

PROTECCIÓN JURÍDICA
INTERNACIONAL DE
**LOS DERECHOS
HUMANOS DURANTE
LOS CONFLICTOS
ARMADOS**



NACIONES UNIDAS



NACIONES UNIDAS
DERECHOS HUMANOS
OFICINA DEL ALTO COMISIONADO

PROTECCIÓN JURÍDICA
INTERNACIONAL DE
**LOS DERECHOS
HUMANOS DURANTE
LOS CONFLICTOS
ARMADOS**



NACIONES UNIDAS
DERECHOS HUMANOS
OFICINA DEL ALTO COMISIONADO

Nueva York y Ginebra, 2011

NOTA

Las denominaciones empleadas en esta publicación y la forma en que aparecen presentados los datos que contiene no entrañan la expresión de opinión alguna por parte de la Secretaría de las Naciones Unidas sobre la condición jurídica de países, territorios, ciudades o zonas, o de sus autoridades, ni sobre la delimitación de sus fronteras o límites.

Las firmas de los documentos de las Naciones Unidas se componen de letras mayúsculas y cifras. La mención de una de tales firmas indica que se hace referencia a un documento de las Naciones Unidas.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
I. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO DURANTE LOS CONFLICTOS ARMADOS: FUENTES JURÍDICAS, PRINCIPIOS Y ACTORES	4
A. Fuentes del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos.....	7
B. Principios del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario	15
C. Titulares de deberes según el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario ...	23
II. EXIGENCIAS, LIMITACIONES Y EFECTOS DE LA APLICACIÓN CONCURRENTE DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO EN SITUACIONES DE CONFLICTO ARMADO	34
A. El conflicto armado como mecanismo de activación.....	35
B. El territorio y la aplicabilidad del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario	45
C. Limitaciones a la aplicación de las salvaguardias del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario	49
D. La aplicación concurrente y el principio de <i>lex specialis</i>	58

III. RENDICIÓN DE CUENTAS Y DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS.....	76
A. Responsabilidad del Estado por violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario	78
B. Responsabilidad individual por violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.....	80
C. Derechos de las víctimas con respecto a los delitos internacionales.....	95
D. Otras formas de justicia	98
IV. APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO POR PARTE DE LAS NACIONES UNIDAS.....	100
A. La Asamblea General	102
B. El Consejo de Seguridad	104
C. El Secretario General de las Naciones Unidas	109
D. El Consejo de Derechos Humanos.....	111
E. La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH).....	114
F. Los órganos de tratados y los procedimientos especiales	116
G. Los componentes de derechos humanos de las misiones de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas.....	122
H. Las comisiones de investigación y las misiones de determinación de los hechos	124
CONCLUSIÓN.....	128

INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas, los conflictos armados han arruinado la vida de millones de civiles. En muchos conflictos armados son comunes las violaciones graves del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos. En determinadas circunstancias, algunas de estas violaciones pueden incluso constituir genocidio, crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad.

En los últimos 20 años, gobiernos, rebeldes, políticos, diplomáticos, activistas, manifestantes y periodistas se han referido a la aplicación del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos durante los conflictos armados. A estas normas se remiten con frecuencia las resoluciones del Consejo de Seguridad y los debates del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, los folletos políticos de movimientos de oposición, los informes de organizaciones no gubernamentales (ONG), las actividades de adiestramiento de tropas y las conversaciones diplomáticas. El derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario son hoy parámetros importantes para muchos mandos militares, asesorados en el terreno por juristas. Por último, dichas normas son invocadas a menudo por abogados defensores y fiscales de tribunales internacionales y —en un grado aún limitado— nacionales, y constituyen el fundamento de sentencias bien sustentadas.

El derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario comparten el objetivo común de respetar la dignidad y humanidad de todos. A lo largo de los años, la Asamblea General, la Comisión de Derechos Humanos y, más recientemente, el Consejo de Derechos Humanos han considerado que, en las situaciones de conflicto armado, las partes en el conflicto tienen obligaciones jurídicamente vinculantes en relación con los derechos de las personas afectadas por el conflicto. El derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, pese a ser diferentes en su alcance, ofrecen varias formas de protección a las personas en el contexto de los conflictos armados, tanto si se trata de civiles como

de personas que ya no participan directamente en las hostilidades o de partes activas en el conflicto. En efecto, como han reconocido, entre otros, los tribunales internacionales y regionales, así como los órganos de tratados, los procedimientos especiales de derechos humanos y los órganos de las Naciones Unidas, ambos conjuntos normativos se aplican a las situaciones de conflicto armado y proporcionan otras tantas protecciones, que se complementan y refuerzan mutuamente.

La presente publicación ofrece una orientación y un análisis jurídico exhaustivos a las autoridades estatales, a los actores humanitarios y de derechos humanos y a otros agentes en relación con la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario para la protección de las personas en situaciones de conflicto armado. Examina, en particular, la aplicación complementaria de estos dos corpus normativos. Su objetivo no es tratar todos los aspectos pertinentes, sino, más bien, proporcionar una visión general de su aplicación concurrente. Proporciona los necesarios antecedentes y análisis jurídicos de las nociones pertinentes, a fin de que el lector pueda comprender mejor la relación entre ambos conjuntos normativos, así como las implicaciones de su aplicación complementaria en situaciones de conflicto armado.

En el capítulo I se describe el marco jurídico en el que el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario se aplican a las situaciones de conflicto armado, para lo cual se especifican algunas fuentes de derecho, así como el tipo de obligaciones jurídicas impuestas a las diferentes partes en los conflictos armados. Se explican y se comparan los principios de ambos conjuntos normativos, y también se analiza quiénes son los responsables de las obligaciones derivadas de cada uno de ellos.

En el capítulo II se analizan los requisitos formales para la aplicación concurrente del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, en particular desde la perspectiva de la existencia de un conflicto armado y del alcance territorial de dicho conflicto. También se tratan las limitaciones de la aplicación de esas normas en esas circunstancias y se examinan los problemas derivados de su aplicación concurrente.

El capítulo III se refiere a la rendición de cuentas y analiza el marco jurídico en que se determina la responsabilidad del Estado y del individuo cuando se vulneran el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. También se exponen los derechos de las víctimas cuando ocurren esas violaciones. Por último, el capítulo ofrece una visión general de las formas no judiciales de justicia que pueden acompañar (o, en algunos casos, sustituir) a la justicia penal.

En el capítulo IV se examinan algunos ejemplos de la práctica seguida por las Naciones Unidas en cuanto a la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho humanitario en situaciones de conflicto armado, en particular por el Consejo de Seguridad, el Consejo de Derechos Humanos y sus procedimientos especiales, el Secretario General y la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. En este capítulo se pone de manifiesto que las Naciones Unidas tienen una práctica bien establecida de aplicar de manera concurrente el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario a las situaciones de conflicto armado, por ejemplo en los mandatos de protección relativos a las actividades sobre el terreno, y se ofrecen numerosos ejemplos de dicha práctica.

- **EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO DURANTE LOS CONFLICTOS ARMADOS: FUENTES JURÍDICAS, PRINCIPIOS Y ACTORES**

El derecho internacional de los derechos humanos es un sistema de normas internacionales destinadas a proteger y promover los derechos humanos de todas las personas. Estos derechos, que son inherentes a todos los seres humanos, cualquiera que sea su nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color de la piel, religión, idioma o cualquier otra condición, están interrelacionados y son interdependientes e indivisibles. A menudo están expresados en el derecho y garantizados por él, en forma de tratados, normas de derecho internacional consuetudinario, principios generales del derecho e instrumentos de derecho incipiente de carácter no vinculante. Los derechos humanos entrañan tanto derechos como obligaciones. El derecho internacional de los derechos humanos establece las obligaciones de los Estados de actuar de determinada manera o abstenerse de determinados actos, con el fin de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de personas o grupos.

El derecho internacional humanitario es un conjunto de normas que, por razones humanitarias, aspiran a limitar los efectos del conflicto armado. Protege a las personas que no participan o han dejado de participar en las hostilidades y restringe los medios y métodos de combate. Su alcance es, por lo tanto, limitado *ratione materiae* a las situaciones de conflicto armado. El derecho internacional humanitario es parte del *ius in bello* (el derecho sobre el modo en que puede usarse la fuerza), que tiene que ser diferenciado y separado del *ius ad bellum* (el derecho sobre la legitimidad del uso de la fuerza). El uso de la fuerza está prohibido por la Carta de las Naciones Unidas. Ahora bien, todas las partes en los conflictos armados, independientemente de que su causa esté o no justificada, tienen la misma obligación de aplicar el derecho internacional humanitario. Esta igualdad entre las partes beligerantes también permite establecer una distinción fundamental entre un conflicto armado, al que se aplica el derecho internacional humanitario, y un delito, al que solo se aplican la legislación penal y las normas de derechos humanos sobre el mantenimiento del orden público.

Durante años se sostuvo que la diferencia entre las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario era que las primeras se aplicaban en tiempo de paz y el segundo en situaciones

de conflicto armado. Sin embargo, el derecho internacional moderno reconoce que esta distinción es inexacta. De hecho, la comunidad internacional acepta hoy de manera generalizada que, dado que las obligaciones de derechos humanos se derivan del reconocimiento de los derechos inherentes de todos los seres humanos y que estos derechos podrían verse afectados tanto en tiempo de paz como en estado de guerra, el derecho internacional de los derechos humanos se sigue aplicando en las situaciones de conflicto armado. Por otra parte, nada en los tratados de derechos humanos indica que no sean aplicables en tiempos de conflicto armado. En consecuencia, se considera que estos dos conjuntos normativos —el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario— son fuentes complementarias de obligaciones en situaciones de conflicto armado. Por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos, en sus Observaciones generales N° 29 (2001) y N° 31 (2004), recordó que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se aplicaba también en situaciones de conflicto armado en que eran de aplicación las normas del derecho internacional humanitario¹. El Consejo de Derechos Humanos, en su resolución 9/9, reconoció además que las normativas de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario eran complementarios y se reforzaban mutuamente. El Consejo consideró que todos los derechos humanos requerían protección por igual y que la protección brindada por la normativa de los derechos humanos seguía vigente en las situaciones de conflicto armado, teniendo en cuenta las situaciones en que el derecho internacional humanitario se aplicaba a título de *lex specialis*². El Consejo también reiteró que se debían adoptar medidas eficaces para garantizar y vigilar la aplicación de los derechos humanos de la población civil en las situaciones de conflicto armado, en particular los pueblos sometidos a ocupación extranjera, y que se le debía garantizar una protección eficaz contra la violación de sus derechos humanos, de conformidad con la normativa de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario aplicable.

¹ Véanse las Observaciones generales N° 29 (2001), sobre los estados de excepción, (art. 4), párr. 3, y N° 31 (2004), sobre la índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el Pacto, párr. 11.

² Véase el análisis sobre la aplicación del principio de *lex specialis* que figura en el capítulo II, sección D, más adelante.

En los últimos años, la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario a las situaciones de conflicto armado ha suscitado diversas interrogantes en relación con la aplicación de las medidas de protección específicas garantizadas por ambos conjuntos normativos. Su aplicación concurrente ha creado confusión sobre las obligaciones de las partes en un conflicto, el alcance de estas obligaciones, los criterios uniformes que deben aplicarse y los beneficiarios de estas medidas de protección.

A fin de entender correctamente la relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario cuando se aplican en la práctica a situaciones de conflicto armado, es importante poner esta relación en su correcto contexto jurídico y doctrinal. Este capítulo tratará los principales elementos de este marco jurídico. Se concentrará en primer lugar en la determinación de las principales fuentes, tanto del derecho internacional humanitario como del derecho internacional de los derechos humanos. En segundo lugar, presentará y comparará sus principales principios subyacentes. En tercer lugar, se ocupará de los titulares de las obligaciones dimanantes de ambos conjuntos normativos.

A. FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Si bien el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario tienen diferentes raíces históricas y doctrinales, ambos conjuntos normativos comparten el objetivo de proteger a todas las personas y se basan en los principios del respeto por la vida, el bienestar y la dignidad humana de la persona³. Desde una perspectiva

³ En la causa *Prosecutor v. Anto Furundžija*, la Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia hizo hincapié en que el principio general del respeto por la dignidad humana era la "base fundamental" de las normas de derechos humanos y del derecho internacional humanitario. Causa N° IT-95-17/1-T, fallo de 10 de diciembre de 1998, párr. 183. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Juan Carlos Abella c. la Argentina*, estableció que su autoridad para aplicar el derecho internacional humanitario podría derivarse de la superposición entre las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y las de los Convenios de Ginebra. La Comisión señaló que "las disposiciones del artículo 3 común son, de hecho, normas puras sobre derechos humanos [...] Básicamente, el artículo 3 requiere

jurídica, tanto el derecho internacional de los derechos humanos como el derecho internacional humanitario tienen su origen en una serie de tratados internacionales, que han sido reforzados y complementados por el derecho internacional consuetudinario⁴. Dado que el derecho internacional de los derechos humanos se aplica en todo momento, tanto en tiempo de paz como de guerra, y que el derecho internacional humanitario solo se aplica en el contexto de los conflictos armados, ambos conjuntos normativos deben aplicarse de manera que, en el contexto del conflicto armado, se complementen y se refuerzan mutuamente⁵.

Por otra parte, determinadas violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario constituyen delitos en virtud del derecho penal internacional, por lo que podrían también serles aplicables otros corpus normativos, como el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. El derecho penal internacional y la justicia penal internacional sobre crímenes de guerra aplican el derecho internacional humanitario, pero también aclaran y desarrollan sus normas. De forma similar, a menudo otros conjuntos normativos, como el derecho internacional de los refugiados y el derecho interno,

que el Estado haga, en gran medida, lo que ya está obligado a hacer legalmente en el marco de la Convención Americana". Informe N° 55/97, caso 11.137, nota 19.

- ⁴ El derecho internacional consuetudinario es una de las principales fuentes de las obligaciones jurídicas internacionales. Como se indica en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, la costumbre internacional constituye una "prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho". Por consiguiente, los dos componentes del derecho consuetudinario son la práctica de los Estados como prueba de una práctica generalmente aceptada, y la creencia, también conocida como *opinio iuris*, de que dicha práctica es obligatoria. Véase a este respecto la decisión de la Corte Internacional de Justicia en *North Sea Continental Shelf Cases*, I.C.J. Reports 1969, pág. 3.
- ⁵ La Alta Comisionada ha recordado que, a lo largo de los años, la Asamblea General, la Comisión de Derechos Humanos y, más recientemente, el Consejo de Derechos Humanos han manifestado la opinión de que, en las situaciones de conflicto armado, las partes en el conflicto tienen obligaciones jurídicamente vinculantes en relación con los derechos de las personas afectadas por el conflicto. Además, el Consejo ha reconocido la importancia y la urgencia de tales problemas. De conformidad con la reciente jurisprudencia internacional y con la práctica de los órganos pertinentes creados en virtud de tratados, el Consejo reconoció que la normativa de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario eran complementarios y se reforzaban mutuamente (A/HRC/11/31, párr. 5).

serán también aplicables y podrán influir en los tipos de amparo de los derechos humanos que puedan brindarse.

1. El derecho internacional de los derechos humanos

El derecho internacional de los derechos humanos está recogido, entre otros instrumentos, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, y en varios tratados internacionales de derechos humanos, así como en el derecho internacional consuetudinario. Los principales tratados universales de derechos humanos son concretamente:

- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y su Protocolo Facultativo;
- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y sus dos Protocolos Facultativos;
- La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial;
- La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y su Protocolo Facultativo;
- La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y su Protocolo Facultativo;
- La Convención sobre los Derechos del Niño y sus dos Protocolos facultativos;
- La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares;
- La Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas; y
- La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo facultativo.

Hay un *corpus* cada vez mayor de tratados y protocolos sobre temas específicos, así como diversos tratados regionales sobre la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Por otra parte, las resoluciones aprobadas por la Asamblea General, el Consejo de Seguridad y el Consejo de Derechos Humanos, la jurisprudencia de los

órganos de tratados, los informes de los procedimientos especiales de derechos humanos, así como las declaraciones, los principios rectores y otros instrumentos legales no vinculantes contribuyen a aclarar, materializar y establecer principios directivos sobre normas y criterios mínimos de derechos humanos, incluso si no contienen obligaciones jurídicamente vinculantes *per se*, de no ser las que constituyen normas en los usos internacionales⁶.

El derecho internacional de los derechos humanos no se limita a los derechos enumerados en los tratados, sino que también comprende derechos y libertades que han pasado a ser parte del derecho internacional consuetudinario, que es vinculante para todos los Estados, incluso los que no son parte en un tratado en particular. En general se considera que muchos de los derechos enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos tienen este carácter⁷. Por otra parte, se reconoce que algunos derechos tienen un estatus especial como normas imperativas de derecho internacional consuetudinario (*ius cogens*), lo que significa que no pueden suspenderse bajo ninguna circunstancia y que tienen primacía, en particular, sobre otras obligaciones internacionales. En general se reconoce que las prohibiciones de la tortura, la esclavitud, el genocidio, la discriminación racial y los crímenes de lesa humanidad, y el derecho de libre determinación son normas imperativas, como se refleja en el proyecto de artículos de la Comisión de Derecho

⁶ Véase, por ejemplo, la resolución 60/147 de la Asamblea General, en la que esta aprobó 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 y destacó su carácter consuetudinario cuando indicó que la resolución no entrañaba nuevas obligaciones jurídicas internacionales o nacionales, sino que indicaba mecanismos, modalidades, procedimientos y métodos para el cumplimiento de las obligaciones jurídicas existentes conforme a las normas internacionales de derechos humanos y al derecho internacional humanitario.

⁷ Véanse las observaciones del Comité de Derechos Humanos —en su Observación general N° 24 (1994) sobre las cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto, y en Observación general N° 29 (2001)— según las cuales algunos derechos reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos también recogen normas del derecho internacional consuetudinario.

internacional sobre la responsabilidad del Estado⁸. De manera análoga, el Comité de Derechos Humanos ha indicado que las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que son de derecho internacional consuetudinario (y *a fortiori* cuando tienen el carácter de normas perentorias) no pueden ser objeto de *reservas*⁹. El Comité agregó que “un Estado no puede reservarse el derecho de practicar la esclavitud, de torturar, de someter a personas a tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes, de privar arbitrariamente a las personas de la vida, de detener y encarcelar arbitrariamente a las personas, de denegar la libertad de pensamiento, conciencia y religión, de presumir que una persona es culpable hasta que demuestre su inocencia, de ejecutar a mujeres embarazadas o a niños, de permitir el fomento del odio nacional, racial o religioso, de denegar a las personas en edad núbil el derecho a contraer matrimonio o de privar a las minorías del derecho a gozar de su propia cultura, profesar su propia religión o utilizar su propio idioma. Y, aunque las reservas a cláusulas concretas del artículo 14 puedan ser aceptables, no lo sería una reserva general respecto del derecho a un juicio con las debidas garantías”. El Comité, en consonancia con el artículo 4 del Pacto, también ha reiterado que determinados derechos previstos en el Pacto no puede ser objeto de *suspensión*, en particular los enunciados en el artículo 6 (derecho a la vida), el artículo 7 (prohibición de las torturas y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, o de los experimentos médicos o científicos de no mediar libre consentimiento), el artículo 8, párrafos 1 y 2 (prohibición de la esclavitud, la trata de esclavos y la servidumbre), artículo 11 (prohibición de ser encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual), artículo 15 (principio de legalidad en materia penal, esto es, el requisito de que la responsabilidad penal y la pena vengán determinadas exclusivamente por disposiciones claras y concretas de la ley en vigor y aplicables en el momento de cometerse el acto o la omisión, salvo que por ley posterior se imponga una pena más

⁸ Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en su 53º período de sesiones de 2001, reproducido en el *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 2001, vol. II (Segunda parte) (Publicación de las Naciones Unidas, N° de venta S.04.V.17 (Part 2)).

⁹ Observación general N° 24 (1994), párr. 8.

leve), artículo 16 (reconocimiento de la personalidad jurídica de todo ser humano) y artículo 18 (libertad de pensamiento, de conciencia y de religión)¹⁰. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, en su Declaración sobre la discriminación racial y las medidas para combatir el terrorismo, ha confirmado que la prohibición de la discriminación racial es una norma de *ius cogens*¹¹.

La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, reconocida por su Estatuto como medio subsidiario para determinar las normas de derecho, se refiere cada vez más a las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos en situaciones de conflicto armado¹². Estas decisiones han proporcionado aclaraciones adicionales sobre cuestiones como la aplicación continua del derecho internacional de los derechos humanos en situaciones de conflicto armado.

En el contexto de la aplicación de las obligaciones de derechos humanos, los órganos de tratados de derechos humanos establecidos para supervisar la aplicación de los principales tratados de derechos humanos, como el Comité de Derechos Humanos o el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, formulan regularmente observaciones generales, que interpretan y aclaran el contenido y el alcance de normas, obligaciones y principios concretos contenidos en los convenios de derechos humanos correspondientes.

2. El derecho internacional humanitario

El derecho internacional humanitario es un conjunto de normas que procuran limitar los efectos del conflicto armado sobre las personas, entre ellas los civiles, las personas que no participan o han dejado de participar en el conflicto e incluso las que siguen haciéndolo, como los combatientes.

¹⁰ Observación general N° 29 (2001), párr. 7.

¹¹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento N° 18 (A/57/18)*, cap. XI, secc. C, párr. 4.

¹² *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, pág. 226; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004*, pág. 136; y *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment, I.C.J. Reports 2005*, pág. 168.

Para lograr este objetivo, el derecho internacional humanitario se ocupa de dos cuestiones: la protección de las personas y las restricciones sobre los medios y los métodos de guerra.

Las fuentes del derecho internacional humanitario son los tratados y el derecho internacional consuetudinario. Las normas del derecho internacional humanitario están establecidas en varios convenios y protocolos. Los siguientes instrumentos constituyen la esencia del derecho internacional humanitario moderno:

- El Reglamento de La Haya relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre;
- El Primer Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña;
- El Segundo Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar;
- El Tercer Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra;
- El Cuarto Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra;
- El Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I); y
- El Protocolo 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).

