlo? ¿Puede un miembro sospechoso del Partido de los Trabajadores de Kurdistán (PKK) ser atacado con fuerza letal de conformidad con los principios del derecho internacional humanitario cuando está participando en una manifestación? ¿Puede emplearse la fuerza letal sin dar ningún tipo de aviso contra un rebelde checheno en Moscú, cuando está en su casa? La principal cuestión práctica es si esas personas tienen que ser arrestadas, si ello fuera posible, en lugar de asesinadas. ¿Las normas tradicionales del derecho humanitario prevalecen en tal situación, estarían influidas por el derecho de los derechos humanos o el derecho de los derechos humanos como *lex specialis* desplazaría el derecho humanitario?

El derecho internacional humanitario convencional no aclara demasiado la cuestión. Como hemos explicado, el principio de necesidad militar, en su sentido restrictivo, podría impedir el hecho de disparar para matar a un combatiente en circunstancias donde no hay necesidad de hacerlo para lograr un objetivo militar concreto, pero esta interpretación de la necesidad militar sigue siendo controversial¹⁴⁸. Por otro lado, esos casos se presentan cada vez más ante organismos de derechos humanos, que los han abordado desde la perspectiva de los derechos humanos.

146 Yoram Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflicts*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 29; Kretzmer, nota 103 *supra*, pp. 197-198; Sandoz, Swinarski y Zimmermann, nota 23 *supra*, apartado 4789; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre terrorismo y derechos humanos, OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev 1 corr., 22 de octubre de 2002, párr. 69.

147 Louise Doswald-Beck, “El derecho a la vida en los conflictos armados: ¿brinda el derecho internacional humanitario respuesta a todas las cuestiones?”, *International Review of the Red Cross*, N° 864, diciembre de 2006, disponible en www.cicr.org/spa/revista.

148 V. DPH Report 2005, nota 145 *supra*, pp. 45-46.

Jurisprudencia de derechos humanos

Uno de los primeros casos que se presentó ante el Comité de Derechos Humanos de la ONU fue el caso *Guerrero c. Colombia*¹⁴⁹. Las autoridades sospechaban que miembros de un grupo armado de oposición habían secuestrado a un ex embajador y lo tenían como rehén en una casa en Bogotá. Como no encontraron al rehén, las fuerzas policiales esperaron que los rebeldes regresaran y les dispararon. El Comité de Derechos Humanos sostuvo que:

“La acción policial se realizó aparentemente sin previo aviso a las víctimas y sin darles la oportunidad de rendirse a la patrulla policial ni de ofrecerle alguna explicación sobre su presencia o sus intenciones. No hay pruebas de que la acción de la policía fuera necesaria en legítima defensa o de otros, ni de que fuera necesaria para la detención o para impedir la huida de las personas interesadas... La acción policial que causó la muerte de la señora María Fanny Suárez de Guerrero no estaba de acuerdo con las exigencias de la aplicación de la ley en las circunstancias del caso.”¹⁵⁰

El Comité de Derechos Humanos también ha criticado la política de Israel de las ejecuciones selectivas en la medida en que se utilizan, en parte, como disuasión o como castigo y ha sostenido que “antes de recurrir a la fuerza letal, deben agotarse todas las medidas que tengan por objeto detener a una persona de quien se sospecha está cometiendo actos de terror”¹⁵¹.

La Comisión Interamericana en general ha sostenido que los miembros de grupos armados que asumen funciones de combate no pueden “recuperar el estatus de civiles o alternar entre el estatuto de combatiente y el de civil”.

La jurisprudencia más abundante es la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Antes de examinarla, cabe observar que en ninguno de los casos que se han presentado ante el Tribunal los gobiernos demandados han esgrimido el argumento de que un conflicto armado estaba teniendo lugar en su país.

El caso capital del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el uso de la fuerza fue el caso *McCann y otros c. Gran Bretaña*, relativo a la ejecución de miembros del Ejército Republicano Irlandés (IRA, por la sigla en inglés) por las fuerzas especiales británicas en Gibraltar. En ese caso, el Tribunal sostuvo que el uso de la fuerza no sólo debe ser proporcionado en el momento en que se lo ejerce, sino que las operaciones, incluso contra presuntos terroristas, deben planificarse de tal modo de reducir lo máximo posible el recurso a la fuerza letal¹⁵². Este principio básico es central en todos los casos subsiguientes relativos al uso de la fuerza, sea en

149 Comité de Derechos Humanos, Comunicación N.º R.11/45, Doc ONU Sup. N.º 40(A/37/40), 31 de marzo de 1992.

150 *Ibid.*, párrs. 13.2, 13.3.

151 Observaciones finales: Israel, Doc. ONU CCPR/CO/78/ISR, 21 de agosto de 2003, párr. 15.

152 *McCann and others v. the United Kingdom*, nota 132 *supra*, párr. 194; *Gül v. Turkey*, Solicitud N.º 22676/93,

fallo del 14 de diciembre de 2000, párr. 84.

operaciones de mantenimiento del orden o en ocupaciones militares¹⁵³.

En el caso *Güleç c. Turquía*, en el que la policía disparó contra una multitud para dispersar a los manifestantes, el gobierno argumentó que había tenido que recurrir a la fuerza letal en una manifestación debido a la presunta presencia de miembros del PKK¹⁵⁴. El Tribunal no aceptó el argumento y, en cambio, sostuvo que las autoridades deberían haber planificado su operación de tal modo de evitar emplear fuerza letal, utilizando por ejemplo el equipamiento necesario como porras, escudos antidisturbios, cañones de agua, balas de goma o gases lacrimógenos, sobre todo porque la manifestación tuvo lugar en una región donde se había declarado el estado de emergencia y, por lo tanto, era previsible que ocurrieran desmanes¹⁵⁵. En el caso *Gül c. Turquía*, los policías dispararon contra la puerta que abrió Mehmet Gül después de que ellos llamaran. El Tribunal halló que la alegación de los policías de que Mehmet Gül había disparado una pistola contra ellos no se había comprobado. Sostuvo que abrir fuego con armas automáticas contra un objetivo que no habían visto en un complejo residencial habitado por civiles inocentes, incluidos niños y mujeres, había sido excesivamente desproporcionado¹⁵⁶. En el caso *Ogur c. Turquía*, el gobierno afirmó que el objetivo de los miembros de las fuerzas de seguridad había sido aprehender a la víctima, de la que sospechaban que era un terrorista. En esa ocasión, estuvieron ante una “importante respuesta armada”, a la que tuvieron que responder con disparos de advertencia, uno de los cuales impactó en Musa Ogür, que presuntamente estaba escapándose. El Tribunal no aceptó que las fuerzas de seguridad hubieran sido atacadas y sostuvo que el uso de la fuerza había sido desproporcionado, dado que no habían dado aviso y el disparo de advertencia se había ejecutado erróneamente¹⁵⁷.

En el caso *Hamiyet Kaplan c. Turquía*, el Tribunal aceptó que había enfrentamientos de magnitud entre las fuerzas del gobierno y el PKK. Cuatro personas, incluidos dos niños, murieron durante una redada policial contra miembros sospechosos del PKK, en el transcurso de la cual también resultó muerto un policía a raíz de disparos provenientes de la casa de los sospechosos. El Tribunal aceptó que había habido un enfrentamiento armado entre la policía y las personas en la casa y, por ende, descartó la hipótesis de que había habido una ejecución sumaria por parte de los oficiales de policía¹⁵⁸. De todos modos, observó que, durante la organización de la operación, no se había hecho ninguna distinción entre la fuerza letal y la no letal: los oficiales de policía usaron sólo armas de fuego, no emplearon gases lacrimógenos o armas paralizantes. La violencia descontrolada del ataque contra la casa inevitablemente puso en grave peligro la vida de los sospechosos. Criticó que no se contara con un marco jurídico ni con la instrucción suficiente como para evitar el uso de fuerza letal por la policía y que, por lo tanto, había habido una violación

153 V. el caso más reciente: *Akhmadov and others v. Russia*, fallo del 14 de noviembre de 2008, párr. 100.

154 *Güleç v. Turkey*, fallo del 27 de julio de 1998, Reports 1998-IV, párr. 67.

155 *Ibid.*, párrs. 71-73.

156 *Gül v. Turkey*, nota 152 *supra*, párr. 82.

157 *Ogür v. Turkey*, fallo del 20 de mayo de 1999, Reports 1999-III, párrs. 82-84.

158 *Hamiyet Kaplan v. Turkey*, fallo del 13 de septiembre de 2005, párr. 50.

del derecho a la vida¹⁵⁹. Una vez más, si bien el Tribunal no cuestionó la respuesta armada de los miembros sospechosos del PKK, aplicó los requisitos estrictos del mantenimiento del orden a esa situación.