En general se considera que el Reglamento de La Haya forma parte del derecho internacional consuetudinario, que es vinculante para todos los Estados, independientemente de que lo hayan o no aceptado. Los Convenios de Ginebra han logrado una ratificación universal. Muchas de las disposiciones contenidas en los Convenios de Ginebra y sus

Protocolos se consideran parte del derecho internacional consuetudinario y son aplicables en cualquier conflicto armado¹³.

Otros tratados internacionales que tratan de la producción, el empleo y el almacenamiento de determinadas armas también se consideran parte del derecho internacional humanitario, en la medida en que regulan la conducción de las hostilidades armadas e imponen limitaciones sobre el uso de determinadas armas. Entre estos convenios cabe mencionar:

- La Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción;
- La Convención sobre Municiones en Racimo;
- La Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción;
- La Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción;
- La Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados; y
- El Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares.

El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) desempeña una función especial en virtud del derecho internacional humanitario. Los Convenios de Ginebra establecen que podrá visitar presos, organizar operaciones de socorro, contribuir a la reunificación familiar y llevar a cabo diversas actividades humanitarias durante los conflictos armados internacionales. También le permiten ofrecer estos servicios en los conflictos armados no internacionales. El Comité Internacional de la Cruz Roja desempeña una función reconocida en la interpretación del derecho internacional humanitario y se encarga de trabajar por su fiel aplicación en los conflictos

¹³ Para un análisis detallado de las normas consuetudinarias del derecho internacional humanitario, véase: Comité Internacional de la Cruz Roja, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, de Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck (Cambridge University Press, 2005).

armados, recibiendo las quejas relativas a las violaciones de sus normas y contribuyendo a la comprensión, difusión y desarrollo de ese derecho¹⁴.

B. PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sea cual fuere su nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color de la piel, religión, idioma o cualquier otra condición. Estos derechos están todos interrelacionados y son interdependientes e indivisibles. A menudo están garantizados por normas jurídicas y expresados en tratados, normas de derecho internacional consuetudinario, principios generales y otras fuentes del derecho internacional. El derecho internacional de los derechos humanos establece las obligaciones que tienen los Estados de actuar de determinada manera o abstenerse de ciertos actos, con el fin de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de personas o grupos.

Los derechos humanos entrañan tanto derechos como obligaciones. El derecho internacional impone a los Estados la obligación de respetar y proteger los derechos humanos y garantizar su cumplimiento. La obligación de respetar significa que los Estados deben abstenerse de interferir en el disfrute de los derechos humanos o de menoscabar dicho disfrute. La obligación de proteger exige que los Estados protejan a los individuos y los grupos contra las violaciones de los derechos humanos. La obligación de garantizar el cumplimiento significa que los Estados deben adoptar medidas positivas para facilitar el disfrute de los derechos humanos. Como personas, todos tenemos derecho a los derechos humanos, pero cada uno de nosotros debe también respetar los derechos humanos de los demás.

El derecho internacional humanitario limita el uso de la violencia en los conflictos armados para proteger a quienes no participan o han dejado

¹⁴ Véase: Estatutos del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, art. 5.2 c) y g). Si se desea información detallada adicional sobre la función como "guardián" del CICR, véase Y. Sandoz, *El Comité Internacional de la Cruz Roja: guardián del derecho internacional humanitario*, 31 de diciembre de 1998. Puede consultarse en www.icrc.org.

de participar directamente en las hostilidades y, al mismo tiempo, limita la violencia al grado necesario para debilitar el potencial militar del enemigo. Tanto en la limitación de la violencia como en la regulación del trato de las personas afectadas por los conflictos armados en otros aspectos, el derecho internacional humanitario establece un equilibrio entre humanidad y necesidad militar. Aunque a este respecto, las normas del derecho internacional de los derechos humanos y las del derecho internacional humanitario son muy diferentes, en su sustancia son muy semejantes y ambas protegen a las personas de formas parecidas. La diferencia de fondo más importante es que la protección del derecho internacional humanitario se basa principalmente en las distinciones que establece —en particular entre civiles y combatientes—, desconocidas en el derecho internacional de los derechos humanos.

1. Derechos protegidos

Tradicionalmente, el derecho internacional humanitario se formula en términos de reglas objetivas de conducta para los Estados y los grupos armados, mientras que el derecho internacional de los derechos humanos se expresa en términos de derechos subjetivos de la persona frente al Estado. Hoy en día, un número cada vez mayor de normas del derecho internacional humanitario, en particular las garantías fundamentales de las personas en poder de una parte en conflicto y las normas del derecho internacional humanitario en los conflictos armados de índole no internacional, se formulan en términos de derechos subjetivos. Ejemplo de ello son el derecho a recibir asistencia individual o colectiva que tienen las personas cuya libertad se ha limitado, o el derecho de las familias a conocer la suerte de sus familiares. A la inversa, los derechos subjetivos han sido plasmados por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones en normas de conducta para los funcionarios del Estado. Por ejemplo, los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, aprobados en el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente en 1990, ofrecen una interpretación autorizada de los principios que deben respetar las autoridades cuando emplean la fuerza a fin de no atentar contra el

derecho a la vida. Los Principios Básicos establecen, entre otras cosas, que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley “darán una clara advertencia de su intención de emplear armas de fuego, con tiempo suficiente para que se tome en cuenta, salvo que al dar esa advertencia se pusiera indebidamente en peligro a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, se creara un riesgo de muerte o daños graves a otras personas, o resultara evidentemente inadecuada o inútil dadas las circunstancias del caso”.

Al comparar el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, se hace evidente que este último, en sí mismo, protege solo algunos derechos humanos y únicamente en la medida en que los conflictos armados los pongan particularmente en peligro y que dicha protección no sea compatible con la existencia misma del conflicto armado. Por lo tanto, el derecho a la seguridad social, el derecho a elecciones libres, la libertad de pensamiento o el derecho a la libre determinación no están recogidos en el derecho internacional humanitario. Sin embargo, en algunas situaciones, sus normas podrían ser, en las limitadas cuestiones de derechos humanos que tratan, más adecuadas para tratar los problemas específicos que surgen en los conflictos armados. Por otra parte, si bien puede entenderse que las normas del derecho internacional humanitario relativas al trato de las personas que están en el poder del enemigo garantizan el ejercicio de los derechos humanos de esas personas, teniendo en cuenta la necesidad militar y las peculiaridades de los conflictos armados, ciertas normas relativas a la conducción de las hostilidades se ocupan de cuestiones no contempladas en los derechos humanos, por ejemplo, quiénes pueden participar directamente en las hostilidades y cómo deben distinguirse de la población civil esas personas, o cuáles son los derechos del personal médico y cómo debe este identificarse.

El derecho internacional humanitario prevé la protección de diversos derechos civiles y políticos (por ejemplo, las garantías judiciales o el derecho a la vida de los enemigos puestos fuera de combate), derechos económicos, sociales y culturales (por ejemplo, el derecho a la salud y el derecho a la alimentación) y derechos colectivos (por ejemplo, el derecho a un medio ambiente saludable). Esto es particularmente evidente por lo

que se refiere a los heridos y los enfermos, que deben ser respetados, protegidos, recogidos y asistidos.

2. Modos de protección

El derecho internacional de los derechos humanos impone obligaciones, en cuanto a respetar y proteger derechos y garantizar su disfrute, que se extienden a todos los derechos humanos. Estos tres términos permiten determinar si se han incumplido las obligaciones internacionales de derechos humanos. Aunque tradicionalmente estos términos no se han utilizado en el derecho internacional humanitario, las obligaciones derivadas de sus normas pueden ser divididas en categorías similares. Dado que, en virtud de ambos marcos normativos, los Estados tienen la obligación de hacer algo (obligaciones positivas) o de abstenerse de hacer algo (obligaciones negativas), pueden ser responsables de una violación del derecho internacional de los derechos humanos o del derecho humanitario mediante acción, omisión o acción inadecuada. En el derecho internacional humanitario, los Estados tienen la obligación explícita de respetar y hacer respetar.

En el derecho internacional de los derechos humanos, la obligación de respetar exige que los Estados no adopten ninguna medida que impida a las personas el acceso a un determinado derecho. Por ejemplo, el derecho a una alimentación adecuada lo hacen efectivo sobre todo los propios titulares de derechos a través de sus actividades económicas y de otra índole. Los Estados tienen el deber de no obstaculizar indebidamente el ejercicio de dichas actividades. Esta obligación de respetar, dimanante de las normas de derechos humanos, es aplicable tanto en los desastres naturales como en los provocados por el hombre. Asimismo, la obligación de respetar el derecho a una vivienda adecuada significa que los gobiernos deben abstenerse de llevar a cabo o promover de cualquier manera desalojos forzosos o arbitrarios de personas o grupos. Los Estados deben respetar los derechos de las personas a construir sus propias viviendas y a gestionar su entorno de la manera que mejor se adapte a su cultura, sus habilidades, sus necesidades y sus deseos. De manera similar funcionan muchas prohibiciones del derecho internacional humanitario, por ejemplo el ejercicio de coacción física y moral contra

los civiles protegidos y los prisioneros de guerra o la comisión de actos de violencia contra la vida y la integridad de personas que no participan directamente en las hostilidades, la requisita de artículos alimenticios y de hospitales en territorios ocupados o la realización de ataques contra bienes indispensables para la supervivencia de la población civil.

Como parte de la obligación de proteger, los Estados deben prevenir, investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos cometidas por terceros, por ejemplo personas físicas, empresas comerciales u otros actores no estatales, y garantizar medidas de reparación para las víctimas. En este sentido, el Comité de Derechos Humanos ha recordado que “las obligaciones positivas de los Estados Partes de velar por los derechos del Pacto solo se cumplirán plenamente si los individuos están protegidos por el Estado, no solo contra las violaciones de los derechos del Pacto por sus agentes, sino también contra los actos cometidos por personas o entidades privadas que obstaculizarían el disfrute de los derechos del Pacto en la medida en que son susceptibles de aplicación entre personas o entidades privadas”¹⁵. De manera semejante, en el derecho internacional humanitario los Estados deben proteger a los prisioneros, por ejemplo de la curiosidad pública, mantener el orden público en territorios ocupados y proteger a las mujeres de la violación. De conformidad con la obligación de tomar precauciones contra los efectos de los ataques del enemigo, deben incluso tomar medidas, en la mayor medida posible, para proteger a su propia población civil, entre otras cosas, procurando mantener los objetivos militares y a los combatientes alejados de las zonas densamente pobladas.

Los Estados también tienen la obligación de garantizar el goce de derechos, por ejemplo adoptando medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, judiciales y de otra índole para dar plena efectividad a los derechos humanos. Esta obligación puede cumplirse mediante medidas inmediatas o progresivas en relación con los derechos económicos, sociales y culturales¹⁶, e incluye el deber de facilitarlos (aumentar el acceso

¹⁵ Observación general N° 31 (2004), párr. 8.

¹⁶ El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación general N° 3 (1990) sobre la índole de las obligaciones de los Estados partes, ha indicado que “si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera

a los recursos y los medios para alcanzar los derechos), garantizar su disfrute (asegurarse de que toda la población puede hacerlos efectivos si no puede hacerlo por su cuenta) y promoverlos. Por ejemplo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que la obligación de garantizar el disfrute del derecho al trabajo entraña para los Estados partes aplicar planes para luchar contra el desempleo, adoptar medidas positivas que permitan y ayuden a las personas a disfrutar del derecho al trabajo, poner en marcha planes de enseñanza técnica y profesional para facilitar el acceso al empleo, y emprender, por ejemplo, programas educativos e informativos para concienciar a la población sobre el derecho al trabajo¹⁷. Asimismo, en virtud del derecho internacional humanitario se debe recoger y atender a los heridos y a los enfermos y alimentar y proteger a los prisioneros, y en el caso de una Potencia ocupante, esta debe, en la mayor medida de los medios disponibles, garantizar la seguridad alimentaria y los suministros médicos, la sanidad y la higiene públicas en el territorio que ocupa.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, refiriéndose al derecho a la alimentación, ha señalado cómo se aplican en la práctica estos tres principios. Ha indicado que “el derecho a la alimentación adecuada, al igual que cualquier otro derecho humano, impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados Partes: las obligaciones de *respetar*, *proteger* y *realizar*. A su vez, la obligación de *realizar* entraña tanto la obligación de *facilitar* como la obligación de *hacer efectivo*. La obligación de *respetar* el acceso existente a una alimentación adecuada

paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto” (párr. 2). Por otra parte, el Comité ha indicado que el progresivo ejercicio efectivo de los derechos económicos, sociales y culturales “difiere de manera importante del que figura en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto [Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales] no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo” (párr. 9).

¹⁷ Observación general N° 18 (2005) sobre el derecho al trabajo, párrs. 26 a 28.

requiere que los Estados no adopten medidas de ningún tipo que tengan por resultado impedir ese acceso. La obligación de *proteger* requiere que el Estado Parte adopte medidas para velar por que las empresas o los particulares no priven a las personas del acceso a una alimentación adecuada. La obligación de *realizar (facilitar)* significa que el Estado debe procurar iniciar actividades con el fin de fortalecer el acceso y la utilización por parte de la población de los recursos y medios que aseguren sus medios de vida, incluida la seguridad alimentaria. Por último, cuando un individuo o un grupo sea incapaz, por razones que escapen a su control, de disfrutar del derecho a una alimentación adecuada por los medios a su alcance, los Estados tienen la obligación de *realizar (hacer efectivo)* ese derecho directamente¹⁸.

Un ejemplo de la interacción de los tres modos de protección en el derecho internacional humanitario son las obligaciones de los beligerantes en relación con el sistema educativo de la parte adversa. Las escuelas no pueden ser objeto de ataque, pues se presume que no contribuyen eficazmente a la acción militar. Una vez que estén bajo el control del enemigo, en un territorio ocupado, su buen funcionamiento debe ser facilitado por la Potencia ocupante y, en última instancia, si las instituciones locales resultan inadecuadas, la Potencia ocupante debe tomar medidas para garantizar la manutención y la educación, si es posible por medio de personas de su nacionalidad, idioma y religión, de los niños que han quedado separados de sus padres, y facilitar el restablecimiento de los lazos familiares y la reunificación de las familias¹⁹.

3. El principio de distinción en el derecho internacional humanitario

Probablemente, la diferencia más importante entre el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos sea que la protección sustantiva de la que se beneficia una persona en virtud del primer conjunto normativo depende de la categoría a la que pertenece, mientras que, en virtud del segundo, todo ser humano se beneficia de todos los derechos humanos, aunque en algunos

¹⁸ Observación general N° 12 (1999) sobre derecho a una alimentación adecuada, párr. 15.

¹⁹ Protocolo I, arts. 52.2 y 52.3, y Cuarto Convenio de Ginebra, art. 50.

instrumentos de derechos humanos se establecen y protegen derechos específicos de categorías concretas de personas, por ejemplo los niños, las personas con discapacidad o los migrantes. En el derecho internacional humanitario, la protección de los civiles no es la misma que la protección de los combatientes. Esta diferencia es particularmente pertinente en la conducción de las hostilidades: existe una distinción fundamental entre civiles y combatientes y entre objetivos militares y bienes civiles. Los combatientes pueden ser objeto de ataque hasta que se rindan o estén fuera de combate, mientras que los civiles no pueden serlo, a menos que participen directamente en las hostilidades y solo durante ese tiempo, y están protegidos por los principios de proporcionalidad y de precaución contra los efectos incidentales de los ataques contra combatientes y objetivos militares.

Esta diferencia también incide en la protección de las personas que están en poder del enemigo. La protección prevista en el Tercer Convenio de Ginebra para los combatientes que, tras su captura, pasan a ser prisioneros de guerra no es igual a la que establece el Cuarto Convenio de Ginebra para los civiles protegidos por éste. En particular, los primeros pueden ser internados sin ningún tipo de procedimiento individual, mientras que los civiles protegidos pueden ser privados de su libertad únicamente en el marco de un procedimiento penal o por decisión individual por razones imperiosas de seguridad. En el caso de los civiles en poder de una parte en un conflicto armado internacional, el derecho internacional humanitario establece además una distinción entre civiles protegidos (es decir, básicamente los de nacionalidad enemiga) y otros civiles, que se benefician solo de garantías fundamentales más limitadas.

Además, la protección de los civiles protegidos es más limitada en el propio territorio de un beligerante que en un territorio ocupado. El derecho internacional de los derechos humanos no contempla derechos fundamentalmente diferentes para cada categoría de personas. Más bien, adapta los derechos de todos a las necesidades particulares de esas categorías (los niños, las mujeres, las personas con discapacidad, los migrantes, los pueblos indígenas o los defensores de los derechos humanos, entre otros).

C. TITULARES DE DEBERES SEGÚN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

El derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario tienen diferentes reglas sobre el tipo de actores que tienen responsabilidades y pueden estar sujetos a obligaciones legales. También contienen disposiciones específicas para la protección de personas y grupos específicos de personas que se consideran más expuestas al riesgo de infracciones, sobre todo en un conflicto armado. Cada vez más se entiende que ambos conjuntos normativos, a pesar de sus diferencias, imponen obligaciones tanto a los actores estatales como a los no estatales, aunque en condiciones diferentes y en diferentes grados.

Se han establecido normas jurídicas para los sujetos de esos conjuntos normativos²⁰. En general, se hace una distinción entre titulares de deberes y titulares de derechos. Los titulares de deberes tienen obligaciones, que pueden ser positivas (obligación de hacer algo) o negativas (obligación de abstenerse de hacer algo). Tanto en el derecho internacional de los derechos humanos como en el derecho internacional humanitario los titulares de deberes están obligados a respetar diversas obligaciones positivas y negativas. Estas obligaciones pueden diferir, en función del reconocimiento que otorgue el derecho internacional a un actor en particular como sujeto principal de dicho derecho (a saber, los Estados y las organizaciones internacionales) o como sujeto secundario (a saber, los actores no estatales). Las siguientes secciones se centrarán en cómo y en qué medida diferentes sujetos de derecho están vinculados por las obligaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

²⁰ Ian Brownlie, por ejemplo, explica que “a subject of the law is an entity capable of possessing international rights and duties and having the capacity to maintain its rights by bringing international claims” [un sujeto de derecho es una entidad capaz de poseer derechos y deberes internacionales y de hacer valer sus derechos interponiendo reclamaciones a nivel internacional]. Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6° ed. (Oxford, Oxford University Press, 2003), pág. 57. Véase también *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1949*, pág. 174.

1. Los Estados

El derecho internacional reconoce que, en general, los sujetos principales del derecho internacional son los Estados y las organizaciones internacionales²¹. Estos contraen obligaciones legales derivadas tanto de los tratados internacionales como del derecho internacional consuetudinario.

En consecuencia, con sujeción a las reservas legítimas que se abordarán más adelante, los Estados que han ratificado tratados de derecho internacional humanitario o de derechos humanos están vinculados por sus disposiciones. Además, según la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, los Estados que han firmado un tratado pero no lo han ratificado están obligados a actuar de buena fe y a no frustrar el objeto y el fin del tratado (art. 18).

Fuera de estas reglas generales, hay algunas diferencias entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario en lo que se refiere a la aplicación. El derecho internacional de los derechos humanos protege explícitamente una gama muy amplia de derechos —desde el derecho a no ser sometido a torturas hasta el derecho a la educación— que pueden verse afectados, directa o indirectamente, por los conflictos armados. Estas obligaciones de derechos humanos, sean positivas o negativas, se aplican al Estado en su conjunto, sea cual fuere la estructura institucional interna y la división de responsabilidades entre las distintas autoridades²².

El derecho internacional humanitario se dirige primordialmente, aunque no exclusivamente, a los Estados partes en un conflicto armado²³. Los Convenios de Ginebra, por ejemplo, imponen obligaciones a los Estados cuyas fuerzas participan en conflictos armados, y extienden la

²¹ Véanse Brownlie, *Principles of Public International Law*, pág. 58 y ss., y *Reparation for Injuries*.

²² La Convención de Viena sobre el derecho de los tratados establece que “[u]na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado” (art. 27).

²³ Véase, a este respecto, el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, que se dirige a las partes en un conflicto armado no internacional, entre ellas los grupos armados no estatales.

responsabilidad por las violaciones a los participantes directos y a los dirigentes civiles, según proceda. El derecho internacional humanitario impone además a los Estados la obligación de respetar sus reglas y proteger a los civiles, así como a otras personas y bienes protegidos.

Estas obligaciones legales no dejan de existir cuando el Estado delega funciones gubernamentales en individuos, grupos o empresas. Así pues, el Estado es responsable de garantizar que las actividades delegadas se lleven a cabo en plena conformidad con sus obligaciones internacionales, en particular las obligaciones de derechos humanos.

Por último, como sujeto principal del derecho internacional, el Estado tiene obligaciones derivadas del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho humanitario, entre las que se incluyen el deber de investigar las denuncias de violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho humanitario y de procesar y sancionar a los responsables.

2. Los actores no estatales

Aunque el derecho internacional en general se ha desarrollado para regular sobre todo la conducta de los Estados en sus relaciones internacionales, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario han desarrollado particularidades específicas encaminadas a imponer determinados tipos de obligaciones a otros, entre ellos las personas y los actores no estatales. Por ejemplo, en la evolución reciente del derecho penal internacional se reconoce que las personas pueden ser responsables en el plano internacional por violaciones graves de los derechos humanos y por infracciones graves del derecho internacional humanitario que constituyan crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio.

De manera análoga, se acepta generalmente que las normas del derecho internacional humanitario relativas a los conflictos armados no internacionales, en particular las disposiciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y, cuando procede, las del Protocolo II, se aplican a las partes en un conflicto de esa índole, tanto si se trata de grupos

armados estatales como no estatales²⁴. También se acepta que las normas de derecho internacional consuetudinario relativas a los conflictos armados no internacionales, como los principios de distinción y proporcionalidad, son aplicables a los grupos armados no estatales. Como se mencionó anteriormente, dichas normas consuetudinarias relativas a los conflictos armados no internacionales tienden a asemejarse cada vez más a las propias de los conflictos internacionales.

En cuanto a las obligaciones internacionales de derechos humanos, el enfoque tradicional ha sido considerar que solo son vinculantes para los Estados. Sin embargo, a juzgar por la evolución de la práctica del Consejo de Seguridad y por los informes de algunos relatores especiales, cada vez más se considera que, en ciertas circunstancias, también los actores no estatales pueden estar obligados por el derecho internacional de los derechos humanos y pueden contraer, voluntariamente o no, la obligación de respetar y proteger los derechos humanos y de garantizar su disfrute. Por ejemplo, en varias resoluciones, el Consejo de Seguridad ha instado a grupos armados estatales y no estatales a que respeten el derecho internacional humanitario y las obligaciones internacionales de derechos humanos²⁵. El Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias indicó en el contexto de su misión

²⁴ Cabe señalar que el umbral para la aplicabilidad del Protocolo II a los grupos armados no estatales es considerablemente más alto que el del artículo 3 común. El artículo 1 del Protocolo II indica que sus disposiciones se aplican a los grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte del territorio de un Estado un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el Protocolo. El artículo 3 común, en cambio, no contiene condición alguna en ese sentido y en lugar de ello indica que sus disposiciones se aplicarán como normas mínimas a las partes en un conflicto armado que no sea de índole internacional.

²⁵ Véase, por ejemplo, la resolución 1894 (2009), en la que el Consejo de Seguridad, al tiempo que reconoce que los Estados tienen la responsabilidad primordial de respetar y asegurar los derechos humanos de sus ciudadanos y de todas las personas que se encuentren en su territorio, como se establece en las disposiciones pertinentes del derecho internacional, reafirma que las partes en los conflictos armados tienen la responsabilidad primordial de adoptar todas las medidas posibles para asegurar la protección de los civiles, y exige que las partes en los conflictos armados cumplan estrictamente las obligaciones que les incumben en virtud del derecho internacional humanitario, las normas de derechos humanos y el derecho de los refugiados.

a Sri Lanka que, como actor no estatal, el LTTE no tenía obligaciones legales en virtud del Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos], pero seguía estando sujeto a la exigencia de la comunidad internacional, expresada por primera vez en la Declaración Universal de Derechos Humanos, de que todos los órganos de la sociedad respeten y promuevan los derechos humanos. Señaló, además, que la comunidad internacional tenía expectativas de derechos humanos que iba a exigir cumplir al LTTE, pero que durante mucho tiempo se había mostrado renuente a hacerlo directamente si ello entrañaba tratarlo como Estado²⁶.

Este enfoque fue reiterado por un grupo de cuatro titulares de mandatos de procedimientos especiales en un informe conjunto sobre su misión al Líbano y a Israel. El informe indica además que “[e]l Consejo de Seguridad ha venido pidiendo desde hace tiempo a varios grupos, cuya capacidad a este respecto no reconocen los Estados miembros, que asuman oficialmente las obligaciones internacionales que se refieren al respeto de los derechos humanos. Resulta especialmente apropiado y factible pedir a un grupo armado que respete las normas de derechos humanos cuando ‘ejerce un control significativo sobre un territorio y una población y tiene una estructura política identificable’”²⁷.

Por consiguiente, es evidente que la aplicación de las normas de derechos humanos a los actores no estatales es particularmente pertinente en situaciones en las que ejercen cierto grado de control sobre un territorio determinado y su población. Dado que el derecho internacional de los derechos humanos tiene por objeto establecer derechos y protecciones que se consideran fundamentales para el ser humano, cada vez más se insta a los grupos armados no estatales a que respeten las normas de protección de los derechos humanos, aunque sea de una manera que se

²⁶ El Relator Especial indicó además que, de todas maneras, cada vez más se entendía que las expectativas de la comunidad internacional en materia de derechos humanos funcionaban para proteger a las personas sin que ello incidiera en la legitimidad de los actores respecto de los cuales se mantenían dichas expectativas. Añadió que, desde hacía tiempo, varios grupos, cuya capacidad de contraer oficialmente obligaciones internacionales no era reconocida por los Estados miembros, habían sido instados por el Consejo de Seguridad a que respetaran los derechos humanos. Véase E/CN.4/2006/53/Add.5, párrs. 25 a 27.

²⁷ A/HRC/2/7, párr. 19.

ajuste a la situación particular sobre el terreno. En efecto, la asunción de responsabilidades internacionales de derechos humanos por actores no estatales es vista como un reconocimiento pragmático de las realidades de un conflicto, sin el cual los titulares de derechos terminarían perdiendo toda posibilidad de reclamación viable en relación con sus derechos humanos.

Dado que las obligaciones de los actores no estatales derivadas del derecho internacional humanitario están bien establecidas, los siguientes ejemplos se centran únicamente en ilustrar el principio de que los actores no estatales pueden estar vinculados por el derecho internacional de los derechos humanos:

- *Las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos:* el artículo 4 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados impone específicamente cierto grado de obligación a los grupos armados. El Comité de los Derechos del Niño, en sus observaciones finales de 2001 relativas a la República Democrática del Congo, se refirió a la responsabilidad de los grupos armados y las empresas privadas por las violaciones de la Convención sobre los Derechos del Niño en el contexto del conflicto armado²⁸.
- *La práctica de los órganos de las Naciones Unidas:* el Consejo de Seguridad, en varias ocasiones, ha instado a todas las partes en conflicto, incluidos los actores no estatales, a que respeten el derecho internacional humanitario y las normas de derechos humanos. Por ejemplo, en la resolución 1564 (2004), el Consejo destaca en el preámbulo que “los grupos rebeldes sudaneses [...] deben también tomar todas las medidas necesarias para respetar el derecho internacional humanitario y las normas de derechos humanos”.
- *La práctica de los actores no estatales:* en 2005 el Partido Comunista de Nepal (Maoísta) emitió una declaración en que anunciaba el establecimiento en Nepal de una operación de las Naciones Unidas relacionada con los derechos humanos, prometía a las Naciones

²⁸ CRC/C/15/Add.153.

Unidas el acceso pleno del personal de la Organización a las zonas sujetas a su control y se comprometía a respetar las normas de derechos humanos. La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) determinó posteriormente que dicho partido no había respetado los derechos humanos y había tomado medidas para limitar algunos derechos. En El Salvador, el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional y el Gobierno celebraron el Acuerdo de San José sobre derechos humanos, firmado conjuntamente por el Secretario General de las Naciones Unidas.

Por otra parte, como se explicará en el capítulo siguiente, las violaciones graves de los derechos humanos y las infracciones graves del derecho humanitario, entre ellas las cometidas por los miembros y líderes de los grupos armados no estatales, podrían entrañar responsabilidad penal individual.

En todo caso, cabe recordar que, cuando se espera que un actor no estatal cumpla determinadas normas de derechos humanos, ello no disminuye en modo alguno la responsabilidad primordial del Estado de proteger y hacer efectivos los derechos humanos. En este sentido, es importante tener en cuenta que las normas modernas sobre la responsabilidad del Estado consideran que, en ciertas circunstancias, los Estados también son responsables de los actos llevados a cabo por actores no estatales. Por ejemplo, se ha considerado que la conducta de los actores no estatales puede dar lugar a responsabilidad del Estado cuando:

- El grupo ha sido facultado por la legislación de ese Estado para ejercer funciones de autoridad pública;
- El grupo actúa de hecho, en la materialización de su conducta, por instrucciones del Estado o bajo su dirección o control;
- El grupo ha violado obligaciones jurídicas internacionales y, posteriormente, se ha constituido en el nuevo Gobierno del Estado;

- El grupo ha violado obligaciones jurídicas internacionales y, con posterioridad, logra establecer un nuevo Estado en parte del territorio de un Estado preexistente o en un territorio sujeto a su administración²⁹.

Así pues, si un actor no estatal, por ejemplo un grupo paramilitar, actúa en apoyo de las autoridades estatales o como agente suyo en un conflicto armado, se considera que el Estado, por extensión de sus propias obligaciones legales, también es responsable de las acciones de este grupo armado.

Por último, incluso personas que no están vinculadas al Estado ni a un grupo armado están sujetas al derecho penal internacional, en particular con respecto a los crímenes de guerra, siempre que exista una conexión entre su conducta y el conflicto armado.

3. Las operaciones de mantenimiento de la paz y de imposición de la paz

El personal militar proporcionado por los Estados a las operaciones llevadas a cabo bajo a la autoridad de las Naciones Unidas no está eximido de observar el derecho internacional humanitario y las obligaciones de derechos humanos. Cuando las fuerzas de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas se desempeñan como partes en un conflicto armado están obligadas por las disposiciones aplicables del derecho internacional humanitario de la misma forma que las demás partes en el conflicto. El boletín del Secretario General sobre la observancia del derecho internacional humanitario por las fuerzas de las Naciones Unidas incluye y resume muchas normas del derecho internacional humanitario, aunque no todas, y establece que las fuerzas de las Naciones Unidas deben cumplir dichas normas cuando participen como combatientes en conflictos armados³⁰. La Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1994, dispone que “[n]ada de lo dispuesto en la presente Convención afectará: a) [l]a aplicabilidad del derecho internacional

²⁹ Véase *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 2001*, vol. II (Segunda parte), pág. 26.

³⁰ ST/SGB/1999/13.

humanitario ni de las normas universalmente reconocidas de derechos humanos según figuran en instrumentos internacionales en relación con la protección de las operaciones de las Naciones Unidas y del personal de las Naciones Unidas y el personal asociado, ni la responsabilidad de ese personal de respetar ese derecho y esas normas” (art. 20).

En cuanto a las obligaciones internacionales de derechos humanos, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que “los Estados Partes están obligados por el párrafo 1 del artículo 2 [del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos] a respetar y garantizar [...] los derechos establecidos en el Pacto [...]. Este principio se aplica asimismo a los sometidos al poder o al control eficaz de las fuerzas de un Estado Parte que actúan fuera de su territorio, independientemente de las circunstancias en las que ese poder o control eficaz se obtuvo, como las fuerzas que constituyen un contingente nacional de un Estado Parte asignado a una operación internacional encargada de imponer la paz o de mantenerla”³¹.

Teniendo en cuenta que el propósito del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario es proteger los derechos fundamentales de los seres humanos, a los Estados que participan en operaciones de mantenimiento de la paz o de imposición de la paz de las Naciones Unidas también se les aplica de manera constante ambos conjuntos normativos a fin de evitar que esa protección adolezca de lagunas. Por la misma razón, es indiscutible que los Estados que participan en operaciones armadas multinacionales aprobadas por las Naciones Unidas pero que no están directamente bajo su mando también están obligados a respetar el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. Esta responsabilidad primordial del Estado no se ve en modo alguno afectada por el hecho de que las operaciones militares hayan sido aprobadas por las Naciones Unidas, en particular por el Consejo de Seguridad en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas³². Cabría argumentar que el Consejo

³¹ Observación general N° 31 (2004), párr. 10. Véase, además, ST/SGB/1999/13.

³² Cabe señalar que en 2000 la Comisión de Derecho Internacional, sobre la base de la recomendación de un grupo de trabajo, decidió incluir el tema de la responsabilidad de las organizaciones internacionales en su programa de trabajo a largo plazo. La Comisión decidió, además, preparar un proyecto de artículos sobre la responsabilidad

de Seguridad puede suspender obligaciones previstas en el derecho internacional humanitario y en el derecho internacional de los derechos humanos y que, en virtud del artículo 103 de la Carta, las obligaciones establecidas en una resolución de esa índole del Consejo de Seguridad tendrían primacía sobre cualquier otra obligación³³. No obstante, estas suspensiones tienen que ser explícitas y no pueden presumirse.

Sobre la cuestión de si las organizaciones internacionales que participan en un conflicto armado tienen obligaciones de derechos humanos y de derecho internacional humanitario, no existe una práctica claramente establecida. Las organizaciones internacionales no son partes en los tratados pertinentes, pero sí lo son sus Estados miembros y los Estados que aportan contingentes a las operaciones de paz. Además, se ha sostenido que el derecho consuetudinario aplicable en este ámbito a las organizaciones internacionales es el mismo que el aplicable a los Estados.

Si bien el Tribunal Europeo de Derechos Humanos decidió en el caso *Behrami c. Francia* que es posible imputar a las organizaciones internacionales violaciones de los derechos humanos, esta decisión ha sido muy controvertida y puede ser revisada por el Tribunal en varias causas que tiene ante sí. En cualquier caso, debe recordarse que, en lo concerniente a las Naciones Unidas, la Organización procura observar el más alto grado de integridad al realizar operaciones de mantenimiento de la paz. A este respecto, el Boletín del Secretario General mencionado anteriormente ofrece algunas orientaciones en cuanto a los principios y normas fundamentales del derecho internacional humanitario que se aplican a las fuerzas de las Naciones Unidas cuando participan activamente en situaciones de conflicto armado en calidad de combatientes, en los términos acordados con el alcance y la duración de dicha protección. Además, hay que tener presente que la Carta de las Naciones Unidas reconoce que la protección y promoción de los derechos humanos es uno de los principios fundamentales de la Organización. En términos más generales, se espera de las fuerzas militares que actúan

de las organizaciones internacionales que se presentará a los Estados Miembros para su consideración.

³³ Véase, por ejemplo, Cámara de los Lores, *Al-Jedda v. Secretary of State for Defence*, 12 de diciembre de 2007, párrs. 35 y 125.

bajo la autoridad de las Naciones Unidas que apliquen el más alto grado de exigencia en relación con la protección de los civiles y que, además, investiguen las violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario y garanticen la exigencia de responsabilidades por dichas violaciones.



- **EXIGENCIAS, LIMITACIONES Y EFECTOS DE LA APLICACIÓN CONCURRENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO EN SITUACIONES DE CONFLICTO ARMADO**

Tras haberse examinado en el capítulo I el marco jurídico del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario en los conflictos armados, el capítulo II se centrará primero en el mecanismo que desencadena la aplicación concurrente de ambos conjuntos normativos, a saber, la existencia de un conflicto armado. También analizará su alcance territorial según lo entiende la doctrina jurídica actual. A continuación explicará de qué manera inciden en la aplicación de los tratados los mecanismos excepcionales conocidos como suspensiones y limitaciones, así como el uso de las reservas. Por último, se discutirán los problemas derivados de la aplicación concurrente de ambos conjuntos normativos.

A. EL CONFLICTO ARMADO COMO MECANISMO DE ACTIVACIÓN

La aplicación concurrente del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho humanitario solo puede suceder cuando se cumplen varias condiciones objetivas. Dado que el derecho internacional humanitario es esencialmente un conjunto normativo aplicable a los conflictos armados, es necesario que exista una situación de conflicto armado para poder activar su aplicabilidad de manera concomitante con el derecho internacional de los derechos humanos. Las siguientes secciones abordarán la cuestión de lo que constituye un conflicto armado y los tipos de conflicto armado a los que se aplica el derecho internacional humanitario. Ahora bien, cabe señalar que varias obligaciones internacionales en materia de derecho internacional humanitario exigen que se adopten medidas antes de que se inicie un conflicto o después de que este termine. Por ejemplo, los Estados deben proporcionar capacitación en derecho internacional humanitario a sus fuerzas armadas a fin de evitar posibles abusos; deben también fomentar la enseñanza del derecho internacional humanitario a la población civil; deben aprobar leyes nacionales para incorporar sus disposiciones pertinentes, incluida la obligación de incorporar los crímenes de guerra en la legislación interna; y deben procesar a las personas que hayan cometido crímenes de guerra. Las infracciones graves de los Convenios de Ginebra y del Protocolo I, una de las categorías de crímenes de guerra, deben ser procesadas de conformidad con el principio de jurisdicción universal, es

decir, independientemente de donde haya sido cometido el delito y de la nacionalidad del infractor y de las víctimas. En consecuencia, es posible establecer la existencia de algunas violaciones del derecho internacional humanitario y castigar a sus autores fuera del marco temporal y del contexto geográfico de un conflicto armado determinado.

La aplicación concurrente del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario depende de las condiciones objetivas legales exigidas por las normas jurídicas correspondientes que deben aplicarse. En este caso particular de la relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, es la existencia de un conflicto armado la que activará la aplicación de este último y, por ende, la aplicación complementaria de las salvaguardias internacionales de los derechos humanos y del derecho humanitario internacional. En las siguientes secciones se examinarán los diferentes tipos de conflicto según se definen en el derecho internacional convencional y consuetudinario, y también se analizarán las dificultades que plantean determinados usos de la fuerza que no llegan a constituir lo que se entiende por conflicto armado.

1. El conflicto armado internacional

El artículo 2 común a los Convenios de Ginebra establece que “[a]parte de las disposiciones que deben entrar en vigor ya en tiempo de paz, el presente Convenio se aplicará, en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias de las Altas Partes Contratantes, aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra. El Convenio se aplicará también en todos los casos de ocupación total o parcial del territorio de una Alta Parte Contratante, aunque tal ocupación no encuentre resistencia militar”. El Protocolo I de los Convenios de Ginebra amplía las situaciones previstas en el artículo 2 común, afirmando que las situaciones en las que se aplica el Protocolo “comprenden los conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación” (art. 1.4).

Si bien los Convenios de Ginebra y el Protocolo I indican el tipo de situaciones a las que se aplican, no proporcionan una clara definición de “conflicto armado”. La existencia de un conflicto armado es una condición previa para la aplicación del derecho internacional humanitario, pero el corpus normativo existente no es claro acerca de los elementos necesarios para determinar que una situación entre dos Estados ha alcanzado el umbral propio de un conflicto armado. En efecto, el artículo 2 común limita el alcance de los Convenios de Ginebra a los conflictos en los que uno o más Estados recurran a la fuerza armada contra otro Estado. El comentario a los Convenios de Ginebra ofrece una mayor orientación al indicar que “cualquier diferencia que surja entre dos Estados y dé lugar a la intervención de miembros de las fuerzas armadas es un conflicto armado en el sentido del artículo 2, incluso si una de las partes niega la existencia de un estado de guerra. Tanto la duración del conflicto como la mortandad son irrelevantes”³⁴. Por otra parte, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia ha señalado que existe un conflicto armado siempre que se recurra a la fuerza armada entre Estados³⁵.

Uno de los problemas de la falta de una definición clara es que, por ejemplo, no está claro si el derecho internacional humanitario se aplica en un enfrentamiento militar de baja intensidad, como los incidentes fronterizos o las escaramuzas armadas. El derecho internacional no proporciona orientación sobre el significado preciso de “uso de la fuerza” o “conflicto armado” en el contexto de la Carta de las Naciones Unidas o de los Convenios de Ginebra. Mientras algunos afirman que todo acto de violencia armada entre dos Estados está contemplado en el derecho internacional humanitario de los conflictos armados internacionales, otros consideran que debe aplicarse un umbral de intensidad³⁶.

³⁴ Jean Pictet et al., eds., *Geneva Convention I for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field: Commentary* (Ginebra, CICR, 1952), pág. 32.

³⁵ *Prosecutor v. Duško Tadić*, causa N° IT-94-1-A, *Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction*, 2 de octubre de 1995, párr. 70.

³⁶ Véase, a este respecto, la decisión del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia sobre la moción presentada por la defensa relativa a una apelación interlocutoria sobre la jurisdicción, en la que la Sala de Apelaciones indica que las hostilidades ocurridas en la ex Yugoslavia en 1991 y 1992 superan los requisitos de intensidad aplicables a los conflictos armados tanto internacionales como internos. *Ibid.*

A pesar de esta falta de claridad, es importante recordar que, independientemente de la existencia efectiva de un conflicto armado, el derecho internacional de los derechos humanos sigue siendo de aplicación. En la medida en que las hostilidades se intensifiquen, el derecho internacional humanitario se activará, y sus salvaguardias y normas complementarán, completarán y, en algunos casos, aclararán las salvaguardias, garantías y criterios mínimos en materia de protección dimanantes del derecho internacional de los derechos humanos.

2. El conflicto armado de índole no internacional

El derecho internacional humanitario contiene dos marcos jurídicos diferentes que rigen en caso de conflictos armados de índole no internacional. Por un lado, el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra establece que “[e]n caso de conflicto armado que no sea de índole internacional”, se aplicarán diversas disposiciones mínimas del derecho internacional humanitario³⁷. Los Convenios no definen lo que significa “conflicto armado que no sea de índole internacional”, pero actualmente se acepta en general que la expresión se refiere a los enfrentamientos armados entre las fuerzas armadas de un Estado y grupos armados no

³⁷ De conformidad con el artículo 3 común, estas garantías mínimas son las siguientes:

“1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable, basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo. A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

- a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;
- b) la toma de rehenes;
- c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;
- d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos”.

gubernamentales, o entre grupos armados no estatales³⁸. El Protocolo II de los Convenios de Ginebra establece que el Protocolo se aplica a los conflictos armados “que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo” (art. 1).

La Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia ha señalado que existe conflicto armado siempre que haya violencia armada prolongada entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre grupos de esa índole dentro de un Estado. También ha indicado que el derecho internacional humanitario se aplica desde el inicio de esos conflictos armados y sigue aplicándose después del cese de las hostilidades hasta que se logre una solución pacífica³⁹. En la causa *Haradinaj*, la Sala de Primera Instancia señaló que debía interpretarse que el criterio de violencia armada prolongada se refería más a la intensidad de la violencia armada que a su duración. Además, los grupos armados involucrados debían tener un grado mínimo de organización. La Sala de Primera Instancia resumió los factores indicativos en que se había basado el Tribunal al evaluar los dos criterios, señalando que entre dichos factores de evaluación de la intensidad se incluían: “el número, la duración y la intensidad de los enfrentamientos particulares; el tipo de armas y otro material militar utilizado; el número y el calibre de las municiones disparadas; el número de personas y el tipo de fuerzas que toman parte en los combates; el número de víctimas; el grado de destrucción material; y el número de civiles que huyen de las zonas de combate. La intervención del Consejo de Seguridad [de las Naciones Unidas] también puede ser un reflejo de la intensidad de un conflicto.” En cuanto al grado de organización que debe tener un grupo armado para que las hostilidades entre ese grupo y las fuerzas gubernamentales constituyan un conflicto armado no internacional, el

³⁸ Véase CICR, “¿Cuál es la definición de ‘conflicto armado’ según el derecho internacional humanitario?”, Documento de opinión, marzo de 2008.