El rasgo común de estos casos es que, aun cuando las personas eran presuntos terroristas o terroristas sospechados, el Tribunal aplica toda la panoplia de las salvaguardias de los derechos humanos para el derecho a la vida, incluida la necesidad de evitar la fuerza, de usar armas que evitarán heridas letales y de dar aviso.

En varios casos recientes relativos a las operaciones de seguridad contra rebeldes kurdos en Turquía y rebeldes chechenios en Rusia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha utilizado un lenguaje mucho más cercano al derecho humanitario que al derecho de los derechos humanos. En varios casos desde *Ergi c. Turquía*, el Tribunal, al evaluar la proporcionalidad en el empleo de la fuerza conforme al artículo 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ha hallado que el Estado era responsable de “tomar todas las precauciones factibles al elegir los medios y los métodos de una operación de seguridad montada contra un grupo de oposición con miras a evitar y, en cualquier caso, minimizar las pérdidas incidentales de vidas civiles”¹⁶⁰, requisito que se halla textualmente no en el derecho de los derechos humanos sino en la obligación prevista en el artículo 57(2)(a)(ii) del Protocolo adicional I de tomar tales precauciones en el ataque. El Tribunal ha aceptado que las heridas a los civiles pueden ser un resultado del uso de la fuerza contra miembros de grupos armados organizados, sin calificar ese uso de la fuerza como desproporcionado¹⁶¹. Como hemos dicho, esta prueba difiere en cierta medida de la que prevé el derecho de los derechos humanos en el sentido de que establece que la fuerza sólo puede emplearse como último recurso o que debe evitarse en la medida de lo posible, a fin de preservar no sólo a civiles inocentes sino también a la persona contra la que se apunta.

En el caso *Isayeva, Yusupova y Bazayeva*, varios civiles resultaron muertos en un ataque con misiles contra un convoy civil. Si bien el Tribunal hizo una declaración general sobre la necesidad de evitar la fuerza letal¹⁶², su prueba fue, en efecto, si se hubiera podido evitar el daño contra civiles “en las cercanías de lo que las fuerzas militares podrían haber percibido como objetivos militares”¹⁶³. Por otro lado, en el caso *Isayeva c. Rusia*, en el que el demandante y sus familiares fueron atacados por misiles cuando intentaban huir de una aldea a través de lo que percibían como una salida segura de los enfrentamientos, el Tribunal adoptó una posición levemente diferente. Si bien aceptó la necesidad de tomar medidas excepcionales en el contexto del conflicto

159 *Ibid.*, párrs. 51-55. V. también *Akhmadov and others v. Russia*, fallo del 14 de noviembre de 2008, párr. 99.

160 *Ergi v. Turkey*, nota 43 *supra*, párr. 79; *Ahmed Ozkan and others v. Turkey*, nota 43 *supra*, párr. 297. En el caso *Ergi*, el Tribunal fue muy lejoso en su requisito de las medidas de precaución, que incluían la protección de civiles contra armas de fuego por un miembro del PKK atrapado en una emboscada; *Ergi*, párrs. 79, 80.

161 *Ahmed Ozkan and others v. Turkey*, nota 43 *supra*, párr. 305; sin embargo, el Tribunal halló que las fuerzas de seguridad deberían haber verificado después de las operaciones de combate si los civiles estaban heridos, párr. 307.

162 *Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia*, nota 43 *supra*, párr. 171; en *Isayeva v. Russia*, nota 43 *supra*, párrs. 175-176, el Tribunal cita ambos criterios.

163 *Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia*, nota 43 *supra*, párr. 175.

checheno¹⁶⁴, el Tribunal recordó que Rusia no había declarado el estado de emergencia ni había impuesto una suspensión de conformidad con el artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de modo tal que la situación tenía que ser “juzgada en relación con un marco jurídico normal”¹⁶⁵. Luego sostuvo que:

“incluso cuando se está ante una situación en la que, como el Gobierno sostiene, la población de la aldea había sido tomada como rehén por un numeroso grupo de combatientes bien equipados y entrenados..., el uso masivo de armas de efectos indiscriminados... no puede ser considerado compatible con el criterio de cuidado previo a una operación en la que funcionarios estatales usan la fuerza letal”¹⁶⁶

Más adelante sostuvo que los aldeanos deberían haber sido advertidos de los ataques y deberían haber podido abandonar la aldea antes¹⁶⁷. De modo que el Tribunal utilizó el modelo de los derechos humanos basado en una situación de mantenimiento del orden, pero también tomó en consideración la insurgencia y se concentró más en la índole indiscriminada de las armas y la ausencia de advertencia y de paso seguro para los civiles. No cuestionó que los rebeldes pudieran ser atacados, aunque no plantearan una amenaza inminente¹⁶⁸.

De esta jurisprudencia puede concluirse que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aunque nunca de manera explícita ni totalmente coherente, parece distinguir entre dos tipos de situaciones: por un lado, situaciones como las de los casos *McCann, Gül, Ogur* o *Kaplan*, en las que miembros individuales de grupos armados o presuntos miembros de esos grupos resultan muertos y se han tomado precauciones insuficientes para evitar el uso de fuerza letal, incluso contra esas personas; por otro lado, situaciones como las de los casos *Ergi, Ozkan* o *Izayeva, Yusupova* y *Bazayeva* e *Izayeva*, en las que las fuerzas gubernamentales participan en operaciones militares contra la insurgencia o en combates abiertos contra un grupo armado. En estos últimos casos, el Tribunal al parecer utiliza criterios que están inspirados, a veces explícitamente, otras implícitamente, en el derecho humanitario, sobre todo el criterio de si la pérdida de vidas civiles en forma incidental fue evitada en la mayor medida posible. No cuestiona el derecho de las fuerzas gubernamentales de atacar a las fuerzas de oposición, ni requiere que se evite la fuerza letal incluso en ausencia de una amenaza inminente. Sin embargo, el Tribunal parece ir un poco más lejos que el derecho humanitario tradicional, en particular cuando requiere que se dé aviso a la población local de la llegada probable de rebeldes a su aldea¹⁶⁹, o que se considere si los disparos del grupo de oposición podrían poner en peligro la vida de los aldeanos¹⁷⁰.

164 *Isayeva v. Russia*, nota 43 *supra*, párr. 180.

165 *Ibid.*, párr. 191.

166 *Ibid.*, párr. 191.

167 *Ibid.*, párrs. 193-200.

168 Sin embargo, parece requerir que los combatientes ilegales planteen un peligro a los militares en el caso *Akhmadavov and others v. Russia*, fallo del 14 de noviembre de 2008, párr. 101.

169 *Ibid.*, párr. 187.

170 *Ergi v. Turkey*, nota 43 *supra*, párr. 79.

Por último, debemos mencionar un fallo recientemente pronunciado por la Corte Suprema de Israel. La Corte Suprema tenía que dictar sentencia sobre la ejecución selectiva de miembros de grupos armados, no en el contexto de un conflicto armado no internacional, sino de una ocupación. De todos modos, sus conclusiones son esclarecedoras para nuestro análisis, dado que la Corte Suprema en efecto combinó los criterios del derecho humanitario con los de los derechos humanos. Si bien consideró que los “terroristas” eran “civiles que son combatientes ilícitos”¹⁷¹ y que por lo menos los civiles que hubieran ingresado en una “organización terrorista” y cometido una serie de hostilidades perdían su inmunidad contra los ataques mientras durara esa serie de actos, es decir también en el tiempo durante cada uno de los actos de la serie, sentenció lo siguiente¹⁷²:

“Un civil que participa directamente en las hostilidades no puede ser atacado mientras está haciéndolo, si puede emplearse un medio menos dañino. En nuestro derecho interno, esa norma deriva del principio de proporcionalidad. En realidad, de todos los medios militares, se debe elegir aquel cuyo perjuicio contra los derechos humanos de la persona afectada sea menor... Por consiguiente, si es posible arrestar, interrogar y enjuiciar a un terrorista que participa directamente en las hostilidades, ese es el medio que debería privilegiarse... Un Estado que se rige por el derecho emplea, en la medida de lo posible, procedimientos del derecho y no procedimientos de la fuerza... El arresto, la investigación y el juicio no son medios que pueden emplearse siempre. Algunas veces, esa posibilidad no existe; otras veces, implica un riesgo tan grande para la vida de los soldados que no se puede optar por ella... Sin embargo, es una posibilidad que siempre debe considerarse. Podría ser particularmente práctica en las condiciones de una ocupación beligerante, en la que el ejército controla la zona donde se desarrollan las operaciones y en la que el arresto, la investigación y el juicio son a veces posibilidades factibles... Naturalmente, dadas las circunstancias de un determinado caso, esa posibilidad podría no existir. A veces, el daño que podría causarse a civiles inocentes que estén cerca del lugar podría ser mayor que el que causaría el hecho de abstenerse del ataque. En esas circunstancias no debería utilizarse... Después de un ataque contra un civil sospechado de haber participado activamente, en ese momento, en las hostilidades, debe realizarse (retroactivamente) una investigación exhaustiva sobre la precisión de la identificación del objetivo y las circunstancias del ataque contra él. Esa investigación debe ser independiente...”¹⁷³

Si bien se basó en el derecho interno para sus conclusiones, la Corte Suprema citó abundantemente la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En otras palabras, la Corte Suprema tomó en consideración los

171 Caso de las ejecuciones selectivas, nota 144 *supra*, párr. 28.

172 *Ibíd.*, párr. 39.