³⁹ *Prosecutor v. Duško Tadić*, párr. 70.

Tribunal ha señalado que “solo puede existir un conflicto armado entre partes que estén suficientemente organizadas para enfrentarse entre sí con medios militares. Entre los factores indicativos recogidos por el Tribunal se incluyen la existencia de una estructura de mando y de normas y mecanismos disciplinarios dentro del grupo; la existencia de un cuartel general; el hecho de que el grupo controle un territorio determinado: la capacidad del grupo para tener acceso a armas, equipo militar de otra índole, reclutas y entrenamiento militar; su capacidad de planificar, coordinar y llevar a cabo operaciones militares, incluidos los movimientos de tropas y la logística; su capacidad para definir una estrategia militar unificada y emplear tácticas militares; y su capacidad para expresar una posición común y negociar y concertar acuerdos, como la cesación del fuego o los acuerdos de paz”⁴⁰.

De manera análoga, el CICR propone esos dos criterios, intensidad de la violencia y organización de las partes no estatales, como determinantes de la existencia de un umbral mínimo que exija la aplicación del derecho internacional humanitario en conflictos armados de índole no internacional:

- “Por una parte, las hostilidades deben alcanzar un nivel mínimo de intensidad. Puede ser el caso, por ejemplo, cuando las hostilidades son de índole colectiva o cuando Gobierno tiene que recurrir a la fuerza militar contra los insurrectos, en lugar de recurrir únicamente a las fuerzas de policía.
- Por otra, los grupos no gubernamentales que participan en el conflicto deben ser considerados ‘partes en el conflicto’, en el sentido de que disponen de fuerzas armadas organizadas. Esto significa, por ejemplo, que estas fuerzas tienen que estar sometidas a una cierta estructura de mando y tener la capacidad de mantener operaciones militares”⁴¹.

⁴⁰ *Prosecutor v. Ramush Haradinaj et. al.*, causa N° IT-04-84-T, fallo de 3 de abril de 2008, párrs. 49 y 60.

⁴¹ Véase CICR, “¿Cuál es la definición de ‘conflicto armado’ según el derecho internacional humanitario?”.

Cabe señalar que los requisitos establecidos por el Protocolo II para su aplicación a los conflictos armados no internacionales son más estrictos que los del artículo 3 común. Por ejemplo, el Protocolo II establece la exigencia de que los actores no estatales ejerzan algún control territorial. Además, mientras que el Protocolo II se aplica expresamente solo a los conflictos armados entre las fuerzas armadas estatales y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados, el artículo 3 común se aplica también a los conflictos armados que se dan exclusivamente entre grupos armados no estatales⁴². Por otra parte, el Protocolo II exige una estructura de mando de los grupos armados no estatales, lo que no se incluye explícitamente en el artículo 3 común.

Puede ser difícil determinar si estos requisitos se cumplen en una situación particular. Es difícil decidir lo que constituye “un mando responsable”, ya que el mando de un grupo armado puede cambiar con el tiempo. Establecer el ejercicio del control sobre una parte del territorio es particularmente complejo ya que los grupos armados rara vez mantienen una sola zona sostenida de operaciones y, más bien, se mueven con frecuencia de un lugar a otro. Queda fuera del alcance de esta publicación examinar los detalles de la práctica y la jurisprudencia sobre esta cuestión. Sin embargo, los tribunales regionales e internacionales, el CICR y numerosos estudiosos han emitido opiniones que explican con cierto detalle cómo pueden interpretarse estos requisitos. En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que, incluso si no se cumplen totalmente los requisitos más estrictos establecidos en el Protocolo II, sigue siendo posible que a una situación se le aplique el artículo 3 común como “garantía mínima” del derecho internacional humanitario⁴³. Como se indicó anteriormente, a diferencia

⁴² En este contexto, el CICR ha señalado que “el Protocolo II ‘desarrolla y completa’ el artículo 3 común ‘sin modificar sus actuales condiciones de aplicación’. Esto significa que ha de tenerse en cuenta esta definición restringida sólo en relación con la aplicación del Protocolo II, y no con el derecho de los conflictos armados no internacionales”. Véase CICR, “¿Cuál es la definición de ‘conflicto armado’ según el derecho internacional humanitario?”.

⁴³ La Corte Internacional de Justicia sostuvo lo siguiente: “[A]rticle 3, which is common to all four Geneva Conventions of 12 August 1949, defines certain rules to be applied in the armed conflicts of a non-international character. There is no doubt that, in the event of international armed conflicts, these rules also constitute a minimum yardstick, in addition to the more elaborate rules which are also to apply to international conflicts;

del artículo 1 del Protocolo II, el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra no se refiere a “un mando responsable”, al “ejercicio del control” o a “grupos armados organizados” y, por lo tanto, tiene un umbral de aplicación considerablemente más bajo. Según el artículo 3 común, puede existir un conflicto armado entre dos grupos armados sin que haya intervención alguna de las fuerzas del Estado. De ahí que se considere que el artículo 3 común establece el umbral más bajo de un conflicto armado, por debajo del cual no hay conflicto armado y no es aplicable el derecho internacional humanitario.

Por último, es importante recordar que, como se indicó anteriormente, en los conflictos armados no internacionales la intensidad de las hostilidades desempeña un papel fundamental en la activación de la aplicación del derecho internacional humanitario y, por lo tanto, del régimen de aplicación concomitante. Así pues, para distinguir un conflicto armado de otras formas de violencia, como las tensiones y los disturbios interiores, los motines o los actos de bandidaje, la situación debe alcanzar cierto umbral de enfrentamiento. Esta pregunta es pertinente porque, como ya se ha indicado, la aplicación del derecho internacional humanitario solo puede activarla la existencia de un conflicto armado. Ahora bien, ningún órgano o autoridad específica tiene la responsabilidad especial de determinar si existe o no un conflicto armado. No es necesario que las partes en conflicto reconozcan que existe efectivamente tal conflicto armado. Esta determinación debe hacerse fundamentalmente atendiendo a la situación sobre el terreno, de conformidad con las disposiciones pertinentes del derecho internacional humanitario. Además, las declaraciones públicas del CICR o de las Naciones Unidas serán importantes para establecer que en efecto existe dicho conflicto armado.

and they are rules which, in the Court's opinion, reflect what the Court in 1949 called 'elementary considerations of humanity'.” [“El artículo 3, que es común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, define ciertas normas que deben aplicarse en los conflictos armados de índole no internacional. No hay duda de que, en caso de conflictos armados internacionales, estas normas también constituyen un patrón mínimo, que se suma a las otras normas, más detalladas, que deben también aplicarse a los conflictos internacionales; y son normas que, en opinión de la Corte, reflejan lo que la propia Corte denominó ‘consideraciones elementales de humanidad’”], *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, párr. 218.

¿Por qué es importante determinar cuándo se activa la aplicabilidad de las normas humanitarias internacionales? El derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario comparten diversas salvaguardias y normas destinadas a proteger a los civiles de los efectos de la guerra. Sin embargo, dado que el derecho internacional humanitario da más margen de maniobra a los Estados cuando utilizan la fuerza armada (por ejemplo, en cuanto al uso de la fuerza letal) y, según algunos Estados, cuando detienen a enemigos sin necesidad de un procedimiento judicial (como prisioneros de guerra, en los conflictos armados internacionales), puede surgir la tentación de invocar las normas del derecho internacional humanitario en una situación en la cual *no* se ha alcanzado el umbral de fuerza armada necesario. En esos casos poco claros, es esencial considerar que el derecho internacional de los derechos humanos es el único régimen jurídico aplicable hasta que se hayan cumplido las condiciones que permiten determinar que se ha alcanzado el umbral propio de un conflicto armado.

3. Distinción entre conflicto armado internacional y conflicto armado de índole no internacional en el derecho y la práctica contemporáneos

En varios momentos de la historia se han hecho esfuerzos para eliminar la distinción entre conflictos armados internacionales y no internacionales a fin de crear un solo régimen de derecho internacional humanitario común a todas las situaciones de conflicto armado. A pesar de que estos esfuerzos no se han visto totalmente coronados por el éxito, la evolución de la jurisprudencia, la práctica internacional y el carácter real de los conflictos armados está, de hecho, haciendo menos precisa la distinción entre ambos tipos de conflicto. A raíz de ello, las salvaguardias más amplias que anteriormente solo se garantizaban en los conflictos armados internacionales, o solo en los conflictos armados no internacionales que correspondían estrictamente a la definición establecida en el Protocolo II, se están aplicando ahora incluso a la categoría de conflicto definido en el artículo 3 común.

Además, el derecho internacional de los derechos humanos ha seguido ampliándose gracias a la jurisprudencia y la adición de nuevas salvaguardias de derechos humanos en el contexto de los conflictos

armados, independientemente de que sean internacionales o no internacionales. El Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, por ejemplo, crea obligaciones internacionales de derechos humanos en relación con el reclutamiento y la utilización de niños en grupos armados, tanto en tiempo de paz como de guerra, independientemente de que el conflicto armado sea internacional o no internacional. Dado que la gama de salvaguardias internacionales de derechos humanos particularmente pertinentes a las situaciones de conflicto armado es cada vez mayor y que el derecho internacional de los derechos humanos se aplica tanto a los conflictos internacionales como a los no internacionales, resultaría arbitrario sostener que salvaguardias similares existentes en el derecho internacional humanitario tradicionalmente reservadas a los conflictos armados internacionales no se aplican a los de índole no internacional.

Por último, la evolución reciente indica un fuerte incremento en el número y la intensidad de los conflictos armados no internacionales, así como un número cada vez mayor de misiones de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas y de coaliciones internacionales para asistir a un Estado en un conflicto armado dentro de su propio territorio. Todos estos factores se han combinado para dificultar en grado extremo la aplicación de las distinciones tradicionales del derecho internacional humanitario entre conflictos armados internacionales y no internacionales. Ahora bien, es indiscutible que no se pueden aplicar por analogía a los conflictos armados no internacionales las normas relativas a la ocupación militar ni la inmunidad penal del combatiente por actos de hostilidad no prohibidos por el derecho internacional humanitario (característica fundamental de la condición de prisionero de guerra en los conflictos armados internacionales). Además, al acercar las normas del derecho internacional humanitario aplicables en los conflictos armados no internacionales a las que rigen en situación de conflicto armado internacional, se debe tener en cuenta que las primeras también se aplican a los grupos armados no estatales, que a menudo tienen menos capacidad para cumplir las normas del derecho internacional humanitario aplicables en los conflictos armados internacionales, que son más exigentes.

B. EL TERRITORIO Y LA APLICABILIDAD DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Según la opinión tradicional, el principio de territorialidad ha sido uno de los elementos fundamentales en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos y, en menor medida, del derecho internacional humanitario. Se ha sostenido que las personas cuyos derechos humanos el Estado está obligado a respetar, proteger y hacer efectivos son únicamente las personas que están en su territorio, ya que son las se encuentran directamente bajo su jurisdicción. De ahí que el derecho internacional de los derechos humanos se considere esencialmente territorial.

En el derecho internacional humanitario se ha considerado por lo general que el vínculo territorial es menos importante, y las obligaciones y salvaguardias se aplican cuando quiera y dondequiera que tenga lugar un conflicto armado. Esto significa, por ejemplo, que un Estado que combata en el territorio de otro Estado está obligado a respetar el derecho internacional humanitario de la misma manera que lo haría si estuviera combatiendo en su propio territorio.

Los conflictos modernos han transformado este enfoque dado al derecho internacional de los derechos humanos y al derecho internacional humanitario. Como se explicará más adelante, esto ha dado lugar al reconocimiento de la aplicación extraterritorial del derecho internacional de los derechos humanos. Por otra parte, se han planteado dudas en cuanto a si el derecho internacional humanitario sigue siendo aplicable más allá de la zona de combate efectiva.

1. El derecho internacional de los derechos humanos y el elemento territorial

Con frecuencia surge la pregunta de si los Estados están obligados a cumplir sus obligaciones internacionales de derechos humanos solo en su propio territorio. Es indiscutible que la mayoría de los derechos humanos protegen no solo a los ciudadanos de un país sino también a los extranjeros. En ocasiones se ha puesto en duda que las obligaciones convencionales de derechos humanos sean vinculantes para los Estados

fuera de su territorio. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que “[c]ada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción” (art. 2.1). Según una interpretación restrictiva de esta disposición, no puede considerarse que los Estados sean responsables de violaciones de derechos humanos cometidas fuera de su territorio⁴⁴. Sin embargo, esta interpretación no tiene debidamente en cuenta el objeto y la finalidad del Pacto. En este sentido, el Comité de Derechos Humanos ha observado que un Estado parte “debe respetar y garantizar los derechos establecidos en el Pacto a cualquier persona sometida al poder o al control efectivo de ese Estado Parte, incluso si no se encuentra en el territorio del Estado Parte”. El Comité ha interpretado que los derechos deben extenderse a todas las personas que estén en el territorio del Estado o sometidas a su jurisdicción. Además, ha indicado que el principio de la protección extraterritorial “se aplica asimismo a los sometidos al poder o al control eficaz de las fuerzas de un Estado Parte que actúan fuera de su territorio”⁴⁵. Esta conclusión está respaldada por la Corte Internacional de Justicia, que llegó a la conclusión de que “el Pacto de Derechos Civiles y Políticos es aplicable con respecto a los actos de un Estado en el ejercicio de su jurisdicción fuera de su propio territorio”⁴⁶.

El Comité contra la Tortura ha indicado que “el Estado Parte debe admitir que la Convención se aplica en tiempo de paz, guerra o conflicto armado en cualquier territorio bajo su jurisdicción”. El Comité definió el “territorio bajo la jurisdicción del Estado Parte” refiriéndose al lugar en que se encuentre “todo aquel que esté bajo el control efectivo de sus autoridades, del tipo que sean, en cualquier parte del mundo”⁴⁷.

La Corte Internacional de Justicia también sostuvo que el artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño impone obligaciones a los

⁴⁴ Véase, por ejemplo, el punto de vista de los Estados Unidos de América expresado en un informe periódico presentado al Comité de Derechos Humanos (CCPR/C/USA/3, anexo I).

⁴⁵ Observación general N° 31 (2004), párr. 10.

⁴⁶ *Legal Consequences of the Construction of a Wall*, párr. 111.

⁴⁷ CAT/C/USA/CO/2, párrs. 14 y 15.

Estados partes en relación con cada niño sujeto a su jurisdicción, y observó que la Convención podía aplicarse extraterritorialmente⁴⁸. En un caso posterior, la Corte recordó que los instrumentos internacionales de derechos humanos son aplicables respecto de los actos realizados por un Estado en el ejercicio de su jurisdicción fuera de su territorio⁴⁹.

Si bien el Comité de Derechos Humanos y el Comité contra la Tortura se han centrado en las personas bajo la jurisdicción y el control efectivo del Estado, independientemente de su ubicación, la Corte Internacional de Justicia ha considerado que, en el caso de los derechos económicos, sociales y culturales, hay un vínculo más fuerte con el territorio del Estado. La Corte indicó que, si bien el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no contiene ninguna disposición sobre su ámbito de aplicación, “[e]sto puede ser explicable por el hecho de que este Pacto garantiza derechos que son esencialmente territoriales. Sin embargo, no cabe excluir que se aplique tanto a los territorios sobre los cuales un Estado parte tiene soberanía como a aquéllos sobre los que ese Estado ejerce una jurisdicción territorial”. En otras palabras, la Corte considera que el Pacto puede aplicarse fuera del territorio del Estado, siempre y cuando ese Estado tenga el control efectivo —ejerza jurisdicción— sobre el territorio extranjero. Es el caso de las situaciones de ocupación, en que el Estado ocupante ejerce un control efectivo sobre el territorio ocupado. La Corte examinó el análisis hecho por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre la aplicabilidad del Pacto en el territorio palestino ocupado. Señaló que el Comité había “reiterado su preocupación por la posición de Israel y reafirmado su opinión de que las obligaciones que incumben al Estado Parte en virtud del Pacto se aplican a todos los territorios y poblaciones bajo su control efectivo”. La Corte observó que “los territorios ocupados por Israel han estado sujetos durante más de 37 años a su jurisdicción territorial en calidad de Potencia ocupante y que, en el ejercicio de las facultades de que dispone sobre esta base, Israel está obligado por las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”⁵⁰.

⁴⁸ *Legal Consequences of the Construction of a Wall*, párr. 113.

⁴⁹ *Armed Activities on the Territory of the Congo*, párr. 216.

⁵⁰ *Legal Consequences of the Construction of a Wall*, párr. 112.

Si bien el elemento territorial es uno de los criterios para delimitar el alcance de las obligaciones de derechos humanos, muchas de estas obligaciones se refieren también a las personas que están bajo la jurisdicción de un Estado. Este criterio se aplica a las personas que siguen estando en poder de un Estado, independientemente de que estén o no físicamente en el territorio de ese Estado. Este podría ser el caso de una persona detenida por agentes de un Estado fuera de su territorio. Esto también podría, en determinadas circunstancias, aplicarse a los casos de violaciones cometidas contra personas que estén temporalmente bajo el control del Estado, por ejemplo, cuando este lleva a cabo incursiones militares en otro Estado.

En conclusión, es indiscutible que toda persona, en cualquier parte del mundo, se beneficia de los derechos humanos. Por consiguiente, es lógico afirmar que los Estados deben estar obligados a cumplir sus obligaciones respecto de toda persona que esté bajo su jurisdicción, independientemente de que se encuentre o no en su territorio.

2. Obligaciones derivadas del derecho internacional humanitario aplicables fuera de la zona de un conflicto armado

En relación con el ámbito de aplicación territorial del derecho internacional humanitario, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia ha establecido criterios que permiten determinar que las obligaciones del derecho internacional humanitario no se aplican solo a la zona en que tienen lugar las hostilidades sino a todo el territorio de las partes en el conflicto.

Su Sala de Apelaciones ha sostenido que las disposiciones de los Convenios de Ginebra “sugieren que al menos algunas de sus disposiciones se aplican a todo el territorio de las partes en el conflicto, no solo a la zona de las hostilidades”. La Sala ha reconocido que ciertas obligaciones del derecho internacional humanitario tienen un ámbito territorial determinado, por lo que su aplicación geográfica puede ser limitada. Sin embargo, ha señalado que otras obligaciones, “en particular las relativas a la protección de los prisioneros de guerra y los civiles, no son tan limitadas [...] y que el Cuarto Convenio de Ginebra protege a los

civiles en cualquier parte del territorio de las partes [...]. Además de estas referencias a los textos de los Convenios, la naturaleza misma de estos —en particular los Convenios Tercero y Cuarto— impone su aplicación en la totalidad del territorio de las partes en el conflicto”. En cuanto a los conflictos armados no internacionales, la Sala señaló que hasta que se lograra un acuerdo de paz, el derecho internacional humanitario seguía aplicándose en todo el territorio bajo el control de una parte, independientemente de que allí se libraran o no combates efectivos⁵¹.

Posteriormente, el Tribunal confirmó esta interpretación. Su Sala de Primera Instancia sostuvo que si se consideraba que el conflicto en Bosnia y Herzegovina era internacional, “las normas pertinentes del derecho internacional humanitario se aplicaban en todo su territorio hasta la cesación general de hostilidades, a menos que se pudiera demostrar que los conflictos en zonas determinadas eran conflictos internos distintos, no relacionados con el conflicto armado internacional más amplio”. Si se consideraba que el conflicto era interno, “las disposiciones del derecho internacional humanitario aplicable en estos conflictos internos se aplicaban a todas las zonas controladas por las partes en el conflicto hasta que se alcanzara una solución pacífica”⁵².

C. LIMITACIONES A LA APLICACIÓN DE LAS SALVAGUARDIAS DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Como principio general, la aplicabilidad jurídica de las salvaguardias internacionales de derechos humanos no se ve afectada por los conflictos. Sin embargo, las normas internacionales de derechos humanos se caracterizan por un régimen de excepción, en virtud del cual, en determinadas condiciones estrictas, los Estados pueden limitar el disfrute o la protección de determinados derechos. Estas condiciones suelen tener lugar durante conflictos armados, por más que no estén circunscritas a este tipo de situaciones. En concreto, con arreglo al

⁵¹ *Prosecutor v. Duško Tadić*, párrs. 68 y 70.

⁵² *Prosecutor v. Zejnil Delalić et al.*, causa N° IT-96-21-T, fallo de 16 de noviembre de 1998, párr. 209. Véase también *Prosecutor v. Tihomir Blaškić*, causa N° IT-95-14-T, fallo de 3 de marzo de 2000, párr. 64.

derecho internacional de los derechos humanos es posible que los Estados suspendan determinadas obligaciones de derechos humanos e impongan limitaciones al ejercicio de determinados derechos. En menor medida y en determinadas circunstancias, en el derecho internacional humanitario se admiten suspensiones de las normas que protegen a los civiles, y varias de sus normas contemplan excepciones por razones de necesidad militar o de seguridad.

Los Estados también pueden formular reservas relativas al grado en que son aplicables determinadas disposiciones de un instrumento particular de derecho internacional humanitario o de derechos humanos. Los Estados que deseen utilizar alguna de estas opciones para limitar la aplicabilidad del derecho internacional de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario deben cumplir condiciones importantes. En las secciones siguientes se analizarán estas condiciones y se explicará de qué manera estos regímenes excepcionales pueden estar relacionados con situaciones de conflicto armado.

1. Suspensión de las obligaciones de derechos humanos

En determinadas situaciones excepcionales, se permite a los Estados suspender las obligaciones de derechos humanos que han contraído voluntariamente. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por ejemplo, reconoce que “[e]n situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto [...]” (art. 4.1)⁵³. Sin embargo, las suspensiones están sujetas a condiciones estrictas:

- *La existencia de una emergencia pública*: el Comité de Derechos Humanos ha señalado que no todo conflicto armado cumple las condiciones para que se considere que hay un estado de excepción.

⁵³ También pueden encontrarse cláusulas de suspensión en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 27) y en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (art. 15).

A este respecto, el Comité ha indicado que “[e]n virtud del Pacto, aun en un conflicto armado las disposiciones que suspendan la aplicación del Pacto se permitirán solo en la medida en que la situación constituya un peligro para la vida de la nación. Cuando los Estados Partes consideren la posibilidad de invocar el artículo 4 en situaciones distintas de un conflicto armado, deberán ponderar cuidadosamente el motivo por el cual esa medida es necesaria y legítima en las circunstancias del caso”⁵⁴. Por otra parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha definido la emergencia pública como “una situación excepcional de crisis o de emergencia que afecta a toda la población y constituye una amenaza para la vida organizada de la comunidad integrante del Estado”⁵⁵.

- *Carácter temporal*: las medidas de suspensión serán temporales y deberán levantarse tan pronto como deje de existir la situación de emergencia pública o de conflicto armado⁵⁶.
- *Carácter necesario y proporcional*: las medidas de suspensión deben ser absolutamente necesarias para responder a la emergencia⁵⁷. Por otra parte, no pueden justificarse las suspensiones cuando se pueda llegar al mismo fin con medios que entrañen una intrusión menor.
- *Compatibilidad con otras obligaciones dimanantes del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario*: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 4.1) establece que los Estados podrán adoptar disposiciones que suspendan las obligaciones internacionales que hayan contraído, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional. El Comité de Derechos Humanos ha señalado que “[d]urante un conflicto armado, ya sea internacional o no internacional, son aplicables las normas

⁵⁴ Observación general N° 29 (2001), párr. 3.

⁵⁵ *Case of Lawless v. Ireland* (No. 3), demanda N° 332/57, sentencia de 1° de julio de 1961, párr. 28.

⁵⁶ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 4.1). Véase también: E/CN.4/Sub.2/1997/19, párr. 69.

⁵⁷ Véase el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 4.1).

del derecho internacional humanitario, que contribuyen, junto con las disposiciones del artículo 4 y del párrafo 1 del artículo 5 del Pacto, a impedir el abuso de las facultades excepcionales del Estado”⁵⁸.

- *Garantías procesales*: el Comité de Derechos Humanos observa que “[l]as disposiciones del Pacto que se refieran a las garantías procesales nunca podrán ser el objeto de medidas que de alguna forma socaven la protección de los derechos que no son susceptibles de suspensión”⁵⁹.

Algunos instrumentos internacionales de derechos humanos prohíben explícitamente que determinadas disposiciones sean objeto de suspensión. Por ejemplo, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes establece que “[e]n ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura” (art. 2.2)⁶⁰. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece específicamente que no podrán ser objeto de suspensión alguna las obligaciones relacionadas con el derecho a la vida; la prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes o de experimentos médicos o científicos de no mediar libre consentimiento; la prohibición de la esclavitud, la trata de esclavos y la servidumbre; la prohibición de encarcelar a alguien por el solo hecho de no haber cumplido una obligación contractual; el principio de legalidad en materia penal, es decir, el requisito de que la responsabilidad penal y la pena vengan determinadas exclusivamente por disposiciones claras y concretas de la ley en vigor y aplicables en el momento de cometerse el acto o la omisión, salvo que por ley posterior se imponga una pena más leve; el reconocimiento de la personalidad jurídica de todo ser humano; y la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 4.2). En su Observación general N° 29 (2001), el Comité de Derechos Humanos incluye, además, la prohibición de la toma de rehenes, los secuestros o la detención no reconocida, la discriminación,

⁵⁸ Observación general N° 29 (2001), párr. 3.

⁵⁹ *Ibid.*, párr. 15. Véase también *infra*.

⁶⁰ Véase una cláusula similar en la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (art. 1.2).

la expulsión o el traslado forzoso de las minorías; y la incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia a través de la apología del odio nacional, el odio racial o religioso. Asimismo, ha subrayado que las normas imperativas de derecho internacional no podrán ser objeto de suspensión alguna⁶¹.

El Comité de Derechos Humanos también ha indicado que para evaluar el alcance de una suspensión legítima de algunas disposiciones del Pacto, uno de los criterios puede ser el de remitirse a la equivalencia entre ciertas violaciones de los derechos humanos y los crímenes de lesa humanidad. A este respecto, el Comité ha señalado que “[s]i un acto cometido dentro de la jurisdicción de un Estado es la base para establecer la responsabilidad penal individual por crimen de lesa humanidad de quienes hayan participado en él, el artículo 4 del Pacto no puede invocarse como justificación para alegar que el estado de excepción eximía al Estado de que se trate de su responsabilidad en relación con el mismo comportamiento”⁶².

Por otra parte, el carácter no susceptible de suspensión de estos derechos entraña para los Estados la obligación de proporcionar las suficientes garantías procesales, entre las que suelen incluirse las garantías judiciales, en particular el derecho al hábeas corpus que permite impugnar ante un tribunal la legalidad de cualquier detención. El Comité de Derechos Humanos ha reiterado que las disposiciones del Pacto que se refieran a las garantías procesales nunca podrán ser el objeto de medidas que de alguna forma socaven la protección de los derechos que no son

⁶¹ El Comité indicó que “[l]a enumeración contenida en el artículo 4 de las disposiciones cuya aplicación no puede suspenderse guarda relación, aunque no sea lo mismo, con la cuestión de si ciertas obligaciones en materia de derechos humanos tienen el carácter de normas imperativas de derecho internacional”. El Comité señaló además que “la categoría de normas imperativas va más allá de la lista de disposiciones cuya aplicación no puede suspenderse, que figura en el párrafo 2 del artículo 4. Los Estados Partes no pueden en ningún caso invocar el artículo 4 del Pacto como justificación de actos que violan el derecho humanitario o normas imperativas de derecho internacional, por ejemplo, la toma de rehenes, la imposición de castigos colectivos, la privación arbitraria de la libertad o la inobservancia de los principios fundamentales de juicio imparcial, en particular la presunción de inocencia” (Observación general N° 29 (2001), párr. 11).

⁶² *Ibid.*, párr. 12.

susceptibles de suspensión. En este sentido, la invocación o utilización del artículo 4 nunca podrá realizarse de forma que produzca la suspensión de alguno de los derechos cuya suspensión no está autorizada. Así, por ejemplo, al ser imposible la suspensión de la totalidad de las disposiciones del artículo 6 del Pacto, cualquier juicio que conduzca a la imposición de la pena de muerte durante un estado de excepción debe ser conforme a las disposiciones del Pacto, incluidos todos los requisitos de los artículos 14 y 15⁶³.

El derecho internacional humanitario se refiere a situaciones de conflicto armado, que son fundamentalmente situaciones de excepción, y en general no contempla que sus disposiciones puedan ser objeto de suspensión. Sin embargo, por lo que se refiere a las normas relativas a los civiles protegidos, el Cuarto Convenio de Ginebra permite suspensiones específicas de las obligaciones con respecto a determinadas personas (art. 5). En su propio territorio, si una parte tiene razones para considerar que una persona es sospechosa de dedicarse a actividades perjudiciales para la seguridad del Estado, puede privarla de los derechos y privilegios conferidos por el Convenio que, de aplicarse en su favor, podrían causar perjuicio a la seguridad de ese Estado. En los territorios ocupados, estas suspensiones de la aplicación solo pueden afectar los derechos de comunicación. En cualquier caso, esas personas deberán ser tratadas con humanidad y no podrán ser privadas de su derecho a un juicio con las debidas garantías.

2. Limitaciones lícitas al ejercicio de determinados derechos humanos

En virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, algunos artículos que definen derechos específicos, como los derechos a la libertad de religión, circulación, expresión y reunión y asociación pacíficas, también incluyen disposiciones que permiten limitar el grado en que puede ejercerse el derecho de que se trate. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales acepta la posibilidad de imponer limitaciones a los derechos protegidos en general por el Pacto (art. 4). Las limitaciones pueden aplicarse tanto en tiempos de conflicto armado

⁶³ *Ibid.*, párr. 15.

como en otros momentos. Para que puedan imponerse limitaciones, estas deben cumplir las condiciones siguientes:

- *Ser necesarias y estar prescritas por la ley:* el texto mismo de las disposiciones de los tratados impone restricciones a los Estados. Por ejemplo, el artículo 18.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que “[l]a libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás”. El artículo 12.3, relativo a la libertad de circulación, contiene una disposición similar.
- *Ser compatibles con el propio derecho y con la promoción del bienestar general:* por ejemplo, el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone que “el Estado [...] podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, solo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática”.
- *Ser proporcionales y entrañar la menor “intrusión” que sea posible:* la jurisprudencia y la práctica internacionales han insistido en el hecho de que las restricciones a los derechos humanos deben respetar el principio de proporcionalidad y limitar en la mayor medida posible sus repercusiones sobre el disfrute de otros derechos. La Corte Internacional de Justicia, citando la Observación general N° 27 (1999) del Comité de Derechos Humanos relativa a la libertad de circulación, señaló que las restricciones a los derechos humanos “deben ajustarse al principio de proporcionalidad” y “deben ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado”. La Corte aplicó condiciones similares a la evaluación de las limitaciones en el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales resultantes de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado⁶⁴.

⁶⁴ *Legal Consequences of the Construction of a Wall*, párr. 136.

Por lo que se refiere al derecho internacional humanitario, algunas normas particulares admiten, en determinadas circunstancias, la suspensión de obligaciones previstas normalmente. A veces, una medida es admisible si es necesaria por razones de seguridad⁶⁵ o cuando existen “circunstancias graves” a consecuencia de las cuales “la seguridad de la Potencia ocupante[...] esté expuesta a una amenaza organizada”⁶⁶. Aunque los civiles, a diferencia de los combatientes, normalmente no pueden ser internados, un beligerante puede ordenar el internamiento de civiles protegidos cuando su seguridad “lo hace absolutamente necesario”⁶⁷, y puede hacerlo también una Potencia ocupante “por razones imperiosas”⁶⁸ de seguridad. Un Estado puede negarse a autorizar la recepción de envíos individuales de socorros por “imperiosas consideraciones de seguridad”⁶⁹. Los Estados pueden someter las actividades de las organizaciones de socorro a las medidas que “consideren indispensables para garantizar su seguridad”⁷⁰. Es posible suspender el cumplimiento de otras obligaciones por “imperiosas razones militares”⁷¹, cuando sea “absolutamente necesario a causa de las operaciones bélicas”⁷² o cuando exista una “necesidad militar ineludible”⁷³.

3. Reservas a las obligaciones derivadas de tratados internacionales de derecho humanitario y de derechos humanos

Es una práctica establecida en el derecho internacional que, en determinadas circunstancias, los Estados pueden, en el momento de la ratificación, limitar la aplicabilidad de una disposición prevista en el tratado mediante la formulación de una reserva. De conformidad con la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, se entiende por

⁶⁵ Cuarto Convenio de Ginebra, art. 27.

⁶⁶ *Ibid.*, art. 75.

⁶⁷ *Ibid.*, art. 42.

⁶⁸ *Ibid.*, art. 78.

⁶⁹ *Ibid.*, art. 62.

⁷⁰ *Ibid.*, art. 142, y Tercer Convenio de Ginebra, art. 125.

⁷¹ Cuarto Convenio de Ginebra, art. 49.

⁷² *Ibid.*, art. 53.

⁷³ Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, art. 11.2.

reserva “una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado” (art. 2.1 d)).

La formulación de reservas respecto de tratados internacionales de derechos humanos o de derecho humanitario es legal con arreglo al derecho internacional, siempre y cuando dichas reservas respeten las disposiciones del artículo 19 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Esta Convención, que en gran medida codifica el derecho consuetudinario existente, establece que pueden formularse reservas si el propio tratado lo permite o, si el tratado no dice nada al respecto, a condición de que la reserva no sea incompatible con el objeto y el fin del tratado.

El derecho internacional impone varias condiciones para que las reservas sean válidas. Las reservas a los tratados de derecho internacional humanitario son poco frecuentes. Sin embargo, a raíz del enfoque que han adoptado algunos Estados partes con respecto a las reservas al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité de Derechos Humanos se ha visto obligado a señalar que las reservas que se han hecho a determinadas disposiciones pueden no ser compatibles con el objeto y el fin del Pacto. El Comité señaló en su Observación general N° 24 (1994) que “un Estado no puede reservarse el derecho de practicar la esclavitud, de torturar, de someter a personas a tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes, de privar arbitrariamente a las personas de la vida, de detener y encarcelar arbitrariamente a las personas, de denegar la libertad de pensamiento, conciencia y religión, de presumir que una persona es culpable hasta que demuestre su inocencia, de ejecutar a mujeres embarazadas o a niños, de permitir el fomento del odio nacional, racial o religioso, de denegar a las personas en edad núbil el derecho a contraer matrimonio o el de denegar a las minorías el derecho a gozar de su propia cultura, profesar su propia religión o utilizar su propio idioma”⁷⁴.

⁷⁴ Observación general N° 24 (1994) sobre cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer considera inaceptable que los Estados formulen reservas al compromiso de aplicar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer, consagrado en el artículo 2 de la Convención⁷⁵. Igualmente inaceptable es la reserva relativa a la obligación de eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares, prevista en el artículo 16⁷⁶. Las reservas a estas dos disposiciones dejarían sin sentido las obligaciones contraídas por los Estados partes en virtud de la Convención.

D. LA APLICACIÓN CONCURRENTE Y EL PRINCIPIO DE *LEX SPECIALIS*

Cuando, de conformidad con las pautas expuestas anteriormente, a una determinada cuestión en un conflicto armado se le aplican tanto el derecho internacional humanitario como el derecho internacional de los derechos humanos, ¿cómo interactúan estos dos conjuntos normativos, en particular cuando ofrecen respuestas contradictorias? Es una pregunta compleja que plantean a veces las autoridades estatales, los trabajadores humanitarios y de derechos humanos y otros en el terreno. En concreto, se han expuesto dos razones en contra de su aplicación concurrente. En primer lugar, se ha sostenido que las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario son regímenes que se aplican en contextos distintos —el primero solo en tiempos de paz y el segundo en tiempo de conflicto armado—, por lo que su aplicación concurrente o complementaria es improcedente. En segundo lugar, también se ha aducido que si los dos conjuntos normativos son de hecho aplicables en situaciones de conflicto armado, la pregunta que cabe plantear entonces es si uno de ellos tiene primacía sobre el otro en calidad de *lex specialis*.

de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto, párr. 8.

⁷⁵ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento N° 38 (A/53/38/Rev.1)*, Segunda parte, cap. I, párrs. 6, 10 y 16.

⁷⁶ Recomendación general N° 21 (1994) sobre la igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, párr. 44.

Por más que estas cuestiones puedan parecer académicas, podrían tener un impacto en las actividades de los trabajadores y defensores de los derechos humanos. Disponer de un marco jurídico claro es esencial para atender de manera adecuada a los actores pertinentes, como los Estados y los grupos armados no estatales, y para cooperar con ellos. Las siguientes secciones se basarán en los dictámenes de los órganos de derechos humanos, así como en las decisiones de la Corte Internacional de Justicia y de los tribunales regionales de derechos humanos. Como se verá, la evolución legal y jurisprudencial de los últimos 15 años ha respaldado claramente la aplicación concurrente de ambos regímenes en tiempos de conflicto armado. Por otra parte, las decisiones de los órganos judiciales y de tratados han aclarado aún más el alcance de la *lex specialis* en los conflictos armados. Por último, la interacción entre los dos conjuntos normativos se mostrará a través de un ejemplo en el que estos parecen contradecirse entre sí, en particular en el contexto del derecho a la vida y el uso de la fuerza.

1. Aplicación concurrente: la aplicación continua de las normas internacionales de derechos humanos

Varias decisiones de órganos judiciales y de derechos humanos han concluido que las normas internacionales de derechos humanos se aplican en todo momento, independientemente de que haya paz o de que exista un conflicto armado. En cambio, el derecho internacional humanitario se aplica específicamente solo en situaciones de conflicto armado. Así pues, en un conflicto armado, las normas internacionales de derechos humanos se aplican de manera concurrente con el derecho internacional humanitario. Por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia ha señalado claramente que la protección prevista en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no cesa en tiempo de guerra, excepto cuando se aplica el artículo 4 del Pacto, según el cual algunas disposiciones pueden ser suspendidas cuando se da una situación de emergencia nacional. En otra causa, la Corte reiteró 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”⁷⁷. El Comité de Derechos Humanos ha afirmado que las obligaciones de derechos humanos contenidas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos “[se aplican] también en situaciones de conflicto armado a las que son aplicables las normas del derecho humanitario internacional”. El Comité ha indicado además que “[s]i bien, con respecto a determinados derechos del Pacto, normas más específicas del derecho humanitario internacional pueden ser directamente pertinentes a los efectos de la interpretación de los derechos del Pacto, ambas esferas del derecho son complementarias y no mutuamente excluyentes”⁷⁸. El Comité ha adoptado posiciones similares en numerosas observaciones finales sobre situaciones concretas de diversos países⁷⁹.

La aplicación complementaria de los dos regímenes jurídicos se conoce como aplicación concurrente o doble aplicabilidad. En el contexto de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, esto significa que ambos regímenes jurídicos son aplicables en tiempo de conflicto armado. Como se explicará más adelante, esta aplicación concurrente debe considerarse en el marco del principio de *lex specialis*, así como en el contexto del procedimiento de suspensión de algunos derechos humanos, mencionado anteriormente. Los siguientes ejemplos reflejan el reconocimiento internacional de la aplicación concurrente:

- La Convención sobre los Derechos del Niño es un ejemplo de un tratado que contiene disposiciones expresas aplicables en situaciones tanto de paz como de guerra. La Convención, que es esencialmente un tratado

⁷⁷ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, párr. 25, y *Legal Consequences of the Construction of a Wall*, párr. 106.

⁷⁸ Observación general N° 31 (2004), párr. 11.

⁷⁹ Por ejemplo, el Comité “observa con preocupación la interpretación restrictiva que hace el Estado Parte de sus obligaciones con arreglo al Pacto, como resultado en particular de [...] su postura de que el Pacto no se aplica [...] en tiempo de guerra, pese a las opiniones en contrario y a la jurisprudencia establecida del Comité y de la Corte Internacional de Justicia [...]. 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 ulteriormente seguida, y teniendo en cuenta su objetivo y finalidad. El Estado Parte debería, en particular: a) aceptar la aplicabilidad del Pacto [...] en tiempo de guerra [...]” (CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1, párr. 10).

internacional de derechos humanos, se refiere explícitamente a las situaciones de conflicto armado señalando que “[l]os Estados Partes se comprometen a respetar y velar por que se respeten las normas del derecho internacional humanitario que les sean aplicables en los conflictos armados y que sean pertinentes para el niño”⁸⁰ (art. 38.1). Por otra parte, su Protocolo facultativo relativo a la participación de niños en los conflictos armados define las obligaciones jurídicamente vinculantes que específicamente deben aplicarse tanto en tiempos de paz como durante conflictos armados. De conformidad con su artículo 1, “[l]os Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para que ningún miembro de sus fuerzas armadas menor de 18 años participe directamente en hostilidades”⁸¹. En una causa en que se dirimía un litigio entre la República Democrática del Congo y Uganda, la Corte Internacional de Justicia indicó que la Convención y el Protocolo facultativo eran aplicables en el contexto del conflicto entre esos países⁸². De forma análoga, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad establece que los Estados partes “adoptarán, en virtud de las responsabilidades que les corresponden con arreglo al derecho internacional, y en concreto el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, todas las medidas necesarias para garantizar la seguridad y la protección de las personas con discapacidad en situaciones de riesgo, incluidas situaciones de conflicto armado, emergencias humanitarias y desastres naturales” (art. 11).

- El Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra establece que “[n]inguna de las disposiciones del presente artículo podrá interpretarse de manera que pueda limitar o infringir cualquier otra disposición más favorable y que ofrezca a las personas comprendidas en el párrafo 1 una mayor protección en virtud de otras normas aplicables del derecho internacional” (art. 75.8).

⁸⁰ Véase también el artículo 38.4.

⁸¹ Véase también el artículo 6.

⁸² *Armed Activities on the Territory of the Congo*, párr. 217.

- La Corte Internacional de Justicia ha señalado que, en lo que se refiere a la relación entre el derecho internacional humanitario y las normas internacionales de derechos humanos, pueden presentarse tres situaciones posibles: “algunos derechos pueden estar contemplados exclusivamente en el derecho internacional humanitario, otros pueden estarlo exclusivamente en el derecho de los derechos humanos y otros en ambas ramas del derecho internacional”⁸³.
- El Comité Internacional de la Cruz Roja ha determinado la existencia de ciertas “garantías fundamentales” y observado que existen instrumentos jurídicos, documentos y jurisprudencia de derechos humanos que amplían, refuerzan y aclaran algunos principios análogos del derecho internacional humanitario⁸⁴.

En la práctica, dado que las normas internacionales de derechos humanos y el derecho humanitario internacional ofrecen salvaguardias similares, su aplicación concurrente en los conflictos armados no plantea, en general, problemas de fondo. Cuando las personas se encuentran en poder del enemigo en el contexto de las hostilidades, ambos conjuntos normativos procuran brindarles protección y a menudo ofrecen una respuesta similar a situaciones particulares.

No obstante, en algunos casos excepcionales, las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario pueden ofrecer soluciones contradictorias. Por ejemplo, como se verá más adelante, la fuerza letal que puede utilizarse contra una persona está reglamentada de manera diferente en el derecho internacional de los derechos humanos y en el derecho internacional humanitario. Para casos como estos, el derecho internacional ha previsto diversos mecanismos de interpretación jurídica que ayudan a establecer de qué manera deben leerse conjuntamente dos normas que aparentemente están en conflicto y, si ello resulta imposible, decidir cuál debe tener primacía.

Como se explicará en la sección siguiente, uno de esos mecanismos es el llamado principio *lex specialis derogat legi generali*, según la cual, en

⁸³ *Legal Consequences of the Construction of a Wall*, párr. 106. La Corte mantuvo el mismo planteamiento en *Armed Activities on the Territory of the Congo*, párr. 216.