173 *Ibíd.*, párr. 40, citas omitidas.

derechos humanos, tal como demuestra su expresión (“aquel cuyo perjuicio contra los derechos humanos de la persona afectada sea menor”). La Corte Suprema halló que debe procederse al arresto siempre que sea posible y a una investigación posterior al uso de la fuerza. Si bien no exigió un arresto en cada situación, sí exigió una investigación después de cada ejecución.

La interacción posible entre el derecho humanitario y el derecho de los derechos humanos

Lo que se desprende de todas las decisiones que hemos analizado (con la aclaración de que la mayoría de estas decisiones corresponden al Tribunal Europeo de Derechos Humanos) es que no se puede disparar contra presuntos miembros de grupos armados, “insurgentes” o “terroristas” con la intención de matarlos cuando existe la posibilidad de arrestarlos. Este suele ser el caso cuando se los halla cerca o dentro de sus hogares¹⁷⁴ o lejos de toda situación de combate¹⁷⁵. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos indica que ello no se aplica cuando las fuerzas gubernamentales están en combate contra grupos armados.

Como muchos subrayan, el derecho humanitario y el derecho de los derechos humanos con frecuencia conducen a los mismos resultados. La resolución de la mayoría de los casos presentados ante los organismos de derechos humanos probablemente habría sido la misma si se decidiera con respecto al derecho humanitario, dado que si se aceptan los principios restrictivos de necesidad militar y de humanidad, se debe arrestar, y no matar, a los combatientes de grupos armados que no participan directamente en las hostilidades, si ello es factible en las circunstancias del caso.

Sin embargo, a menos que se adopte una postura extremadamente expansiva para interpretar el derecho humanitario a la luz del derecho de los derechos humanos¹⁷⁶, las restricciones en cuanto al uso de la fuerza parecen ir más lejos en el derecho de los derechos humanos que en el derecho humanitario. La primera es que toda operación que incluya operaciones militares en conflictos armados no internacionales¹⁷⁷ donde se utiliza la fuerza deben planificarse con antelación de tal modo de evitar, en la mayor medida de lo posible, el uso de fuerza letal. La segunda es que las armas deben elegirse de tal modo de evitar el uso de fuerza letal en la medida de lo posible. La tercera es que toda presunta violación del derecho a la vida debe dar lugar a una investigación independiente e imparcial; los familiares de la persona a la que se dio muerte tienen derecho a interponer recurso si razonablemente pueden argüir que el derecho a la vida ha sido violado, y a obtener una reparación individual si se ha cometido esa infracción. Considerando estas

174 Como en el caso *Suárez de Guerrero c. Colombia*, nota 38 *supra*; *Gül v. Turkey*, nota 152 *supra*; *Ogur v. Turkey*, nota 157 *supra*.

175 Como en *Gülec v. Turkey*, nota 154 *supra*.

176 Como Gaggioli y Kolb, nota 119 *supra*, pp. 148-149; Francisco Forrest Martin, “The united use of force rule: amplifications in light of the comments of Professors Green and Paust”, *Saskatchewan Law Review*, vol. 65 (2002), p- 405; Francisco Forrest Martin, “The united use of force rule revisited: the penetration of the law of armed conflict by international humanitarian rights law”, *Saskatchewan Law Review*, vol. 65 (2002), p. 451.

177 *V. Akhmadov and others v. Russia*, nota 153 *supra*, párr. 100.

diferencias, la cuestión de qué derecho se aplica a un uso particular de la fuerza sigue teniendo importancia práctica. Se puede abordar la cuestión de la interacción de varias maneras.

Con respecto al uso de la fuerza en conflictos armados no internacionales, la primera sería limitar la aplicación del derecho humanitario a la zona geográfica donde están desarrollándose los enfrentamientos. Podrían hallarse algunos argumentos para sostener esa visión en el caso *Tadic*:

“Si bien los Convenios de Ginebra nada dicen en cuanto al ámbito geográfico de los “conflictos armados” internacionales, sus disposiciones sugieren que por los menos algunas de ellas se aplican a la totalidad del territorio de las partes en conflicto, no sólo a las zonas aledañas a las hostilidades reales. Sin duda, algunas de las disposiciones están claramente ligadas a las hostilidades y el ámbito geográfico de esas disposiciones debería limitarse en ese sentido. Otras disposiciones, en particular las relativas a la protección de los prisioneros de guerra y los civiles, no se limitan en tal sentido.”¹⁷⁸

Podría interpretarse que este fragmento del caso *Tadic* restringe algunas normas del derecho humanitario a las situaciones de combate, es decir que cede el lugar al derecho de los derechos humanos en todas las demás situaciones. Sin embargo, la jurisprudencia posterior del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia (TPIY) no ha confirmado esa posición, en la medida en que algunas partes del derecho humanitario se aplicarían a todo el conflicto y no otras. En el caso *Kunarac*, la Sala de Apelaciones dejó en claro que el criterio decisivo para la aplicación del derecho humanitario es si existe un conflicto armado y si el acto en cuestión ocurre en relación con el conflicto armado¹⁷⁹. Para explicar la relación entre el derecho humanitario y la legislación aplicable en tiempo de paz, la Sala sostuvo que “las leyes de la guerra no necesariamente desplazan las leyes que rigen una situación de paz; las primeras pueden añadir elementos necesarios para la protección que debe darse a las víctimas en una situación de guerra”¹⁸⁰. Trasladado a la relación entre el derecho humanitario y el derecho de los derechos humanos, esto significa que el derecho humanitario se aplica en todo el territorio del país en una situación de conflicto armado, pero no es el único ordenamiento jurídico pertinente y el derecho de los derechos humanos puede llegar a añadir requisitos que las autoridades estatales deberán observar. Esta posición es convincente: en realidad, si hay una relación con el conflicto, por ejemplo si las fuerzas de seguridad están persiguiendo a un miembro de un grupo armado, sería contrario al objeto y el propósito del derecho humanitario descartarlo por completo. Ello provocaría una escisión del derecho humanitario por la cual algunas normas (por ejemplo, las relativas a la detención) siempre se aplicarían, mientras que otras no (como las relativas a la conducción de las hostilidades).

178 *Prosecutor v. Dusko Tadic*,

179 *Prosecutor v. Kunarac et al.*, IT-96-23&23/1, Sala de Apelaciones, 12 de junio de 2002, párrs. 55-60.

180 *Prosecutor v. Kunarac et al.*, IT-96-23&23/1, Sala de Apelaciones, 12 de junio de 2002, párr. 60.

Cuando se opta por la aplicación conjunta del derecho humanitario y el derecho de los derechos humanos a todo el territorio, el mejor enfoque es aplicar la regla de la *lex specialis*. En lo que respecta al derecho a la vida —es decir si una ejecución es lícita o no—, la cuestión de qué ordenamiento jurídico constituye la *lex specialis* debe resolverse haciendo referencia a su objeto y su propósito: el derecho de los derechos humanos se basa en el uso de los poderes para el mantenimiento del orden, mientras que el derecho humanitario, en general, se centra en el campo de batalla (con la excepción de la ocupación, situación que abordaremos más adelante). De modo que aplicar el derecho de los derechos humanos sólo es realista si es factible utilizar los medios del mantenimiento del orden, es decir sólo en operaciones conducidas por las fuerzas de seguridad (sean militares o policiales) con algún control efectivo sobre la situación. En esos casos, el derecho de los derechos humanos constituye la *lex specialis*. Por otro lado, en las situaciones de combate, el derecho humanitario es la *lex specialis*¹⁸¹.

En cuanto a la conducción de las hostilidades, el derecho de los derechos humanos por lo general es lo suficientemente flexible como para adaptarse a la *lex specialis* del derecho humanitario. Allí es donde interviene la declaración de la Corte Internacional de Justicia: “La prueba de qué es una privación arbitraria de la vida debe ser determinada por la *lex specialis* aplicable, es decir el derecho aplicable en los conflictos armados, que fue concebido para regular la conducción de las hostilidades”¹⁸². La única excepción sería la que figura en el artículo 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que no habla de “privación arbitraria de la vida” pero que, si bien contiene requisitos mucho más estrictos, puede derogarse en virtud del artículo 15 de ese Convenio “para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra”. En ausencia de derogaciones, el Tribunal ha recurrido tácitamente a las normas del derecho humanitario en situaciones que se caracterizaron como situaciones de batalla y, en realidad, el derecho humanitario sí constituye la *lex specialis* en esos casos.