⁸⁴ *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, parte V, cap. 32.

caso de un conflicto de normas, se aplica la norma más específica y no la norma más general. Ahora bien, para establecer de qué manera pueden aplicarse a una determinada situación dos normas aparentemente en conflicto o, de ser necesario, cuál de las dos normas debe aplicarse, también pueden aplicarse otros mecanismos, como el principio de *lex posterior derogat legi priori*⁸⁵ o el de *interprétation conforme*.

2. Las normas internacionales de derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el principio de *lex specialis*

Como se indicó anteriormente, las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario se aplican de forma concurrente en situaciones de conflicto armado, de modo que sus diferentes salvaguardias se complementen entre sí. Ahora bien, puede haber casos en que las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario regulen la misma situación de manera diferente, lo que da lugar a resultados diferentes. En estos casos de conflicto entre disposiciones, la práctica internacional ha establecido que, a falta de otros medios para interpretar ambas normas de forma armoniosa, uno de los principios de interpretación de las disposiciones que podría aplicarse es el de la *lex specialis*.

El principio *lex specialis derogat legi generali* constituye una máxima que goza de amplia aceptación en materia de interpretación jurídica y una técnica admitida para la solución de los conflictos normativos. Con arreglo a dicho principio, si una materia está regulada por una norma general y por una norma más específica, esta última debe prevalecer sobre la primera. No obstante, la relación entre la norma general y la norma específica puede concebirse de dos maneras. La primera es el caso en que la norma específica se debe leer e interpretar dentro de los límites o del marco de la norma general, usualmente como desarrollo, actualización o especificación técnica de la última. Desde una perspectiva más estricta, se interpreta que el principio de la *lex specialis* se refiere también al caso en que dos disposiciones jurídicas, que son tanto válidas como

⁸⁵ El principio de que las nuevas leyes tienen, en general, primacía sobre las anteriores, es un principio de derecho que se ha codificado en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (art. 30).

aplicables y no tienen una relación jerárquica expresa entre ellas, marcan direcciones incompatibles en la forma de abordar el mismo conjunto de hechos. En tal caso, la aplicación del principio de *lex specialis* se utiliza para resolver los conflictos entre las disposiciones. Aun así, en ambos casos tiene prioridad la disposición que tenga un ámbito de aplicación delimitado con mayor precisión⁸⁶.

El principio de *lex specialis* a veces se ha malinterpretado y exagerado en la relación entre las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario. En primer lugar, como se indicó anteriormente, el número de situaciones concretas en que el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario arrojan resultados diferentes es reducido en comparación con el número de situaciones en que ambos conjuntos normativos ofrecen una protección similar. En estos casos, el principio de *lex specialis* no tiene ninguna función en particular. En este sentido, la Comisión de Derecho Internacional ha indicado que “para que se aplique el principio de *lex specialis* no es suficiente que existan dos disposiciones que traten de las mismas cuestiones; debe existir en la práctica cierta discrepancia entre ellas, o bien la intención discernible de que una disposición excluya a la otra”⁸⁷. En segundo lugar, como recordó la Comisión de Derecho Internacional, el principio de *lex specialis* se aplica a las disposiciones que, cuando se utilizan en el contexto de una situación concreta, producen resultados divergentes⁸⁸. En tercer lugar, el principio determina qué norma prevalece sobre otra en una situación particular⁸⁹.

⁸⁶ Véase “Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional, Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional” (A/CN.4/L.682, párrs. 56 y 57).

⁸⁷ Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, comentario sobre el artículo 55.

⁸⁸ En el informe al Consejo de Derechos Humanos sobre los resultados de la consulta de expertos sobre los derechos humanos de la población civil en los conflictos armados, “[a]lgunos expertos explicaron que los conjuntos normativos no funcionaban como una *lex specialis*. Se recordó que el principio de *lex specialis* significaba sencillamente que, en situaciones de conflicto de normas, debería preferirse la norma más detallada y específica frente a la norma más general sobre la base de un análisis caso por caso, independientemente de que se tratara de una norma de derechos humanos o una norma de derecho humanitario” (A/HRC/11/31, párr. 13).

⁸⁹ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 2004, vol. II (Segunda parte) (Publicación de las Naciones Unidas, de próxima aparición), párr. 304.

El principal aspecto que debe retenerse es que, de conformidad con el principio de la *lex specialis*, cuando a una misma situación se le aplican dos disposiciones discrepantes entre sí, la que proporcione orientaciones más detalladas debe prevalecer sobre la más general⁹⁰.

En los conflictos armados internacionales, algunas disposiciones del derecho internacional humanitario son reconocidas como *lex specialis* en diversas situaciones. Por ejemplo, en una opinión consultiva de 1996, la Corte Internacional de Justicia examinó la interacción entre las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario por lo que se refería, en particular, a la regulación divergente sobre el derecho a la vida. La Corte indicó que, en principio, el derecho a no ser privado arbitrariamente de la vida (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 6) se aplicaba también en tiempo de hostilidades. Ahora bien, para determinar si la privación de la vida era arbitraria, había que referirse a la *lex specialis* aplicable, a saber, el derecho internacional humanitario, que tiene por objeto regir las situaciones de hostilidades. Esto era válido por lo menos para la cuestión que debía determinar la Corte, a saber, si era legal el empleo de un arma determinada. La Corte también tuvo cuidado de señalar que las normas de derechos humanos siguen siendo aplicables en los conflictos armados. La aplicación del derecho internacional humanitario como *lex specialis* no sugiere que en tiempo de guerra se supriman los derechos humanos, sino, más bien, que solo se considera un aspecto de dicho derecho, a saber, la evaluación relativa de la arbitrariedad de la utilización de un arma determinada⁹¹. Así pues, en casos en que en un ataque de una parte en un conflicto se cause la muerte de civiles se aplican como *lex specialis* los principios del derecho internacional humanitario de distinción y proporcionalidad y, como normas complementarias, las disposiciones pertinentes del Pacto.

⁹⁰ El Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional también indicó en su informe final que “[u]na norma especial se adapta más al caso que una general (“se aproxime más a la materia tratada”) y regula la cuestión de modo más eficaz que las normas generales (“normalmente resultan más efectivas”); esto se podría formular también diciendo que las normas especiales permiten mejor tomar en cuenta las circunstancias particulares” (A/CN.4/L.682, párr. 60).

⁹¹ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, párr. 25.

Cabría sostener que en esta opinión consultiva la Corte reconoció la condición de *lex specialis* del derecho internacional humanitario en su conjunto en las situaciones de conflicto armado. Pero esta conclusión no es compatible con la práctica posterior de la Corte. En una opinión consultiva de 2004, la Corte aclaró en mayor detalle de qué forma entendía el principio de *lex specialis* indicando que algunos derechos pueden estar contemplados exclusivamente en el derecho internacional humanitario, otros pueden estarlo exclusivamente en el derecho de los derechos humanos y otros en ambas ramas del derecho internacional (véase la sección 1 *supra*).

Como se indicó anteriormente, esta visión ha sido reforzada aún más por la interpretación que dio el Comité de Derechos Humanos al principio de *lex specialis* en su Observación general N° 31 (2004).

En términos prácticos, es importante reiterar que solo es necesario recurrir al principio de *lex specialis* cuando hay un conflicto aparente entre dos normas que podrían aplicarse a una situación específica. La determinación de la norma que tendrá primacía depende de un examen de los hechos y de la especial protección contemplada en las disposiciones pertinentes. Como señala correctamente el Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional, el principio de *lex specialis* “no admite una aplicación automática”⁹². En primer lugar, no siempre es fácil determinar qué norma establece el precepto más específico que debe aplicarse en una circunstancia particular. Para ello se necesitará un análisis minucioso de cada situación concreta.

En segundo lugar, también es difícil determinar si los resultados que produce cada norma están o no realmente en conflicto. El Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional sugirió que existe conflicto de normas “si para una parte en los tratados solo resulta posible cumplir con una norma dejando de cumplir con otra norma”⁹³.

⁹² A/CN.4/L.682, párr. 58.

⁹³ *Ibid.*, párr. 24. El Grupo da como ejemplo la relación entre el derecho sobre inmunidad de los Estados y la normativa de derechos humanos para ilustrar cómo en la práctica los dos conjuntos normativos pueden producir resultados diferentes e incompatibles.

Como ha indicado la Corte Internacional de Justicia, en el contexto de las normas internacionales de derechos humanos y de derecho humanitario aplicables en los conflictos armados, hay situaciones en que el recurso al principio de la *lex specialis* es necesario para determinar el alcance de las salvaguardias y de las normas. Como ha reconocido el CICR, hay circunstancias en que “se debe dar un contenido específico a las disposiciones del derecho internacional humanitario”⁹⁴, como el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, recurriendo a la aplicación que hacen en la práctica otros órganos de derecho. Es el caso, por ejemplo, de las garantías de un juicio imparcial previstas en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que son mucho más detalladas que las disposiciones del artículo 3 d) común de los Convenios de Ginebra.

Además, muchas violaciones de los derechos humanos que se producen durante los conflictos armados no son el resultado directo de las hostilidades y deben enfrentarse aplicando las normas internacionales de derechos humanos y el derecho interno. Por ejemplo, una de las partes en conflicto puede participar en violaciones que no están relacionadas con el conflicto, a las que se aplican las normas internacionales de derechos humanos, sencillamente porque no se rigen por el derecho internacional humanitario. De manera análoga, incluso en un país afectado por un conflicto armado, las fuerzas del orden siempre se rigen por las normas internacionales de derechos humanos⁹⁵. Por otra parte, incluso si un

⁹⁴ Jakob Kellenberger, Presidente del Comité Internacional de la Cruz Roja, “Derecho internacional humanitario y otros regímenes jurídicos: interacción en las situaciones de violencia”, discurso pronunciado durante la 27ª Mesa Redonda anual sobre problemas actuales de derecho internacional humanitario, San Remo, Italia, 4 a 6 de septiembre de 2003. Puede consultarse en www.icrc.org.

⁹⁵ Véase, por ejemplo: “Eleventh periodic report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the situation of human rights in the Sudan”, 23 de enero de 2009, en que se tratan los incidentes ocurridos el 25 de agosto de 2008, cuando las fuerzas de seguridad del Gobierno mataron e hirieron a civiles en el campamento de desplazados internos de Kalma, en Darfur meridional (Sudán). A pesar de que en ese momento Darfur se encontraba en una situación de conflicto armado interno y de que las presuntas violaciones fueron llevadas a cabo por las fuerzas de seguridad sudanesas, se constató que el Gobierno del Sudán no había respetado las obligaciones que le incumbían en virtud de las normas internacionales de derechos humanos. Puede consultarse en www.ohchr.org/Documents/Countries/11thOHCHR22jan09.pdf.

conflicto se prolonga durante muchos años, el Estado debe cumplir sus responsabilidades internacionales relacionadas con una amplia gama de derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales⁹⁶.

Un criterio que podría utilizarse para determinar qué corpus normativo debe aplicarse en una situación particular es la del control efectivo: cuanto más efectivo sea el control sobre personas o territorios, más apropiadas como marco de referencia serán las normas de derechos humanos. A este respecto, se ha sostenido que el paradigma de las normas de derechos humanos se basa en un control efectivo sobre un territorio y/o una persona, en tanto que el paradigma del derecho internacional humanitario se basa en una falta de control o en el fraccionamiento de éste como resultado de un conflicto armado. Como medio de introducir el principio de *lex specialis* en el contexto de un conflicto armado, se señaló que, cuanto más estable fuera la situación, más aplicable sería el paradigma de los derechos humanos; cuanto menos estable y efectivo fuera el control, más aplicable sería el paradigma del derecho internacional humanitario como complemento de las normas de derechos humanos⁹⁷. Así pues, en lugar de centrarse únicamente en la existencia de un conflicto, el análisis debe centrarse en la estabilidad y el control efectivo.

Está claro que hay situaciones en que el control efectivo sobre las personas puede ocurrir en un contexto de falta general de control sobre un territorio. Esta carencia de control sobre el territorio no implica que pueda ignorarse el paradigma de los derechos humanos. Como se indicó anteriormente, el Comité de Derechos Humanos ha interpretado que la cuestión del control efectivo a que se refiere el artículo 2.1 del Pacto no está relacionada únicamente con el control territorial, sino también con el control de las personas. De conformidad con las reglas de interpretación establecidas en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, el Comité de Derechos Humanos ha interpretado la disposición del artículo 2 del Pacto en el sentido de que los Estados tienen obligaciones de derechos humanos respecto de todas las personas que se encuentren dentro de su territorio y también de todas las personas sujetas a su jurisdicción. Esta

⁹⁶ Véase *Legal Consequences of the Construction of a Wall*.

⁹⁷ Véase A/HRC/11/31, párr. 14.

interpretación está en consonancia con el contexto y con el objeto y el fin del tratado.

En ciertas situaciones, también sería posible tener un control efectivo sobre las personas en un entorno no estable. El control sobre las personas no significa que haya un control total sobre el territorio. De manera análoga, el control sobre territorio no significa un control total sobre las personas. Por lo tanto, cuanto más efectivo sea el control que tiene un Estado sobre el territorio o sobre la población, más procedente es respetar el paradigma de los derechos humanos.

3. La interacción en relación con el uso de la fuerza

Una esfera en que existe una aparente contradicción entre el derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos es la de la admisibilidad del uso de la fuerza letal contra las personas. Si bien en el derecho internacional humanitario generalmente se acepta que en un conflicto armado internacional los combatientes enemigos pueden ser atacados hasta que se rindan o, de cualquier otra manera, estén fuera de combate, independientemente de si constituyen una amenaza inmediata para la vida humana, en el derecho internacional de los derechos humanos la admisibilidad del uso de la fuerza letal en tales circunstancias está limitada. Dicho de otra manera, la limitación de la fuerza letal depende del contexto y no de la persona que la utiliza. Esto significa, por ejemplo, que cuando los militares realizan actividades de mantenimiento del orden público, están obligados por el derecho internacional de los derechos humanos relativo al uso de la fuerza letal.

a) El derecho internacional humanitario

El derecho internacional humanitario no prohíbe matar deliberadamente a un combatiente, salvo cuando se rinda o, de cualquier otra manera, haya quedado fuera de combate. En cambio, por lo que se refiere a los civiles, exige a las partes en conflicto que se abstengan de atacarlos y tengan un cuidado constante para evitar que mueran incidentalmente en los ataques emprendidos contra combatientes o contra objetivos militares. La determinación de una violación del derecho internacional humanitario requiere a menudo no solo constatar el daño que pueda haberse causado

a los civiles, sino también examinar el contexto en que haya ocurrido el daño. Para examinar la legalidad de un ataque concreto, el derecho internacional humanitario prevé tres principios fundamentales que todas las partes deben observar en todo momento para respetar a las personas civiles y a la población civil en general: distinción, proporcionalidad y precaución.

El principio de distinción exige a las partes en conflicto distinguir en todo momento entre civiles y combatientes y dirigir los ataques solo contra los combatientes. Las partes en conflicto deben distinguirse de los civiles mediante el uso de uniformes distintivos u otras formas de identificación. Las partes en conflicto deben distinguir en todo momento entre bienes civiles y objetivos militares y solo pueden dirigir los ataques contra objetivos militares. Están prohibidos los ataques indiscriminados, es decir, los que no distinguen entre los objetivos militares y los que no lo son.

De conformidad con el principio de proporcionalidad, está prohibido lanzar un ataque cuando sea de prever que causará incidentalmente muertos y heridos entre la población civil o daños a bienes de carácter civil que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista.

Con respecto a las precauciones que deben adoptarse en la conducción de las operaciones militares, en cualquier ataque se debe tener un cuidado constante para preservar la población civil y los bienes de carácter civil. Se tomarán todas las precauciones factibles para evitar o, en todo caso, reducir todo lo posible el número de muertos y de heridos que este pudiera causar incidentalmente entre la población civil, así como los daños a los bienes de carácter civil. Entre las medidas de precaución se incluyen la obligación de verificar que el blanco del ataque sea efectivamente un objetivo militar legítimo y, además, dar previo aviso a los civiles que se encuentren en los alrededores para que puedan salir de la zona.

b) El derecho internacional de los derechos humanos

En el derecho internacional de los derechos humanos no se reconoce el principio de distinción, pero sí los principios de proporcionalidad y de precaución que, al igual que en el derecho internacional humanitario,

II. EXIGENCIAS, LIMITACIONES Y EFECTOS DE LA APLICACIÓN CONCURRENTE DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO EN SITUACIONES DE CONFLICTO ARMADO

se aplican en cualquier caso de uso de la fuerza. Ahora bien, como en el derecho internacional de los derechos humanos no se establece una distinción entre civiles y combatientes, su número de beneficiarios es mayor.

Los tratados de derechos humanos prohíben la privación arbitraria de la vida. El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales establece que para que no se considere que la privación de la vida es arbitraria deberá ser absolutamente necesaria: a) en defensa de una persona contra una agresión ilegítima; b) para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente; c) para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección (art. 2.2). El Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Philip Alston, señaló además que “el otro elemento aportado por las normas de derechos humanos es que en el contexto de un conflicto armado se prohíbe el uso deliberado de la fuerza letal a menos que sea estrictamente necesario. En otras palabras, incluso en tiempo de guerra, causar la muerte debe ser un último recurso”⁹⁸.

Otros organismos universales y regionales de derechos humanos adoptan, por lo general, el mismo enfoque⁹⁹. Los Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley ofrecen una interpretación autorizada de los principios que deben respetar las autoridades al emplear la fuerza con el fin de no vulnerar el derecho a la vida. Esos principios limitan el uso de

⁹⁸ E/CN.4/2006/53/Add.5, párr. 29. Véase también *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo séptimo período de sesiones, Suplemento N° 40 (A/37/40)*, anexo XI, *Suárez de Guerrero c. Colombia*, comunicación N° R.11/45: “El derecho consagrado en este artículo es el derecho supremo de los seres humanos. Se desprende de ello que la privación de la vida por las autoridades estatales es una cuestión gravísima. Ello se desprende del conjunto del artículo y, en particular por esta razón, en el párrafo 2 del mismo artículo se establece que podrá imponerse la pena de muerte por los más graves delitos. Las exigencias de que el derecho esté protegido por la ley y de que nadie pueda ser privado de la vida arbitrariamente significan que la ley debe controlar y limitar estrictamente las circunstancias en que una persona podrá ser privada de su vida por las autoridades del Estado”.

⁹⁹ Véase, por ejemplo, Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Las Palmeras vs. Colombia*, sentencia de 26 de noviembre de 2002, Serie C, N° 96.

armas de fuego a los casos de legítima defensa o de defensa de terceros cuando haya peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a la autoridad, o impedir su fuga, y únicamente en caso de que medidas menos extremas resulten insuficientes para lograr dichos objetivos. El uso intencional de armas letales solo es admisible cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida. Además, los agentes del orden público “darán una clara advertencia de su intención de emplear armas de fuego, con tiempo suficiente para que se tome en cuenta, salvo que al dar esa advertencia se pusiera indebidamente en peligro a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, se creara un riesgo de muerte o daños graves a otras personas, o resultara evidentemente inadecuada o inútil dadas las circunstancias del caso” (arts. 9 y 10). Por consiguiente, en el derecho internacional de los derechos humanos también se aplica el principio de proporcionalidad en relación con las personas contra las que se emplea la fuerza y también respecto de esas personas deben tomarse medidas de precaución, como las advertencias.

c) Un ejemplo de la aplicación del principio de *lex specialis*

Como ya se indicó, las salvaguardias ofrecidas por el derecho internacional humanitario y por el derecho internacional de los derechos humanos tienen mucho en común. Ahora bien, cuando en la práctica sus soluciones se contradicen entre sí, debe determinarse la norma aplicable con arreglo al principio de *lex specialis*. Por lo que se refiere a la cantidad de fuerza que pueden emplear contra el enemigo los combatientes en los conflictos armados internacionales, generalmente se considera que el derecho internacional humanitario constituye la *lex specialis*. La cuestión es mucho más controversial con respecto a los combatientes en conflictos armados no internacionales. Un ejemplo común de contradicción entre los dos conjuntos normativos es el de un miembro de un grupo armado insurgente que sigue desempeñando una función de combatiente y es sorprendido realizando actividades personales (no relacionados con el

conflicto) fuera de la zona de combate¹⁰⁰. Algunos han interpretado — por analogía con los conflictos armados no internacionales— que, en virtud del derecho internacional humanitario, las autoridades pueden disparar a matar a esta persona. En cambio, con arreglo al derecho internacional de los derechos humanos, se debe detener a la persona en cuestión y el empleo de la fuerza contra ella debe ser proporcional. En este caso, teniendo en cuenta el grado de control del Gobierno (de haberlo) sobre el lugar donde se produce la muerte, debe considerarse que la *lex specialis* es el derecho internacional de los derechos humanos. El derecho internacional humanitario se estableció para las hostilidades que se llevan a cabo contra fuerzas que están en el frente de batalla o en una posición más retirada, es decir, en un lugar que no está bajo control de quienes las atacan. En los conflictos tradicionales, la cuestión se solventa en función de lo alejada que esté la situación del frente de batalla; no obstante, los nuevos tipos de conflictos se caracterizan por la ausencia de frentes y campos de batalla.

¿Qué constituye entonces un control suficiente de forma que se pueda justificar que sea el derecho internacional de los derechos humanos el que tenga primacía a título de *lex specialis*? En una zona del territorio de un Estado cuyo Gobierno está luchando contra fuerzas rebeldes pero que no está bajo un control firme del Gobierno ni de los rebeldes, la imposibilidad de detener al combatiente, el peligro inherente de tratar de detenerlo y el riesgo que representa el combatiente para las fuerzas gubernamentales y para los civiles, así como la inmediatez de este riesgo, pueden llevar a concluir que el derecho internacional humanitario es la *lex specialis* en esa situación. Además, cuando ninguna de las partes tiene un control geográfico definido, cuanto mayor sea el grado de certeza de que el objetivo es en realidad un combatiente, mayor será la posibilidad de que la *lex specialis* sea el derecho internacional humanitario¹⁰¹.

¹⁰⁰ Véase a este respecto: Marco Sassòli y Laura M. Olson, “The relationship between international humanitarian law and human rights law where it matters: admissible killing and internment of fighters in non-international armed conflict”, *International Review of the Red Cross*, vol. 90, N° 871 (septiembre de 2008), págs. 613 a 615.