Fuera de las situaciones de conducción de hostilidades, el derecho humanitario por lo general puede interpretarse a la luz de¹⁸³ o ser complementado por el derecho de los derechos humanos. El derecho de los derechos humanos prevalecerá sólo en caso de incompatibilidad.

¿Qué significa control efectivo? No es posible responder de forma total-

181 En este sentido, v. también Marco Sassòli, “La Cour Européenne des Droits de l’homme et les Conflits Armés”, en Stephan Breitenmoser, Bernhard Ehrenzeller, Marco Sassòli, Walter Stoffel y Beatrice Wagner Pfeifer (eds.), *Droits de l’homme, Démocratie et État De Droit*, Liber Amicorum Luzius Wilhaber, Dike, Zürich, 2007, pp. 709, 721; Marco Sassòli, “Le Droit International Humanitaire, une Lex Specialis par Rapport aux Droits Humains ?”, en Andreas Auer, Alexandre Flückiger y Michel Hottelier (eds.), *Etudes en l’honneur du Professeur Giorgio Malinverni : Les Droits Humains et la Constitution*, 2007, p. 394.

182 Caso de las armas nucleares, nota 46 *supra*, párr. 25; sin embargo, esa afirmación de la Corte Internacional de Justicia no hace una diferenciación entre situaciones o tipos de de conflictos armados y probablemente su intención fue significar, sin más, que el derecho humanitario siempre es la *lex specialis* en los conflictos armados; v., por ejemplo, Leslie Green, “The ‘unified use of force rule’ and the law of armed conflict : a reply to Professor Martin”, *Saskatchewan Law Review*, vol. 65 (2002), p. 427.

183 Gaggioli y Kolb, nota 119 *supra*, pp. 141, 148 y ss. Estos autores consideran, por ejemplo, que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ofrece una interpretación del principio de precaución.

mente satisfactoria a esta pregunta, pero pueden hallarse algunas orientaciones en varios criterios. El criterio geográfico, si bien no es el único, es el principal. Las zonas se caracterizan por estar bajo el control más o menos grande de las fuerzas gubernamentales. Si éstas se lanzan a capturar a un rebelde en zonas alejadas de la zona de combate, pueden hacerlo utilizando medios del mantenimiento del orden. En otras palabras, cuanto más cercana esté la situación del campo de batalla, más prevalecerá el derecho humanitario, y viceversa. Otros criterios relevantes pueden ser, por ejemplo, el grado de resistencia armada hallado por las fuerzas de seguridad, la duración de los combates en comparación con actos aislados o esporádicos, o el tipo de armas utilizado. En la práctica, la diferencia no será tan fácil de definir, pero una interpretación coherente de estos ordenamientos jurídicos existentes debe intentar ofrecer un marco que dé cierta orientación y, al mismo tiempo, sea flexible como para adaptarse a un amplio número de situaciones posibles.

Una objeción para aplicar el derecho de los derechos humanos a las situaciones de conflicto entre el gobierno y los grupos armados es que restringe los actos del gobierno y no los de los grupos de oposición armados. En realidad, el derecho de los derechos humanos sólo se aplica a las autoridades estatales. Si bien esto es controversial en la doctrina, lo cierto es que aunque se sostuviera que los grupos de oposición armados están regidos por los derechos humanos, sólo las acciones del gobierno serán controladas por los organismos internacionales de derechos humanos, como el Comité de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la Corte y la Comisión Interamericanas de Derechos Humanos. ¿Puede decirse entonces que al Estado “se le exige luchar con una mano atada en la espalda”?¹⁸⁴ Sin duda, ese desequilibrio entre las fuerzas gubernamentales y los grupos de oposición no es creada por las restricciones adicionales del derecho de los derechos humanos. Eso sucedería sólo si hubiera una igualdad del uso permitido de la fuerza, que sería desestabilizada por el requisito adicional para las fuerzas gubernamentales. Pero ese caso no se presenta, dado que un grupo no gubernamental que ataque al gobierno es considerado criminal en el derecho interno, y el derecho humanitario en los conflictos armados no internacionales no protege a los miembros del grupo de la penalización en el derecho interno como sí protege a los combatientes en los conflictos armados internacionales¹⁸⁵.

Ocupación

A diferencia de los conflictos armados no internacionales, el uso de la fuerza en los conflictos armados internacionales suele caracterizarse por operaciones similares a los combates en campaña, sobre todo las operaciones militares desde el aire, como en los conflictos entre Estados Unidos y Afganistán en 2001, entre la Coalición e Irak en la primavera de 2003, o Israel y Líbano en el verano de 2006. En esas situaciones, el derecho de los derechos humanos por lo general no será apli-

184 Françoise Hampson, “Human rights and humanitarian law in internal conflicts”, en Michael Meyer (ed.) *Armed Conflict and the New Law: Aspects of the 1977 Geneva Protocols and the 1981 Weapons Convention*, British Institute of International and Comparative Law, Londres, 1989, p. 60.

185 Doswald-Beck, nota 147 *supra*, p. 890.

cable por falta de un control efectivo¹⁸⁶. El caso de la ocupación es diferente, pues plantea la cuestión de la relación entre el derecho de los derechos humanos y el derecho humanitario de manera mucho más similar a la de los conflictos armados no internacionales.

Una de las principales obligaciones de la Potencia ocupante, según el artículo 43 del Reglamento de La Haya es “tomar todas las medidas que [de ella] dependan para restablecer y asegurar, en cuanto sea posible, el orden y la vida pública”. Esta disposición impone a las autoridades ocupantes la obligación de mantener el orden: el orden público en general se restablece a través de operaciones policiales, no militares¹⁸⁷. La característica particular del derecho humanitario aplicable a las situaciones de ocupación es que supone una autoridad y un control efectivos¹⁸⁸, que por lo general no se hallan en el campo de batalla. Además, el Reglamento de La Haya de 1907 separa claramente las secciones “De las hostilidades” (Sección II) y “De la autoridad militar sobre el territorio del Estado enemigo” (Sección III). Análogamente, el IV Convenio de Ginebra indica claramente que el procedimiento normal para garantizar el orden y la seguridad es la legislación penal, no las operaciones militares¹⁸⁹.

Entonces, ¿qué situaciones requieren que la Potencia ocupante respete el derecho de los derechos humanos porque está cumpliendo su obligación de mantener el orden y en qué situaciones las hostilidades exigen el uso de la fuerza conforme al derecho humanitario? En términos jurídicos abstractos, la respuesta debe ser la misma que hemos propuesto más arriba: cuando la Potencia ocupante tiene el control efectivo, está en una situación de mantenimiento del orden y tiene la posibilidad de arrestar a las personas, debería actuar en concordancia con los requisitos del derecho de los derechos humanos¹⁹⁰.

La cuestión concreta que se plantea será si los miembros de las fuerzas enemigas o de movimientos de resistencia organizados pueden ser atacados para darles muerte (de conformidad con las normas que rigen la conducción de las hostilidades en un conflicto armado internacional) o si las fuerzas de la Potencia ocupante deben arrestarlas porque tienen el control efectivo suficiente de la situación como para hacerlo.

De modo que, en la práctica, es necesario distinguir entre varias situaciones de ocupación, pues la mera definición de “ocupación” en el derecho humanitario supone cierto control, mientras que en realidad hay situaciones de ocupación donde el control del territorio no es sino parcial. Cuando continúan o recomienzan las hostilidades, el derecho humanitario sobre la conducción de las hostilidades debe prevalecer por sobre el derecho de los derechos humanos, que supone cierto control para su aplicación. Por supuesto, la cuestión que se plantea es cuándo puede decirse que

186 Como ocurrió en el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Bankovic and others v. Belgium*, nota 67 *supra*.

187 Marco Sassòli, “Legislation and maintenance of public order and civil life by occupying powers”, *European Journal of International Law*, vol. 16 (2005), p. 665.

188 Art. 42 del Reglamento de La Haya de 1907.

189 Arts. 64 y 65 del IV Convenio de Ginebra.

190 En ese sentido, v. Lubell, nota 134 *supra*, pp. 52-53; v. también Melzer, nota 103 *supra*, pp. 224-230, donde se considera que el derecho humanitario mismo conduce a ese resultado.

han recomenzado las hostilidades. No todas las actividades criminales, aun cuando sean violentas, pueden tratarse como ataques armados. ¿Qué sucede en el caso de la resistencia militar por parte de grupos que no son miembros formales de las fuerzas armadas del Estado ocupado? Tal como se sugirió en una reunión sobre el derecho a la vida en los conflictos armados, organizada por el Centro Universitario de Derecho Internacional Humanitario en Ginebra en 2005¹⁹¹, la prueba para suponer que existe una situación de hostilidad podría basarse en la prueba utilizada por el Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia a fin de determinar la existencia de un conflicto armado no internacional: un grado de intensidad y cierta duración de la violencia¹⁹². Esas situaciones requerirían una respuesta militar, mientras que los ataques aislados o esporádicos¹⁹³ por parte de los movimientos de resistencia sólo podrían realizarse a través de medios del mantenimiento del orden¹⁹⁴.

El caso Al-Skeini, si bien no fue zanjado respecto de ese aspecto en particular, demuestra cuán complicada puede ser la elección entre la aplicación del derecho de los derechos humanos y la del derecho humanitario en una situación de ocupación, o más bien cuán difícil es aplicar la teoría en la práctica. Una de las cuestiones planteadas fue si el asesinato de cinco personas en operaciones de seguridad por las tropas británicas durante la ocupación de la ciudad de Basora en Irak en 2003 fue lícito conforme al Convenio Europeo de Derechos Humanos. No hubo dudas en cuanto al hecho de que mientras existía una ocupación por parte de las tropas británicas en las provincias iraquíes de Al Basora y Maysan en el momento de que se trataba¹⁹⁵, el Reino Unido no tenía autoridad ejecutiva, legislativa o judicial en la ciudad de Basora. Se trataba de mantener el orden en una situación lindante con la anarquía. La mayoría de la Sala de Apelaciones halló que no había un control efectivo a los fines de la aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁹⁶.

La decisión demuestra que puede haber dos visiones de la aplicación de los derechos humanos en situaciones de ocupación. La mayoría halló que no había un control efectivo suficiente siquiera para *aplicar* el Convenio Europeo de Derechos Humanos extraterritorialmente. Otra manera de llegar a la misma conclusión sería sostener que, aun cuando el derecho de los derechos humanos se aplicara, la cuestión de si se ha cometido una violación del derecho a la vida debe evaluarse

191 Centro Universitario de Derecho Internacional Humanitario, Reunión de Expertos sobre el derecho a la vida en los conflictos armados y las situaciones de ocupación, 1 y 2 de septiembre de 2005 (en adelante, Informe de la Reunión de Expertos en CUDIH), disponible en www.adh-geneva.ch/events/expert-meetings.php (consultado el 23 de julio de 2008).

192 *Prosecutor v. Dusko Tadić*, Caso IT-94-1 (Sala de Apelaciones), Decisión sobre la moción de la defensa para la apelación interlocutoria sobre jurisdicción, 2 de octubre de 1995, párr. 70: “violencia prolongada entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre grupos de ese tipo dentro de un Estado».

193 V. también el Protocolo adicional II, art. 1 (2), según el cual “las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia” no se consideran conflictos armados.

194 Informe de la Reunión de Expertos en CUDIH, sección D4.

195 Caso Al-Skeini (Sala de Apelaciones), nota 78 *supra*, párr. 119.

196 *Ibid.*, párr. 124. La Cámara de los Lores llegó a la misma conclusión que la mayoría de la Sala de Apelaciones, pero basándose en que la Ley de Derechos Humanos no tiene aplicación extraterritorial. Caso Al-Skeini (UKHL), nota 78 *supra*, esp. párrs. 26 y 109-132.

haciendo referencia a las normas del derecho internacional humanitario, que prevalece como *lex specialis*.

No caben dudas de que este problema y este cambio en las normas aplicables sobre el uso de la fuerza no son sólo de suma importancia para la protección de los civiles en el terreno, sino que también tienen efectos importantes en los soldados. Para evitar las violaciones, los soldados deben contar con reglas de enfrentamiento claras y recibir el entrenamiento adecuado. En la práctica, la mejor manera de lograrlo es separando las funciones policial y militar¹⁹⁷. Incluso en ese caso puede llegar a ser extremadamente difícil distinguir entre un delincuente común y un combatiente, tal como se ha reconocido, por ejemplo, en un Informe retrospectivo de la acción de las fuerzas norteamericanas en Irak¹⁹⁸.

Investigaciones, recursos, reparaciones

El derecho de los derechos humanos y el derecho humanitario difieren fundamentalmente en muchos aspectos procesales relacionados con el derecho a interponer recurso y a comparecer en forma individual en el derecho de los derechos humanos. Además difieren, originalmente, en lo relativo al derecho individual a recibir reparación. El derecho humanitario no reconoce ese derecho a interponer recurso en forma individual a nivel internacional, pero los principales tratados de derechos humanos contienen un mecanismo para presentar quejas individuales que ha producido jurisprudencia sobre el derecho a interponer recurso, el derecho a una investigación y el derecho a recibir reparación. Esa jurisprudencia ya ha comenzado a influir en la interpretación del derecho humanitario y podría seguir haciéndolo en el futuro.

Investigaciones

El derecho humanitario contiene numerosos requisitos para efectuar investigaciones, sobre todo en relación con los crímenes de guerra¹⁹⁹, pero también, por ejemplo, en caso de muerte de prisioneros de guerra²⁰⁰ o de internados civiles²⁰¹. Las obligaciones relativas a las investigaciones también se han desarrollado

197 V. también Watkin, nota 129 *supra*, p. 24; Sassòli, nota 187 *supra*, p. 668.

198 “La transición de una situación de combate a una operación de apoyo y estabilidad exige un cambio de actitud sustancial y fundamental. Se pide a los soldados que pasen de matar al enemigo a protegerlo e interactuar con él, y luego se les vuelve a pedir que lo maten. Los cambios permanentes de actitud suelen ser muy complicados para el soldado normal. Los soldados se confunden en cuanto a las reglas de enfrentamiento, que les siguen planteando dudas, y en cuanto a cuestiones sobre la protección y la fuerza en puestos de control o en patrullajes”. Informe retrospectivo de acción, TEMA: Comentarios sobre el informe retrospectivo de acción en la Operación de Liberación de Irak”, 24 de abril de 2003, realizado por el grupo de tareas 1-64 (desclasificado), TCM C/3-15 Infantería, citado en Human Rights Watch, *Hearts and Minds*, disponible en www.hrw.org/reports/2003/iraq1003/10.htm (consultado el 23 de agosto de 2007).

199 Esto está implícito en la obligación de buscar a las personas que presuntamente han cometido infracciones graves y de hacerlas comparecer ante los tribunales. Arts. 49, 50, 129 y 146 respectivamente de los cuatro Convenios de Ginebra; art. 85 del Protocolo adicional I.

200 Art. 121 del III Convenio de Ginebra.

201 Art. 131 del IV Convenio de Ginebra.

en el derecho convencional, el derecho indicativo o *soft law* y la jurisprudencia en el derecho de los derechos humanos, y ahora son prácticamente más exhaustivas que en el derecho internacional humanitario²⁰². En el derecho de los derechos humanos, las denuncias de violaciones graves de los derechos humanos, especialmente las denuncias de malos tratos o de ejecuciones ilícitas, deben ser objeto de una investigación oficial rápida, imparcial, profunda e independiente. Las personas responsables de realizar las investigaciones deben ser independientes de las implicadas en los hechos. La investigación debe poder conducir a determinar no sólo los hechos, sino también la licitud de los hechos y las personas responsables. Las autoridades deben tomar todas las medidas razonables a su disposición para obtener pruebas sobre los incidentes, incluidos, *inter alia*, testigos oculares, pruebas forenses y, cuando corresponda, una autopsia que permita contar con un registro completo y preciso de las lesiones y un análisis objetivo de los resultados clínicos. A fin de que la investigación sea digna de la confianza pública, debe ser objeto de una vigilancia pública suficiente. Si bien el grado de vigilancia pública puede variar según el caso, los parientes de la víctima deben participar en el proceso en todos los casos, en la medida necesaria para salvaguardar sus intereses legítimos, y deben ser protegidos de toda forma de intimidación. El resultado de la investigación debe darse a conocer públicamente. El Tribunal Europeo ha ido más lejos incluso y ha establecido una presunción de responsabilidad del Estado cuando se da muerte a personas en una zona que está bajo el control exclusivo de las autoridades²⁰³, dado que los hechos son en ese caso de conocimiento exclusivo de las autoridades²⁰⁴.