¹⁰¹ Véase *Suárez de Guerrero c. Colombia*, párrs. 13.1 a 13.3.

Incluso cuando el derecho internacional de los derechos humanos prevalece como *lex specialis* en el contexto de un conflicto armado, el derecho internacional humanitario sigue estando ahí, en segundo plano, y puede, en algunas situaciones específicas, relajar los requisitos de proporcionalidad y advertencia propios del derecho internacional de los derechos humanos, una vez que el intento de detención haya fracasado o no sea factible. De manera análoga, incluso cuando el derecho internacional humanitario prevalece como *lex specialis*, el derecho internacional de los derechos humanos permanece, si bien en un segundo plano, y puede imponer la apertura de una investigación cuando, en una situación en la que no hay combates, las fuerzas de seguridad hayan dado muerte a una persona.



● **RENDICIÓN DE CUENTAS Y DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS**

Una de las obligaciones legales más importantes que se derivan del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho humanitario es la de garantizar la rendición de cuentas por lo que se refiere a las violaciones de ambos conjuntos normativos. Como ha indicado el Secretario General de las Naciones Unidas, el respeto del estado de derecho implica que “todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, están sometidas a unas leyes que se promulgan públicamente, se hacen cumplir por igual y se aplican con independencia, además de ser compatibles con las normas y los principios internacionales de derechos humanos. Asimismo, exige que se adopten medidas para garantizar el respeto de los principios de primacía de la ley, igualdad ante la ley, rendición de cuentas ante la ley, equidad en la aplicación de la ley, separación de poderes, participación en la adopción de decisiones, legalidad, no arbitrariedad, y transparencia procesal y legal”¹⁰².

Por otra parte, en los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas del derecho internacional de los derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, la Asamblea General reconoció que la obligación de respetar, asegurar que se respeten y aplicar las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario comprende el deber de “investigar las violaciones de forma eficaz, rápida, completa e imparcial y, en su caso, adoptar medidas contra los presuntos responsables de conformidad con el derecho interno e internacional” (párr. 3 b)). La Asamblea General reconoció además el carácter de derecho consuetudinario de esta obligación y señaló que los Principios y directrices básicos “no entrañan nuevas obligaciones jurídicas internacionales o nacionales, sino que indican mecanismos, modalidades, procedimientos y métodos para el cumplimiento de las obligaciones jurídicas existentes conforme a las normas internacionales de derechos humanos y al derecho internacional humanitario, que son complementarios, aunque diferentes en su contenido” (preámbulo).

¹⁰² “El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos” (S/2004/616, párr. 6).

En las secciones siguientes se examinará la rendición de cuentas por violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario desde la perspectiva de los Estados y de las personas, así como el derecho de las víctimas a obtener reparación. Al final se abordarán las formas no judiciales de rendición de cuentas, como alternativa a la justicia penal.

A. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR VIOLACIONES DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

La responsabilidad del Estado por las violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario ha sido durante mucho tiempo uno de los fundamentos del derecho internacional. La responsabilidad del Estado se deriva del principio *pacta sunt servanda*, que significa que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe¹⁰³. Incluso al margen de las obligaciones derivadas de tratados, en el proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado se recuerda el principio general de derecho internacional según el cual el incumplimiento de la obligación internacional de un Estado constituye un hecho internacionalmente ilícito, lo que entraña la responsabilidad internacional de ese Estado (arts. 1 y 2 del proyecto). En este contexto, cabe recordar que un Estado es responsable por las violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho humanitario cometidas en el contexto del conflicto armado si son atribuibles a dicho Estado. Es el caso de:

- Violaciones cometidas por sus órganos, incluidas sus fuerzas armadas;
- Violaciones cometidas por personas o entidades que ejercen atribuciones del poder público;
- Violaciones cometidas por personas o grupos que actúan de hecho por instrucciones suyas o bajo su dirección o control;

¹⁰³ Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, art. 26.

- Violaciones cometidas por particulares o grupos cuya conducta reconoce y asume como propia¹⁰⁴.

Un Estado también puede ser responsable por falta de debida diligencia si no ha tomado medidas para prevenir o castigar las violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho humanitario cometidas por actores privados.

La jurisprudencia tanto internacional como regional ha establecido que la determinación de que hay responsabilidad del Estado por violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho humanitario debe dar lugar a que el Estado adopte medidas para reparar el daño que pudo haber causado y prevenir violaciones futuras. Estas medidas van desde el pago de indemnización a las víctimas y sus familias y oferta de garantías de que las violaciones no se repetirán, hasta la adopción de mecanismos legales para evitar futuros abusos. Si bien la obligación del Estado de pagar indemnización por una violación del derecho internacional humanitario no suscita controversias, el derecho de la víctima individual a reclamar dicha indemnización sobre la base del derecho internacional humanitario ha sido impugnado por varios tribunales nacionales. En *Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro*, la Corte Internacional de Justicia declaró que Serbia había violado sus obligaciones de prevenir y perseguir los actos de genocidio. La Corte decidió que Serbia tenía que adoptar medidas eficaces para garantizar el pleno cumplimiento de la obligación que le incumbía en virtud de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, [...] de remitir a las personas acusadas de genocidio o de cualquiera de los demás actos para que fueran enjuiciadas por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y cooperar plenamente con ese Tribunal¹⁰⁵. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se remiten a las normas consuetudinarias internacionales sobre la responsabilidad del Estado cuando ordenan el

¹⁰⁴ Véase *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 2001*, vol. II (Segunda parte), pág. 26.

¹⁰⁵ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007*, pág. 43.

pago de indemnización a las víctimas de violaciones de los derechos humanos¹⁰⁶.

Cabe señalar que, en virtud del derecho internacional, el hecho de que se declare a un individuo culpable de violaciones graves del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho humanitario no exime al Estado de su responsabilidad internacional¹⁰⁷ y viceversa.

B. RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL POR VIOLACIONES DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Muchas violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario pueden considerarse delitos en virtud del derecho interno. Cuando se cumplen ciertas condiciones, algunas de estas violaciones también pueden cumplir las condiciones para ser consideradas delitos con arreglo al derecho internacional, con las consecuencias legales adicionales que ello entraña para los Estados y los individuos. A diferencia de las violaciones “ordinarias” del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, los delitos internacionales pueden, en particular, ser perseguidos judicialmente a nivel no solo nacional sino también internacional. El genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, por ejemplo, pueden ser enjuiciados por un tribunal penal internacional.

¹⁰⁶ Por ejemplo, según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “[e]s un principio de Derecho Internacional que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente. Esa obligación de reparar se regula en todos los aspectos por el Derecho Internacional”. *Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia*, sentencia de 11 de mayo de 2007, Serie C, N° 163, párr. 226.

¹⁰⁷ Véase a este respecto el artículo 25.4 del Estatuto de Roma de la Corte Internacional de Justicia, que establece que “[n]ada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional”.

1. Violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario consideradas delitos internacionales con arreglo al derecho penal internacional

a) Definiciones de delito internacional

Algunas violaciones graves del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario han sido consideradas de tal gravedad por la comunidad internacional que su regulación ha sido sometida al derecho penal internacional¹⁰⁸, que establece responsabilidad penal individual por esos actos. La responsabilidad penal individual es fundamental para garantizar la rendición de cuentas por las violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho humanitario. Es muy conocida la observación del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg de que son los hombres, y no las entidades abstractas, quienes cometen los crímenes, y únicamente castigando a los individuos que cometen tales crímenes pueden hacerse cumplir las disposiciones del derecho internacional. Desde la década de 1990 la comunidad internacional ha intensificado los esfuerzos para crear mecanismos adecuados que permitan hacer comparecer ante la justicia a las personas que hayan cometido violaciones graves del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho humanitario.

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional ofrece la definición más completa y actualizada de los delitos internacionales de su competencia, que son principalmente las violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho humanitario¹⁰⁹:

- *Genocidio*: el artículo 6 establece que: “[a] los efectos del presente Estatuto, se entenderá por ‘genocidio’ cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o

¹⁰⁸ El derecho penal internacional es un conjunto de normas internacionales destinadas a prohibir determinadas categorías de conducta y a declarar penalmente responsables a las personas que incurran en dicha conducta. Antonio Cassese, *International Criminal Law*, 2° ed. (Oxford, Oxford University Press, 2008), pág. 3.

¹⁰⁹ Para los elementos de los crímenes contemplados en el Estatuto de Roma, véase el “Informe de la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional” (PCNICC/2000/1/Add.2).

religioso como tal: a) [m]atanza de miembros del grupo; b) [l]esión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) [s]ometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) [m]edidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo; e) [t]raslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo”.

- *Crímenes de guerra*: el artículo 8 establece que: “se entiende por ‘crímenes de guerra’: a) [i]nfraacciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949; b) [o]tras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales; y c) [e]n caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3 común [...] y [o]tras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos de esa índole. El Estatuto de Roma establece una lista de actos que están incluidos en esas categorías, como matar intencionalmente, someter a tortura o a tratos inhumanos, infligir deliberadamente grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud, someter a deportación, traslado o confinamiento ilegales; tomar rehenes; declarar que no se dará cuartel; utilizar a civiles como escudos.
- *Crímenes de lesa humanidad*: el artículo 7 establece que: “[a] los efectos del presente Estatuto, se entenderá por ‘crimen de lesa humanidad’ cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) [a]sesinato; b) [e]xterminio c) [e]sclavitud; d) [d]eportación o traslado forzoso de población; e) [e]ncarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) [t]ortura; g) [v]iolación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable; h) [p]ersecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género [...], u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o

con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) [d]esaparición forzada de personas; j) [e]l crimen de apartheid; k) [o]tros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física". Es importante señalar que, en virtud del derecho internacional consuetudinario, los crímenes de lesa humanidad no requieren una conexión con un conflicto armado¹¹⁰.

Con excepción de la Convención contra la Tortura¹¹¹, la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas¹¹² y los Protocolos facultativos de la Convención sobre los Derechos del Niño relativos a la participación de niños en los conflictos armados¹¹³ y a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía¹¹⁴, pocos tratados internacionales de derechos humanos contienen disposiciones relativas a la penalización y el procesamiento de las violaciones de los derechos humanos. Sin embargo, incluso si algunas violaciones de los derechos humanos no están contempladas en tratados específicos, sus autores pueden ser

¹¹⁰ *Prosecutor v. Duško Tadić*, párr. 141.

¹¹¹ El artículo 4 establece que "todo Estado Parte velará por que todos los actos de tortura, tentativa de cometer tortura y a todo acto de cualquier persona que constituya complicidad o participación en la tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal." Dispone asimismo que "[t]odo Estado Parte castigará esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad". El artículo 5 exige a todo Estado parte instituir su jurisdicción sobre dichos delitos cuando se cometan en cualquier territorio bajo su jurisdicción o a bordo de una aeronave o un buque matriculados en ese Estado.

¹¹² El artículo 4 establece que "[c]ada Estado Parte tomará las medidas necesarias para que la desaparición forzada sea tipificada como delito en su legislación penal". El artículo 9.2 indica además que "[c]ada Estado Parte tomará asimismo las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre los delitos de desaparición forzada en los casos en que el presunto autor se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción, salvo que dicho Estado lo extradite o lo entregue a otro Estado conforme a sus obligaciones internacionales, o lo transfiera a una jurisdicción penal internacional cuya competencia haya reconocido".

¹¹³ El artículo 4.2 establece que los "Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para impedir ese reclutamiento y utilización, con inclusión de la adopción de las medidas legales necesarias para prohibir y castigar esas prácticas".

¹¹⁴ Véanse los artículos 3 y 7.

llevados ante la justicia cuando dichas violaciones constituyen genocidio, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, en cuyo caso la Corte Penal Internacional puede ejercer su competencia, o bien, en el caso de determinadas violaciones graves del derecho internacional de los derechos humanos, pueden ser enjuiciados con arreglo al derecho interno, que a veces permite que la competencia se aplique extraterritorialmente.

b) Alcance de la responsabilidad penal individual

El Estatuto de Roma ofrece la codificación más reciente de la responsabilidad penal individual por delitos internacionales. El artículo 25.3, tras indicar que “[d]e conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte[...]”, establece una lista de conductas criminales, como cometer un delito, ordenarlo o instigar a su comisión.

Cuando un funcionario de derechos humanos tenga conocimiento de un acontecimiento en curso de esa índole, es particularmente importante que tenga en cuenta que, con arreglo al artículo 25.3 f) del Estatuto de Roma, “quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consuma no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo”. Esta disposición esencial puede facilitar la labor de los defensores de derechos humanos, pues pueden valerse de la amenaza de un posible procesamiento internacional para influir en los acontecimientos en curso.

Se exponen a continuación algunos de los principios más importantes de la responsabilidad penal individual:

- Toda persona tiene el deber de desobedecer una orden manifiestamente ilícita. Las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas;
- Las personas son penalmente responsables por los delitos internacionales que cometan;
- Los jefes y otros superiores son penalmente responsables por los delitos internacionales que se cometan por orden suya y por aquellos a los que se pueda aplicar el principio de responsabilidad del mando, lo que se examinará en la siguiente subsección;

- Las personas serán penalmente responsables y podrán ser consideradas responsables por un delito internacional si actúan con intención y conocimiento de los elementos materiales del delito.

Estos principios se aplican a los diferentes tipos de delito —que van desde las infracciones graves de los Convenios de Ginebra y las violaciones de las leyes o costumbres de la guerra y del artículo 3 común hasta los crímenes de lesa humanidad y de genocidio—, respecto de los cuales está establecida la responsabilidad penal individual de cualquier persona que los haya planeado, instigado, ordenado o cometido o haya sido cómplice o encubridor o colaborado de algún modo en su planificación, preparación o ejecución. Esta norma ha sido confirmada por los Estatutos del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y del Tribunal Penal Internacional para Rwanda y, posteriormente, por el Estatuto de Roma.

Otra cuestión que se ha planteado con respecto a la responsabilidad penal de las personas por violaciones graves del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho humanitario es si para establecerla es necesario que estén afiliadas a una entidad estatal. La responsabilidad penal individual con respecto a las violaciones graves del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho humanitario que constituyan delitos internacionales puede determinarse sobre la base del derecho penal internacional. Por ejemplo, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio establece que “[l]as personas que hayan cometido genocidio o cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III, serán castigadas, ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares” (art. IV). Este planteamiento ha sido confirmado por los Estatutos de los Tribunales penales internacionales mencionados, así como por el Estatuto de Roma.

La Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia consideró que los redactores de la Convención sobre el genocidio no habían considerado que la existencia de una organización o un sistema que persiguiera un objetivo genocida fuese un elemento constitutivo del delito, por lo que no habían descartado la posibilidad de que una sola persona tratara de destruir un grupo como tal. Ahora bien, como señaló la Sala, “es muy difícil en la práctica probar la

intención genocida de una persona si los delitos no se cometen de forma generalizada y si el delito imputado no está respaldado por una organización o un sistema"¹¹⁵.

Incluso en el caso de genocidio, esta afiliación a una organización no se refiere únicamente a los actores estatales, sino también a los actores no estatales que participen en un conflicto armado. Asimismo, los crímenes de lesa humanidad pueden ser cometidos por personas pertenecientes a grupos armados no estatales. En cuanto a los crímenes de guerra, en la medida en que las entidades no estatales tienen obligaciones importantes derivadas del derecho internacional humanitario, sus violaciones caen dentro del mismo marco jurídico aplicable a los Estados. Por ejemplo, el Consejo de Seguridad, en su resolución 1214 (1998), recordó a todas las partes en el contexto del conflicto armado interno afgano que "las personas que cometan u ordenen graves infracciones de los Convenios [de Ginebra] son responsables de tales infracciones a título individual", lo que demuestra que el derecho internacional humanitario moderno aplica las mismas normas a los actores estatales y a los no estatales.

c) Responsabilidad del mando

Si bien el principio general para la imposición de responsabilidad penal individual por violaciones del derecho internacional humanitario requiere una participación directa, el derecho penal internacional reconoce la importancia de que los dirigentes y mandos garanticen que las personas bajo su mando no participen en ningún tipo de conducta criminal que dé lugar a violaciones graves del derecho internacional de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario. En este sentido, el artículo 86.2 del Protocolo I indica que el hecho de que la infracción de las obligaciones que imponen los Convenios haya sido cometida por un subordinado no exime a los superiores de su propia responsabilidad por la supervisión y el control. Sin embargo, para que la responsabilidad del mando sea aplicable, es necesario que el superior sepa o tenga razones para saber que se están cometiendo violaciones o están a punto de cometerse. En ese caso, el superior tiene la obligación de adoptar todas

¹¹⁵ *Prosecutor v. Goran Jelisić*, causa N° IT-95-10-T, fallo de 14 de diciembre de 1999, párrs. 100 y 101.

las medidas necesarias para impedir dichas violaciones o castigar a los autores si se producen.

La Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia analizó los diferentes componentes de la noción de responsabilidad del mando. Recordó que las facultades *de jure* de los mandos crean una presunción de control efectivo. También examinó el alcance de la expresión “tenía razones para saber” e indicó que la responsabilidad del mando estaría comprometida si no actuase a pesar de disponer de información suficientemente alarmante sobre posibles violaciones. La Sala de Apelaciones observó que si bien el hecho de que un superior supiera que sus subordinados habían cometido delitos anteriormente y no los castigara no era suficiente, en sí mismo, para concluir que el superior sabía que el mismo grupo de subordinados cometería delitos similares en el futuro, dicho hecho, sin embargo, podría constituir una información suficientemente alarmante para justificar una investigación ulterior. Así pues, la Sala interpretó la expresión “tenía razones para saber” en el sentido de que exigía una determinación sobre si el superior disponía de información suficientemente alarmante para alertarlo del riesgo de que sus subordinados pudieran cometer un delito¹¹⁶.

En otro caso, la Sala de Primera Instancia del Tribunal estableció claramente que la determinación de un vínculo de causalidad entre la inacción del comandante y los delitos de sus subordinados no era necesaria para llegar a la conclusión de que el superior era responsable. Recordó que si se requiriera un vínculo de causalidad esto cambiaría la base de la responsabilidad del mando por no haber prevenido o castigado el acto, en la medida en que prácticamente se requeriría la participación del comandante en el delito que cometieran sus subordinados¹¹⁷.

En cuanto al “deber de impedir” que incumbe a un superior, establecido en el artículo 87.2 del Protocolo I, la Sala de Apelaciones indicó que la obligación de los mandos en general de tomar las medidas necesarias

¹¹⁶ *Prosecutor v. Hadžihasanović & Kubura*, causa N° IT-01-47-A, fallo de 22 de abril de 2008, en particular el párrafo 30.

¹¹⁷ *Prosecutor v. Sefer Halilović*, causa N° IT-01-48-T, fallo de 16 de noviembre de 2005, párr. 78.

y razonables estaba bien establecida en el derecho internacional consuetudinario y se derivaba de la función de autoridad de dichos mandos. La Sala declaró que por “medidas necesarias” se entendían las medidas adecuadas para que el superior cumpliera su obligación (que demostraban que realmente había tratado de impedir o castigar el acto), y por “medidas razonables” las que quedaban razonablemente comprendidas en el ámbito de las facultades materiales del superior. Así pues, lo que hay que determinar es si el superior no tomó las medidas necesarias y razonables para impedir el acto delictivo o castigar a su autor¹¹⁸.

2. Obligaciones de los Estados en relación con los delitos internacionales

Cuando las violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho humanitario constituyen delitos internacionales, los Estados tienen diversas obligaciones y responsabilidades legales que dimanar del derecho penal internacional. Los Estados tienen el deber de investigar las violaciones y, si hay pruebas suficientes, el deber de procesar a las personas presuntamente responsables y castigar con arreglo a la ley a las declaradas culpables, excluir la posibilidad de una amnistía para los autores de determinados delitos, y ofrecer medidas correctivas y de reparación a las víctimas o a sus familias. Su obligación de extender fuera de su territorio la jurisdicción para el procesamiento de esos delitos se examinará en la siguiente subsección. La obligación de exigir la rendición de cuentas entraña la responsabilidad de los Estados, con arreglo al derecho internacional, de cooperar entre sí y prestar asistencia a los órganos judiciales internacionales competentes en su labor de investigación y procesamiento de estas violaciones.

La obligación de exigir la rendición de cuentas es mencionada explícitamente en algunos instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho humanitario y se ha visto reforzada por las interpretaciones de la ley. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y

¹¹⁸ *Prosecutor v. Sefer Halilović*, causa N° IT-01-48-A, fallo de 16 de octubre de 2007, párrs. 63 y 64.

Políticos¹¹⁹, la Convención contra la Tortura, la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas y los Protocolos facultativos de la Convención sobre los Derechos del Niño relativos a la participación de niños en los conflictos armados y a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía imponen a todos los Estados partes una obligación general de garantizar medidas de reparación efectivas por las violaciones de los derechos y libertades contenidos en estos tratados, entre las que se incluye el deber de investigar y castigar a los responsables.

El Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad se refiere a la obligación de los Estados de emprender “investigaciones rápidas, minuciosas, independientes e imparciales de las violaciones de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario” y adoptar “las medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia penal, para que sean procesados, juzgados y condenados debidamente”¹²⁰.

Además, las resoluciones aprobadas por la Asamblea General y la Comisión de Derechos Humanos, los informes de los procedimientos especiales de las Naciones Unidas y la jurisprudencia de sus órganos de tratados de derechos humanos han afirmado reiteradamente que

¹¹⁹ Por ejemplo, el artículo 2.3 establece que “[c]ada Estado Parte en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) [t]oda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; b) [l]a autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial; c) [l]as autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

¹²⁰ E/CN.4/2005/102/Add.1, principio 19. Los principios establecen que el término “delitos graves conforme al derecho internacional” comprende graves violaciones de los Convenios de Ginebra y otras violaciones del derecho internacional humanitario que constituyen delitos conforme al derecho internacional: el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y otras violaciones de los derechos humanos internacionalmente protegidos que son delitos conforme al derecho internacional y/o respecto de los cuales el derecho internacional exige a los Estados que impongan penas por delitos, tales como la tortura, las desapariciones forzadas, la ejecución extrajudicial y la esclavitud”.

los Estados tienen el deber de investigar las violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho humanitario y de procesar a sus autores.