Los organismos de derechos humanos no han vacilado en aplicar esos requisitos relativos a las investigaciones en situaciones de conflicto armado²⁰⁵. Recientemente, el Relator Especial de la ONU sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias lamentó el hecho de que las investigaciones sean menos frecuentes y a me-

202 V. los Principios relativos a la Prevención Eficaz e Investigación de las Ejecuciones Extralegales, Arbitrarias, o Sumarias, recomendados por la resolución 1989/65 del 24 de mayo de 1989 del Consejo Económico y Social; Principios relativos a la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; de la vasta jurisprudencia, v. Comité de Derechos Humanos: Observaciones finales, Serbia y Montenegro, párr. 20, Doc. ONU CCPR/CO/81/SEMO, 12 de agosto de 2004; *Observaciones finales, Brasil*, párr. 20, Doc. ONU CCPR/C/79/Add. 66, 24 de julio de 1996; Observaciones finales: Colombia, párrs. 32 y 34, Doc. de la ONU CCPR/C/79/Add. 76, 5 de mayo de 1997; Comité contra la tortura, Conclusiones y recomendaciones: Colombia, párr. 10 (f), Doc. ONU. CAT/C/CR/31/1, 4 de febrero de 1997; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Myrna Mack-Chang c. Guatemala*, sentencia del 25 de noviembre de 2003, serie C Nº 101; *Caracazo c. Venezuela* (Reparación), sentencia del 29 de agosto de 2002, serie C Nº 95; *Juan Humberto Sánchez v. Honduras*, sentencia del 26 de noviembre de 2003, serie C Nº 99, párr. 186; Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Amnesty International et al. v. Sudan*, 26º y 27º períodos de sesiones ordinarios, mayo de 2000, párr. 51; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia*, nota 43 *supra*, párrs. 208–213 (sumario de la jurisprudencia constante del Tribunal).

203 *Akkum v. Turkey*, sentencia del 24 de marzo de 2005, párrs. 208–211.

204 *Ibid.*, párr. 211.

205 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia*, nota 43 *supra*, párr. 208–213; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Myrna Mack-Chang c. Guatemala*, nota 202 *supra*; Comité de Derechos Humanos: Observaciones finales, Colombia, Doc. ONU CCPR/C/79/Add. 76, 5 de mayo de 1997, párr. 32.

nudo más indulgentes en situaciones de conflicto armado que en tiempo de paz²⁰⁶.

En ese ámbito, existe un espacio para que los derechos humanos complementen el derecho humanitario, especialmente en relación con el uso de la fuerza o las denuncias de malos tratos. En realidad, es importante distinguir entre el derecho sustantivo que justifica el uso de la fuerza, que difiere en el derecho de los derechos humanos y el derecho humanitario, y la cuestión de la investigación, que en primer lugar exige recabar información sobre los hechos. En este último aspecto, no existe contradicción entre los derechos humanos y el derecho humanitario. Este derecho no establece una obligación de investigar con tanto nivel de detalle, pero no hay motivo para interpretar que se trata de un silencio calificado en el sentido de que excluiría la aplicación de esa obligación en el derecho de los derechos humanos.

Evidentemente, no sería realista exigir una investigación después de cada vez que se emplea la fuerza en una operación de combate²⁰⁷. Pero existe un punto medio entre investigar cada disparo en un conflicto armado y no investigar ninguna presunta violación del derecho a la vida. La realidad, sobre todo en contextos de contra insurgencia, es que con frecuencia los hechos no son claros. Si no se realiza una investigación, el personal de seguridad puede alegar, con suma facilidad, que actuó sobre la base del supuesto de que la fuerza letal era necesaria porque estaba ante un ataque inminente²⁰⁸ o que los rebeldes murieron en el fuego cruzado²⁰⁹. En esas circunstancias, la única manera de llegar a un resultado es a través de una investigación independiente en la que no sólo el personal de seguridad puede ser oído, sino también los testigos que apoyen la opinión de las víctimas o de sus familiares.

Existen elementos en la jurisprudencia de derechos humanos que sin duda son nuevos para las situaciones de conflicto armado. No todos los requisitos de una investigación en tiempo de paz pueden trasladarse directamente a las situaciones de conflicto armado. Además, las investigaciones sólo pueden realizarse si así lo permiten las condiciones de seguridad imperantes y deberán tomar en cuenta la realidad del conflicto armado²¹⁰, como los problemas para reunir pruebas en algunas situaciones de combate, la falta de acceso del personal de investigación, o la necesidad de seguridad de los testigos. Por otro lado, no puede decirse que las investigaciones sean imposibles *per se* en tiempo de conflicto armado²¹¹. En circunstancias donde no hay certezas en cuanto a la licitud del acto, sobre todo en casos de ejecuciones selectivas de personas, se debería realizar por lo menos una investigación cuando existen dudas razonables acerca de la licitud de la ejecución²¹². Los procedimientos para efectuar investigaciones en situaciones de conflicto armado deberán ser más desarrollados, pero no caben dudas de que deben cumplir los requisitos de independencia e imparcialidad. Al respecto, se ha hallado que las

206 Informe del Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Doc. ONU E/CN.4/2006/53m, 8 de marzo de 2006, párrs. 33–38.

207 Melzer, nota 103 *supra*, pág. 526 y ss.

208 Como sucedió en *Gül v. Turkey*, nota 152 *supra*, párr. 81, 89, o en *Ogur v. Turkey*, nota 157 *supra*, párr. 80.

209 Como sucedió en Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Escué-Zapata c. Colombia*, Fondo, Reparaciones y Costos, sentencia del 4 de julio de 2007, serie C N° 165, párr. 39.

210 Watkin, nota 129 *supra*, p. 34.

211 Gaggioli y Kolb, nota 119 *supra*, p. 126.

212 Kretzmer, nota 103 *supra*, pp. 201, 204.

investigaciones militares plantean desafíos particulares en lo relativo a la independencia²¹³. Las investigaciones militares deberían analizarse en forma especial para evaluar su independencia y su imparcialidad, así como para determinar el papel que otorgan a las víctimas y sus familiares.

Vigilancia de los tribunales

El derecho humanitario se concentra en las “partes en conflicto”, mientras que los derechos humanos giran en torno a la persona y están formulados como derechos individuales²¹⁴. Esto no significa que no existan derechos en el derecho humanitario. Muy por el contrario, los Convenios de Ginebra se formularon deliberadamente para consagrar derechos personales e intangibles²¹⁵. Pero, a nivel internacional, el derecho de los derechos humanos, por lo menos en cuanto a los derechos civiles y políticos²¹⁶, reconoce el derecho a interponer recurso, es decir un derecho a presentar una queja individual por presuntas violaciones²¹⁷. Ese derecho no existe en el derecho humanitario²¹⁸. La mayor parte de la jurisprudencia relativa a la interacción entre los derechos humanos y el derecho humanitario se ha decidido sobre la base del derecho de los derechos humanos, porque las víctimas sólo pueden presentar casos ante los organismos de derechos humanos. Por ello, al parecer, uno de los efectos más patentes de la aplicación del derecho de los derechos humanos a las situaciones de conflicto armado es que conduce a la vigilancia de los tribunales. Nunca antes las situaciones de conflicto armado internacional o de operaciones militares en el extranjero han sido vigiladas como en los casos relativos a Kosovo, Irak o Afganistán. A veces se argumenta que esa vigilancia de los tribunales es inadecuada para la acción militar, pero ¿es realmente así?²¹⁹

213 Informe del Relator Especial, nota 206 *supra*, párr. 37; v. más generalmente Federico Andreu, *Fuero militar y derecho internacional*, *International Commission of Jurists*, 2003, pp. 112-26; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, OEA/Ser.L/V/II.102, Doc. 9 rev 1, 26 de febrero de 1999, cap. V, párrs. 17-60; Informe presentado por el Relator Especial de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, Emmanuel Decaux, sobre el tema de la administración de justicia por los tribunales militares, Doc. ONU E/CN.4/2006/58, 13 de enero de 2006, párrs. 32-35.

214 Ben Naftali y Shany, nota 103 *supra*, pp. 17, 31.

215 Jean Pictet (ed.), *Commentary to the First Geneva Convention*, 1960, pp. 82, 83; v. en particular el debate sobre los artículos 6/6/6/7 de los cuatro Convenios de Ginebra respectivamente; Yoram Dinstein, “The international law of inter-state wars and human rights”, *Israel Yearbook of Human Rights*, vol. I (1971), pp. 139, 147.

216 V. el recientemente adoptado Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Doc. ONU A/HRC/8/L.2, 9 de junio de 2008.

217 V. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 2(3); Convenio Europeo de Derechos Humanos, art. 13; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 25; Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, art. 7(1)(a); Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, adoptados por Res. AG 60/147 del 16 de diciembre de 2004, Doc. ONU A/RES/60/147, 21 de marzo de 2006.

218 Liezbeth Zegveld, “Recursos jurisdiccionales para las víctimas de violaciones del derecho internacional humanitario”, *International Review of the Red Cross*, N.º 851, septiembre de 2003, disponible en www.icrc.org/spa/revista.

219 Este fue el argumento de, por ejemplo, la Oficina del Procurador del Estado en el caso de las ejecuciones selectivas, nota 144 *supra*, párr. 47.

La necesidad de contar no sólo con un tribunal penal internacional, sino también con un mecanismo de supervisión mejor para el derecho humanitario o incluso “un organismo o un tribunal cuya función sería recibir quejas contra los Gobiernos que infringen las disposiciones de los Convenios [de La Haya y de Ginebra]”²²⁰, ha sido analizada durante décadas²²¹. A nivel internacional, un tribunal o una corte de ese tipo nunca ha hallado la aprobación de los Estados. ¿Podría haber una razón allí para restringir el acceso a los tribunales, a menos a nivel nacional? ¿El derecho humanitario no es justiciable debido a la naturaleza excepcional de la acción militar? La práctica demuestra que este argumento no se impone, ya que hay una larga historia de interpretación del derecho humanitario en los tribunales.

En realidad, los tribunales internacionales, como la Corte Internacional de Justicia, los tribunales penales internacionales e híbridos, y los tribunales nacionales han interpretado el derecho internacional humanitario. Del mismo modo que lo han hecho los tribunales nacionales, sea en Israel, en Colombia o en otros países, con los derechos humanos o los derechos nacionales fundamentales como base para la queja y la comparecencia de la víctima. La Corte Suprema de Israel a menudo ha abordado la cuestión de la justiciabilidad y ha declarado al respecto:

“La Corte no se abstiene de la revisión judicial sólo porque el jefe militar actúa fuera de Israel o porque sus acciones tienen ramificaciones políticas o militares. Cuando las decisiones o los actos del jefe militar afectan los derechos humanos, son justiciables. Las puertas de la Corte están abiertas. El argumento de que la intrusión en los derechos humanos se debe a consideraciones de seguridad no descarta la revisión judicial. Las “consideraciones de seguridad” o la “necesidad militar” no son palabras mágicas...”²²²

De modo que no hay razón que justifique que las acciones en conflictos armados no sean justiciables. Pero en ausencia de otras soluciones, la mayoría de los casos se ha presentado ante tribunales penales u organismos de derechos humanos.

No cabe duda de que los tribunales deben tomar en cuenta la naturaleza específica de la guerra. En la práctica, se han referido a la discreción del jefe militar o del soldado en medio de una operación. Un ejemplo de supervisión de un

220 Sean MacBride, “Human rights in armed conflict, the inter-relationship between the humanitarian law and the law of human rights”, *IX Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre*, 1970, p. 388.

221 V. A. H. Robertson. “Christophe Swinarski (ed.), *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles, in Honour of Jean Pictet*, 1984, pp. 793, 799; Sandoz, Swinarski y Zimmermann, nota 23 *supra*, párrs. 3600–3602; Informe del Secretario general sobre el respeto de los derechos humanos en conflictos armados, Doc. ONU A/7720, 20 de noviembre de 1969, párr. 230; Hampson, nota 184 *supra*, p. 71; Dietrich Schindler, “Human rights and humanitarian law : interrelationship of the laws”, *American University Law Review*, vol. 31 (1982), p. 941. En la Conferencia de Ginebra de 1949, no tanto con la misma idea pero sí en la misma dirección, Francia propuso el establecimiento de una “Alto Comité Internacional” para “supervisar la aplicación y garantizar el respeto de los Convenios”, Informe Final de la Conferencia Diplomática de Ginebra de 1949, 1963, vol. 3 anexo N° 21 y vol. 2, sec. B, p. 61.

222 *Mara'abe v. The Prime Minister of Israel*, HCJ 7957/04, Corte Suprema sesionando como Alto Tribunal de Justicia, 15 de septiembre de 2005, párr. 31. V, también *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel and the Commander of the IDF Forces in the West Bank*, HCJ 2056/04, Corte Suprema sesionando como Alto Tribunal de Justicia, 30 de junio de 2004, párr. 46 y ss.

tribunal que deja discreción al jefe militar, tomando en consideración su posición o punto de vista, son los casos del Tribunal Militar Internacional en Nuremberg:

“No se nos ha convocado para determinar si realmente existió una necesidad militar urgente de devastar y destruir Finmark. Nos interesa aquí la cuestión de si el acusado, en el momento de que se trata, actuó dentro de los límites del juicio honesto sobre la base de las condiciones imperantes en el momento... Nuestra opinión es que las condiciones, tal como se presentaron al acusado en ese momento, eran suficientes como para que honestamente pudiera concluir que la necesidad militar urgente justificaba la decisión que se tomó. Dicho esto, el acusado puede haberse equivocado en el ejercicio de su juicio, pero no fue culpable de ningún acto criminal.”²²³

A veces se critica que los organismos y los tribunales de derechos humanos no tienen la pericia necesaria para abordar las situaciones de conflicto armado²²⁴. Pero, desde el punto de vista de las víctimas de las violaciones, es difícil argumentar que, en ausencia de un recurso independiente internacional específicamente previsto por el derecho internacional humanitario, el recurso a los tribunales regionales de derechos humanos y a otros organismos de derechos humanos no es un camino válido. Antes bien “el hecho de que una persona tenga un recurso en el derecho de los derechos humanos da fuerza adicional a las normas del derecho internacional humanitario correspondientes a las normas de derechos humanos que presuntamente se infringieron”²²⁵. Esa supervisión independiente puede brindar mayor protección a las víctimas o reforzar la protección por otros mecanismos e instituciones²²⁶.

Otra crítica es que las personas protegidas por el derecho humanitario por lo general no están en posición de recurrir a ningún tipo de proceso judicial y que es mejor contar con un organismo imparcial que actúe por iniciativa propia en lugar de mecanismos judiciales²²⁷. Es cierto que las personas a menudo no tendrán acceso a ninguna protección jurídica. Sin embargo, la plétora de casos existentes es una prueba en sí misma de que el argumento es demasiado estrecho. Propone una elección entre un mecanismo de protección judicial o una protección jurídica, pero estas no son alternativas que se excluyen. Hay muchas maneras de prestar protección a las personas en conflictos armados, a través de las actividades de las organizaciones humanitarias, como el CICR, de mecanismos políticos, como algunos

223 Caso Lista de Wilhelm (juicio de los rehenes), Comisión de las Naciones Unidas de Crímenes de Guerra, Informes de los juicios a criminales de guerra, vol. VIII, 1949, p. 69, disponible en www.ess.uwe.ac.uk/WCC/List4.htm (consultado en agosto de 2008).

224 Subcomisión de promoción y protección de los derechos humanos de la ONU, documento de trabajo de la Sra. Hampson y el Sr. Salama sobre la relación entre los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, Doc. ONU E/CN.4/Sub.2/2005/14, 21 de junio de 2005, párrs. 9-37.

225 Bothe, nota 4 *supra*, p. 45; v. también Meron, nota 9 *supra*, p. 247, quien escribe que “su idealismo y su ingenuidad son justamente su mayor fortaleza”; Reidy, nota 44 *supra*, p. 529.

226 William Abresch, “A human rights law of internal armed conflict: The European Court of Human Rights in Chechnya”, *European Journal of International Law*, vol. 16 (2005), p. 741; v. también Bothet, nota 4 *supra*, p. 90.

227 Schindler, nota 221 *supra*, p. 941.

foros de la ONU, de acciones judiciales, de presión ejercida a través de grupos o de decisiones tomadas por organismos penales internacionales²²⁸. La supervisión de los tribunales, incluso a través de los tribunales de derechos humanos o de los tribunales nacionales que oyen a víctimas de violaciones de derechos fundamentales pueden ser un método eficaz de protección.

En realidad, el derecho de los derechos humanos no es necesariamente más protector en lo que respecta a los derechos sustanciales²²⁹. Sólo hay que recordar dos restricciones críticas del derecho de los derechos humanos: su dependencia de cierta jurisdicción o del control efectivo por el Estado; y el hecho de que no vincula a las partes no estatales²³⁰.

Además, si los organismos de derechos humanos desestiman por completo el derecho humanitario, sobre todo en una situación donde éste es la *lex specialis* o desnaturalizan los derechos humanos al emplear de forma implícita y no abierta el lenguaje del derecho humanitario, se podría terminar debilitando ambos ordenamientos jurídicos. Por otro lado, se impide “una interpretación coherente de las normas de protección en tiempo de conflicto armado al tiempo que se favorece la fragmentación”²³¹. Mantener claridad en cuanto a qué normas se están aplicando a determinada situación sería una manera preferible de proteger a las víctimas de los conflictos armados a largo plazo. Si bien la mayoría de los organismos internacionales de derechos humanos no han aplicado el derecho humanitario directamente, pues su mandato sólo incluía los tratados de derechos humanos respectivamente aplicables²³², la Corte Interamericana ha aplicado el derecho humanitario interpretando la Convención Americana de Derechos Humanos a la luz de los Convenios de Ginebra debido a su contenido que se superpone²³³. La Comisión Interamericana es el único organismo que expresamente se ha asignado la competencia de aplicar el derecho humanitario²³⁴.

En resumen, no hay conflicto entre el derecho de los derechos humanos y el derecho humanitario respecto de los recursos judiciales. Simplemente el derecho

228 Una evaluación interesante de los diferentes mecanismos puede hallarse en Lindsay Moir, *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp. 232-277.

229 Aeyal M. Gross, “Human proportions : are human rights the emperor’s new clothes of the international law of occupation ?”, *European Journal of International Law*, vol. 18 (2007), p. 35. Sobre el aspecto más protector de algunas disposiciones del derecho humanitario, v. Cordula Droege, “The interplay between international humanitarian law and international human rights law in situations of armed conflict”, *Israel Law Review*, vol. 40 (2007), p. 350.

230 Aun cuando se considere que los derechos humanos vinculan a los grupos armados no estatales, sólo pueden presentarse casos ante los organismos y los tribunales internacionales contra Estados.

231 Gaggioli y Kolb, nota 119 *supra*, p. 126 (2007).

232 En dos casos recientes, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido que abordar cuestiones bastante complejas de derecho penal internacional y derecho internacional humanitario, pero parece haber procurado evitar aventurarse demasiado en el territorio del DIH. *Korbely v. Hungary*, fallo del 19 de septiembre de 2008, *Koronov v. Latvia*, fallo del 24 de julio de 2008, párr. 122.

233 *Bámaca Velázquez c. Guatemala*, nota 45 *supra*, párrs. 207–209. El Comité de Derechos Humanos ha declarado que puede considerar otras ramas del derecho para determinar la licitud de las derogaciones. Comité Derechos Humanos, Observación General 29: Estados de emergencia (art. 4), Doc. ONU CCPR/C/21/Rev1/Add.11, 24 de julio de 2001, párr. 10.

234 *Abella c. Argentina*, Caso 11.137, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Informe 55/97, OEA/Ser.L/V/II.98, doc 6 rev, 1997, párrs. 157–171.

humanitario no contiene ninguna disposición en cuanto a la cuestión del derecho individual a interponer recurso; no excluye los recursos individuales cuando existen en virtud de otro derecho internacional o del derecho interno. El derecho de los derechos humanos ha reforzado la posibilidad de presentar casos ante tribunales y otros organismos de derechos humanos. Esto no implica un conflicto con el derecho humanitario, sino que en realidad puede fortalecer el respeto de este derecho, pero según la óptica del derecho de los derechos humanos.

Reparaciones

Si bien las violaciones de los derechos humanos dan lugar a un derecho individual a recibir reparación²³⁵, las normas equivalentes sobre reparación en el derecho de los conflictos armados internacionales sólo reconocen ese derecho, o al menos el derecho a reclamarlo, al Estado²³⁶. El derecho humanitario relativo a los conflictos armados no internacionales nada dice sobre las reparaciones.

Sin embargo, ninguna disposición del derecho internacional humanitario excluye el derecho a recibir reparación²³⁷. Muchas violaciones graves del derecho humanitario constituyen simultáneamente violaciones graves de los derechos humanos. Por el mismo acto, tortura, por ejemplo, una persona puede tener un derecho a recibir una reparación total porque constituye una violación de los derechos humanos, aun cuando no existe ese derecho en el derecho humanitario. Existe una tendencia creciente a reconocer que los Estados deberían otorgar reparaciones por violaciones del derecho humanitario también. Los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, adoptados por la Asamblea General en 2005²³⁸, son un avance hacia esa dirección. Análogamente, en su Opinión Consultiva sobre el muro de Cisjordania, la Corte Internacional de Justicia sostuvo que Israel tenía la obligación de dar reparaciones por los daños causados a todas las personas naturales o jurídicas afectadas por la construcción del muro²³⁹. Además, existe cierta práctica de mecanismos de reparación, como la Comisión de Reclamaciones de la ONU o la Comisión de Reclamaciones de Eritrea-Etiopía, en

235 V. Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. En diferentes tratados, este derecho deriva de normas redactadas en un lenguaje diferente, pero que tienen esencialmente el mismo contenido; v., por ejemplo, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 2 (3); Convenio Europeo de Derechos Humanos, art. 41; Convención contra la Tortura, art. 14; Convención Americana de Derechos Humanos, art. 63.

236 Reglamento de La Haya de 1907, art. 3; Protocolo adicional I, art. 91; v. Emanuela-Chiara Gillard, "Reparations for violations of international humanitarian law", *International Review of the Red Cross*, N.º 851, pp. 529-554, disponible en www.icrc.org/spa/revista.

237 Hampson/Salama, nota 224 *supra*, párrs. 20, 49.

238 Res. AG 60/147, 16 de diciembre de 2005.

239 Caso del muro, nota 47 *supra*, párr. 106. Se puede especular si sostuvo ese argumento en ausencia de otro Estado al que Israel podría haber pagado una compensación. V. Pierre d'Argent, "Compliance, cessation, reparation and restitution in the Wall Advisory Opinion", en Pierre-Marie Dupuy *et al.* (eds.), *Völkerrecht Als Wertordnung – Common Values In International Law, Festschrift For Christian Tomuschat*, 2006, pp. 463, 475.

la que los individuos pueden interponer recurso en forma directa, participar en diversos grados en el proceso de revisión de reclamaciones y recibir compensación directamente²⁴⁰. También existe una práctica abundante en el derecho interno relativa a las reparaciones después de conflictos armados²⁴¹. El artículo 75 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional constituye un importante avance en el sentido de que reconoce el derecho de las víctimas de crímenes internacionales a recibir reparación (pero con un margen de discreción para la Corte).

Sin entrar en los detalles de este complejo debate, el principal argumento contra un derecho individual a recibir reparación es que, en tiempo de conflicto armado, las violaciones pueden ser tan numerosas y generalizadas, y los daños causados, tan abrumadores, que desafían la capacidad de los Estados, tanto financiera como logística, de otorgar una reparación adecuada a todas las víctimas²⁴². Desde el punto de vista de la justicia, este argumento es defectuoso, porque su consecuencia es que cuanto más generalizada y masiva es la violación, menos derecho a recibir reparación existe para las víctimas. Por otro lado, aceptar un reclamo individual de reparación para las víctimas de violaciones del derecho humanitario cometidas a gran escala acarrea problemas reales de aplicación y el riesgo de falsas promesas a las víctimas. Será interesante seguir la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional al respecto, que puede basarse en una disposición explícita sobre reparaciones en el Estatuto de Roma (artículo 75) y actualmente está desarrollando un enfoque de los derechos de las víctimas. Probablemente tendrá que adoptar medidas de compensación de tipo más globales o medidas de reparación basadas en la comunidad para abarcar al mayor número posible de víctimas. En todo caso, no cabe duda de que, si bien la simple afirmación de que no existe un derecho individual a recibir reparación por violaciones del derecho internacional humanitario ya no es adecuada a la luz de la evolución del derecho y la práctica, quedan muchas incertidumbres en cuanto a la manera en que se pueden otorgar adecuadamente en la práctica reparaciones masivas a raíz de violaciones cometidas en conflictos armados.

Conclusión

En resumen, la naturaleza del derecho internacional humanitario, que no fue concebido en torno a derechos individuales, no permite imaginar tan fácilmente que incorporaría todos los derechos procesales que se han desarrollado en el derecho de los derechos humanos. Sin embargo, una mayor sensibilización sobre la aplicación de los derechos humanos en los conflictos armados y una mayor exigencia de transparencia y responsabilización en las operaciones militares pueden propiciar una mejor

240 V. Gillard, nota 236 *supra*, p. 540.

241 Sobre Alemania, v. Roland Bank, "The new programs for payments to victims of National Socialist injustice", *German Yearbook of International Law*, vol. 44 (2001), pp. 307-52; la descripción más exhaustiva de los programas nacionales de reparación puede hallarse en Pablo de Greiff (ed.), *The Handbook on Reparations*, Oxford University Press, Oxford, 2006.

242 Sobre este debate. v. Elke Schwager y Roland Bank, "An individual right to compensation for victims of armed conflicts?", documento presentado al Comité de Compensación para Víctimas de la Guerra de la ILA, pp. 45-48; Pierre d'Argent, "Wrongs of the past, history of the future", *European Journal of International Law*, vol. 17 (2006), pp. 279, 286.

protección de ciertos derechos en el derecho internacional humanitario.

Quedará por ver cómo ambas ramas del derecho, que no fueron concebidas originalmente para estar en contacto tan estrecho, podrán convivir en armonía en el marco más amplio del derecho internacional. Pero algo está muy claro: no hay retroceso posible a una separación completa de ambos derechos. Potencialmente, un enfoque que conjugue la interpretación de los derechos humanos y el derecho humanitario —manteniendo sus rasgos distintivos— no puede sino contribuir a una mayor protección de las personas en conflictos armados.