En el derecho internacional humanitario se hace una distinción entre los conflictos armados internacionales y los no internacionales. Por lo que se refiere a los conflictos armados internacionales, todos los Estados tienen la responsabilidad de adoptar medidas en relación con las infracciones graves y otras infracciones de los Convenios de Ginebra y del Protocolo I. En virtud de los Convenios de Ginebra, los Estados contraen la obligación de respetar y hacer respetar los Convenios en toda circunstancia. En concreto, los Estados se comprometen a promulgar leyes para establecer sanciones penales efectivas para los autores de infracciones graves del derecho internacional humanitario.

En cambio, ni el artículo 3 común ni el Protocolo II contienen disposiciones específicas para el procesamiento de los autores de violaciones o infracciones graves de sus normas. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y del Tribunal Penal Internacional para Rwanda ha establecido que en conflictos armados no internacionales también pueden cometerse crímenes de guerra¹²¹. Por otra parte, teniendo en cuenta el carácter complementario de la competencia de la Corte Penal Internacional, la inclusión en su Estatuto de Roma de los crímenes de guerra cometidos en conflictos armados no internacionales significa que también los Estados tienen la obligación de investigar las violaciones graves del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, así como otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional y someter a la justicia a sus autores¹²².

En su examen de la obligación de prevenir y castigar el genocidio, la Corte Internacional de Justicia determinó que, en general, “una de las maneras más eficaces de prevenir los actos delictivos es establecer sanciones penales para su comisión e imponer efectivamente esas sanciones a quienes los cometan”. Además, la Corte recordó que, en virtud de la

¹²¹ Véase, en particular, *Prosecutor v. Duško Tadić*, párrs. 86 a 136.

¹²² Estatuto de Roma, art. 8.2 c) y e).

Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, los Estados partes tienen la obligación de detener a las personas acusadas de genocidio que se encuentren en su territorio —incluso si el delito que se les imputa fue cometido fuera de él— y, en caso de no ser procesadas en los propios tribunales de las partes, entregarlas para que sean juzgadas por el tribunal internacional competente¹²³.

Además, los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas del derecho internacional de los derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones establecen que “[e]n los casos de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario que constituyen crímenes en virtud del derecho internacional, los Estados tienen la obligación de investigar y, si hay pruebas suficientes, enjuiciar a las personas presuntamente responsables de las violaciones y, si se las declara culpables, la obligación de castigarlas” (párr. 4).

3. Jurisdicción nacional y jurisdicción internacional

Si bien los tribunales nacionales tienen competencia sobre las violaciones que se hayan cometido en el territorio de su propio Estado, el territorio por sí solo no basta para definir los límites de la jurisdicción. Se ha reconocido ampliamente que las obligaciones legales derivadas del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario tienen validez no solo en el territorio de un Estado sino también en cualquier lugar en que el Estado ejerza jurisdicción o control sobre las personas. Por otra parte, en virtud del principio de jurisdicción universal, un Estado puede —y, para las infracciones graves de los Convenios de Ginebra, debe— procesar a los presuntos autores de determinados delitos, sea cual fuere el lugar de comisión del delito y la nacionalidad del autor o de la víctima. Por ejemplo, el Cuarto Convenio de Ginebra relativo a la protección de los civiles, establece la jurisdicción universal sobre las infracciones graves, disponiendo que cada una de las Partes en el Convenio “tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de

¹²³ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, párrs. 426 y 443.

haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves [del Convenio], y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las condiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ella cargos suficientes” (art. 146). Este principio de la jurisdicción universal constituye una excepción a las reglas ordinarias de la jurisdicción penal que exigen un vínculo territorial o personal con el delito, el autor o la víctima. El fundamento de este principio es que algunos delitos son tan perjudiciales para los intereses internacionales que los Estados tienen el derecho —e incluso la obligación— de iniciar un proceso contra el autor, independientemente del lugar en que se hayan cometido y de la nacionalidad del autor o de la víctima¹²⁴.

A veces, el alcance de las obligaciones de rendición de cuentas de un Estado tendrá que determinarse en el marco de la competencia jurisdiccional de un tribunal o corte internacional. La competencia de la Corte Penal Internacional, por ejemplo, se aplica a los delitos definidos en el Estatuto de Roma y cometidos en el territorio de un Estado parte en el Estatuto o por sus nacionales, o cuando así lo decida el Consejo de Seguridad¹²⁵. Sin embargo, teniendo en cuenta el principio de complementariedad consagrado en el Estatuto de Roma, la Corte puede ejercer su competencia jurisdiccional únicamente cuando el Estado competente no está dispuesto o en condiciones de procesar. En consecuencia, los Estados conservan la responsabilidad principal de enjuiciar a los presuntos autores y solo en algunos casos puede transferirse el procesamiento a la Corte Penal Internacional.

¹²⁴ Mary Robinson, “Preface”, en *Universal Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of Serious Crimes under International Law*, Stephen Macedo, ed. (Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 2004).

¹²⁵ Estatuto de Roma, art. 5.

4. Las amnistías¹²⁶

Las oportunidades para exigir rendición de cuentas y hacer justicia se presentan con mayor frecuencia al final de un conflicto armado. La amnistía para las violaciones cometidas durante el conflicto puede convertirse en una condición esencial para la obtención de una cesación del fuego o el inicio de un proceso de paz, y plantea preguntas difíciles en cuanto a la medida en que la concesión de la amnistía es compatible con las exigencias del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho humanitario relativas a la rendición de cuentas y los derechos de las víctimas.

En general se considera que toda ley de amnistía que impida el procesamiento de los crímenes de guerra, el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y las violaciones graves de los derechos humanos, como las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, la tortura y las desapariciones forzadas, es incompatible con las obligaciones de los Estados en materia de rendición de cuentas. El principio 24 del Conjunto de principios actualizado para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad establece que “[i]ncluso cuando tenga por finalidad crear condiciones propicias para alcanzar un acuerdo de paz o favorecer la reconciliación nacional, la amnistía y demás medidas de clemencia se aplicarán dentro de los siguientes límites: a) [l]os autores de delitos graves conforme al derecho internacional no podrán beneficiarse de esas medidas mientras el Estado no cumpla las obligaciones enumeradas en el principio 19 o los autores hayan sido sometidos a juicio ante un tribunal competente [...] fuera del Estado de que se trata”.

En su informe sobre el establecimiento de un tribunal especial para Sierra Leona, el Secretario General declaró que “[a]unque reconocen que la amnistía es un concepto jurídico aceptado y una muestra de paz y reconciliación al final de una guerra civil o de un conflicto armado interno, las Naciones Unidas mantienen sistemáticamente la posición de que la amnistía no puede concederse respecto de crímenes internacionales

¹²⁶ Para mayor información, véase *Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Amnistías* (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta E.09.XIV.1). Puede consultarse en www.ohchr.org.

como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad o las infracciones graves del derecho internacional humanitario”¹²⁷. Más recientemente, la versión revisada y actualizada de 2006 de las Directrices para los representantes de las Naciones Unidas relativas a aspectos determinados de las negociaciones para la resolución de conflictos establecen que las Naciones Unidas no pueden tolerar las amnistías relativas a crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, genocidio o violaciones graves de los derechos humanos, o promover las que infringen las obligaciones contraídas en esta esfera por las partes en tratados pertinentes.

5. Rendición de cuentas del personal de las Naciones Unidas

La rendición de cuentas exigida al personal de las Naciones Unidas por sus violaciones del derecho internacional de los derechos humanos o del derecho humanitario podría tratarse de la misma forma que la exigida a cualquier otra persona que las haya cometido, mediante el procesamiento, cuando proceda, en los tribunales nacionales de los Estados correspondientes. Ahora bien, aunque este personal por lo general se beneficia de ciertas inmunidades en el territorio donde está desplegado, de todos modos, y de conformidad con los principios de rendición de cuentas del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario y con arreglo a la Carta de las Naciones Unidas, la Organización lleva a cabo investigaciones internas de las denuncias de violaciones y presenta informes sobre los resultados¹²⁸. Además, los Estados de origen de estas personas tienen competencia jurisdiccional y, cuando actúan a través de las Naciones Unidas, en particular por conducto del Consejo de Seguridad, deben adoptar medidas para prevenir las violaciones y garantizar la rendición de cuentas de sus propios nacionales, de conformidad con las exigencias del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

¹²⁷ S/2000/915, párr. 22.

¹²⁸ Véase: Naciones Unidas, “Security Council condemns ‘in the strongest terms’ all acts of sexual abuse, exploitation by UN peacekeeping personnel: In Presidential Statement, Council recognizes shared responsibility of Secretary-General, all Member States to prevent abuse, enforce United Nations standards”, comunicado de prensa SC/8400, 31 de mayo de 2005.

C. DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS CON RESPECTO A LOS DELITOS INTERNACIONALES

De conformidad con los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, se entiende por víctimas “las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario. Cuando corresponda, y en conformidad con el derecho interno, el término “víctima” también comprenderá a la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización” (párr. 8).

Los Principios y directrices básicos establecen con claridad que entre los derechos de las víctimas contemplados en el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario se incluye el de exigir a los Estados que cumplan su obligación de impedir que se cometan violaciones e investigarlas cuando ello ocurra. Los Principios y directrices básicos establecen, además, que “[l]a obligación de respetar, asegurar que se respeten y aplicar las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario según lo previsto en los respectivos ordenamientos jurídicos comprende, entre otros, el deber de: a) [a]doptar disposiciones legislativas y administrativas y otras medidas apropiadas para impedir las violaciones; b) [i]nvestigar las violaciones de forma eficaz, rápida, completa e imparcial y, en su caso, adoptar medidas contra los presuntos responsables de conformidad con el derecho interno e internacional; c) [d]ar a quienes afirman ser víctimas de una violación de sus derechos humanos o del derecho humanitario un acceso equitativo y efectivo a la justicia, [...] con independencia de quién resulte ser en definitiva el responsable de la violación; y d) [p]roporcionar a las víctimas recursos eficaces, incluso reparación [...]” (párr. 3).

En particular:

- Las víctimas deben ser tratadas con humanidad y respeto de su dignidad y sus derechos humanos, y han de adoptarse las medidas apropiadas para garantizar su seguridad, su bienestar físico y psicológico y su intimidad, así como los de sus familias.
- Las víctimas deberán tener acceso a vías de recurso judiciales, entre las que figuran: a) el acceso igual y efectivo a la justicia; b) la reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido; y c) el acceso a información pertinente sobre las violaciones y los mecanismos de reparación.
- Además, la víctima de una violación manifiesta del derecho internacional de los derechos humanos o de una infracción grave del derecho internacional humanitario tendrá un acceso en condiciones de igualdad a medidas efectivas de reparación judicial, conforme a lo previsto en el derecho internacional, así como acceso a órganos administrativos y de otra índole.
- Las víctimas deberán también poder obtener reparación, que debe ser proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido. La reparación efectiva puede tomar las formas siguientes: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición. La restitución comprende, según corresponda, el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus bienes.
- Por último, las víctimas deberán tener acceso a información pertinente sobre las violaciones y los mecanismos de reparación.

Como se mencionó en la sección B, el derecho de las víctimas de violaciones a obtener reparación también está contemplado en diversas disposiciones y tratados internacionales de derechos humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 2), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación

Racial (art. 6), la Convención contra la Tortura (art. 14), y la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 39).

La Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder¹²⁹, que se centra en los delitos tipificados en la legislación nacional, así como en los abusos de poder, entre los que se incluyen las violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho humanitario, de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (art. 7), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 25), así como de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, también reconoce los derechos de las víctimas. Por último, el Estatuto de Roma establece la facultad de la Corte Penal Internacional para “determinar en su decisión el alcance y la magnitud de los daños, pérdidas o perjuicios causados a las víctimas o a sus causahabientes” y para “dictar directamente una decisión contra el condenado en la que indique la reparación adecuada que ha de otorgarse a las víctimas, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación” (art. 75).

La Corte Internacional de Justicia también ha determinado que ciertas violaciones cometidas en el contexto de conflictos armados dan lugar a derechos de las víctimas a obtener reparación. Por ejemplo, la Corte indicó que “habida cuenta de que la construcción del muro en el territorio palestino ocupado ha entrañado, entre otras cosas, la requisita y la destrucción de hogares, empresas y establecimientos agrícolas, considera asimismo que Israel tiene la obligación de reparar los daños causados a todas las personas físicas o jurídicas afectadas”. La Corte concluyó que, “consiguientemente, Israel tiene la obligación de devolver las tierras, huertos, olivares y demás bienes inmuebles de los que haya despojado a cualesquiera personas físicas o jurídicas a los efectos de la construcción del muro en el territorio palestino ocupado. En caso de que tal restitución resulte ser materialmente imposible, Israel tiene la obligación de indemnizar a las personas en cuestión por los daños sufridos”. La Corte consideró que “Israel también tiene la obligación de indemnizar, de conformidad con las reglas aplicables del derecho internacional, a

¹²⁹ Resolución 40/34 de la Asamblea General.

todas las personas físicas o jurídicas que hayan sufrido cualquier forma de daños materiales como consecuencia de la construcción del muro”¹³⁰.

D. OTRAS FORMAS DE JUSTICIA

En los últimos años han surgido nuevos mecanismos para garantizar la rendición de cuentas y el derecho de las víctimas a conocer la verdad y obtener reparación, en particular en situaciones posteriores a los conflictos. Los mecanismos de justicia de transición, por ejemplo, se han desarrollado a nivel nacional como medio para facilitar la cesación de las hostilidades, preservando al mismo tiempo la obligación del Estado de garantizar la rendición de cuentas y el derecho de las víctimas a la verdad y la reparación. Los países que salen de una guerra civil o un régimen autoritario suelen crear comisiones de la verdad durante el período de transición inmediatamente posterior a un conflicto. Estas comisiones disponen de un período relativamente corto para llevar a cabo investigaciones y audiencias públicas y posteriormente completan su trabajo con un informe público final. Las comisiones de la verdad no pueden eliminar la necesidad de los procesos judiciales, pero ofrecen alguna forma de rendición de cuentas que permite hacer frente a las situaciones en que los procesos judiciales por crímenes masivos son imposibles o poco probables¹³¹.

Es importante señalar que para que un proceso de verdad y reconciliación tenga éxito, es necesario que haya cesado el conflicto violento, la guerra o la represión. Es posible que la situación de seguridad *de facto* no haya mejorado aún totalmente, y las comisiones de la verdad suelen trabajar en un contexto en que las víctimas y los testigos temen hablar en público o que alguien los vea cooperando con la comisión. Pero si sigue librándose activamente una guerra o un conflicto violento en todo el país, es poco probable que haya margen suficiente para llevar a cabo una investigación seria.

¹³⁰ *Legal Consequences of the Construction of a Wall*, párrs. 152 y 153.

¹³¹ Para un análisis detallado de los mecanismos de verdad y reconciliación, véase *Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Comisiones de la Verdad* (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta S.06. XIV.5).

Para garantizar la rendición de cuentas y la reparación a las víctimas se han utilizado otros mecanismos como las comisiones internacionales de indemnización. Por ejemplo, la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas fue creada en 1991 como órgano subsidiario del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Su mandato consistía en tramitar reclamaciones y pagar indemnización por las pérdidas y daños sufridos como consecuencia directa de la invasión y ocupación ilegales de Kuwait por parte del Iraq. Esta forma alternativa de justicia proporciona un mecanismo adicional para que los Estados que han patrocinado o llevado a cabo violaciones graves del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho humanitario respondan por sus actos y, además, permite a las víctimas obtener reparación.

Por último, otro mecanismo que ha contribuido a que los Estados cumplan su deber de investigar las violaciones de los derechos humanos es la creación de comisiones oficiales de investigación con un mandato de derechos humanos. Estas comisiones tienen nombres, composición, mandato, plazos y facultades muy variados. Si bien, por definición, estas comisiones de investigación se establecen por iniciativa de las autoridades gubernamentales, muy a menudo son el resultado de exigencias concertadas de la sociedad civil y, a veces, también de la comunidad internacional. A menudo las comisiones nacionales de investigación se crean para investigar violaciones cometidas contra víctimas concretas, para lo cual reciben el mandato de investigar los presuntos abusos, hacer una relación detallada de un incidente en particular o de una serie de abusos o recomendar el procesamiento de determinadas personas. También es posible que un Estado, en un esfuerzo por prevenir violaciones futuras o fortalecer el sistema de justicia penal, dé a una comisión un mandato más amplio de informar sobre las causas de la violación y proponer recomendaciones para una reforma institucional¹³².

¹³² Véase el "Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias y arbitrarias, Philip Alston" (A/HRC/8/3, párrs. 12 y ss.).

M

- **APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO POR PARTE DE LAS NACIONES UNIDAS**

El mantenimiento de la paz y la prevención de los conflictos armados son preocupaciones fundamentales de las Naciones Unidas. Según se establece en el artículo 1.3 de la Carta de las Naciones Unidas, uno de los propósitos fundamentales de la Organización es el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción. En este sentido, las Naciones Unidas tienen una larga historia de recurso al derecho internacional de los derechos humanos y al derecho internacional humanitario para proteger a las personas en tiempos de conflicto armado. La Organización tiene en cuenta que la aprobación de importantes instrumentos internacionales de derechos humanos, como la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados internacionales de derechos humanos, ha contribuido a consolidar la idea de que toda persona tiene derecho a disfrutar de los derechos humanos, tanto en tiempo de paz como de guerra.

En las dos últimas décadas, los Estados Miembros de las Naciones Unidas han pedido cada vez más frecuentemente a la Secretaría de Organización y a los organismos especializados que utilicen ambos conjuntos normativos como base para la preparación de sus objetivos y actividades, gracias a lo cual los conocimientos especializados, la metodología y la práctica en el terreno se han desarrollado de manera considerable. El derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario se aplican en el contexto de las resoluciones de la Asamblea General, el Consejo de Seguridad y el Consejo de Derechos Humanos. También se utilizan en el contexto de las actividades de vigilancia, investigación, análisis y presentación de informes de los organismos especializados y la Secretaría de las Naciones Unidas, incluidas las del Secretario General y las del ACNUDH. Ambos conjuntos normativos se han aplicado, en particular, en el contexto de la labor del Consejo de Seguridad sobre la protección de determinadas categorías de personas, como los civiles, las mujeres, los niños y los desplazados internos.

Este capítulo proporciona ejemplos de la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho humanitario por las Naciones Unidas en estos contextos diversos.

A. LA ASAMBLEA GENERAL

La Asamblea General, como principal órgano normativo de las Naciones Unidas, ha participado activamente, desde la creación de la Organización, en la elaboración de normas de derechos humanos, como la Declaración Universal de Derechos Humanos. La Asamblea General ha adoptado un conjunto de principios de derechos humanos y de normas sobre los derechos de los grupos especialmente protegidos. La Asamblea General también ha elaborado normas sobre la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad¹³³.

El respeto de los derechos humanos en los conflictos armados suscitaba inquietudes ya en 1968, planteadas por ejemplo en la Proclamación de Teherán, en que los Estados Miembros, declararon que “[l]a denegación general de los derechos humanos que acarrear los actos de agresión produce indecibles sufrimientos humanos y provoca reacciones que podrían sumir al mundo en conflictos cada vez mayores” (párr. 10)¹³⁴.

La Conferencia de Teherán, en su resolución XXIII, pidió al Secretario General de las Naciones Unidas que, previa consulta con el CICR, señalara a la atención de todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas las normas existentes del derecho internacional humanitario, y los exhortara, a la espera de la aprobación de nuevas normas, a que velaran por que los civiles y los combatientes estuvieran protegidos. La Asamblea General, en su resolución 2444 (XXIII), tomó nota de esto y, además, pidió al Secretario General que preparara un estudio sobre la cuestión del respeto de los derechos humanos en los conflictos armados. Posteriormente, el Secretario General presentó a la Asamblea General varios informes al respecto¹³⁵.

¹³³ Resolución 3074 (XXVIII).

¹³⁴ Cabe señalar que la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena de 1993 recomendó que “las Naciones Unidas asuman un papel más activo en la promoción y protección de los derechos humanos para asegurar el pleno respeto del derecho humanitario internacional en todas las situaciones de conflicto armado” (A/CONF.157/23, párr. 96).

¹³⁵ A/7720 y A/8052.

En la década de 1970, la Asamblea General aprobó varias resoluciones¹³⁶ en las que reafirmó la necesidad de garantizar la plena observancia de los derechos humanos en los conflictos armados. En particular, la Asamblea General afirmó, en su resolución 2675 (XXV), que “[l]os derechos humanos fundamentales aceptados en el derecho internacional y enunciados en los instrumentos internacionales seguirán siendo plenamente válidos en casos de conflictos armados”. También hizo hincapié en que las viviendas, refugios, zonas de hospitales y otras instalaciones utilizadas por los civiles no debían ser objeto de operaciones militares y que los civiles no debían ser víctimas de represalias, traslados forzosos u otros ataques contra su integridad. La Asamblea General también declaró que la prestación de socorro internacional a la población civil se ajustaba a la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales de derechos humanos.

En los últimos años la Asamblea General ha participado activamente en el desarrollo progresivo de los derechos humanos en todos los contextos, en particular mediante la aprobación de los Objetivos de Desarrollo del Milenio. En su Declaración del Milenio, los Jefes de Estado y de Gobierno decidieron “[v]elar por que los Estados partes apliquen los tratados de [...] derecho internacional humanitario y [...] derechos humanos, y pedir a todos los Estados que consideren la posibilidad de suscribir y ratificar el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional” (párr. 9)¹³⁷.

En la Cumbre Mundial 2005, los Jefes de Estado y de Gobierno reiteraron su compromiso con la protección de los derechos humanos, que entraña la responsabilidad de cada Estado de proteger a sus poblaciones del genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad. Esa responsabilidad conlleva la prevención de dichos delitos, incluida la incitación a su comisión. Los Jefes de Estado y de Gobierno declararon que “[l]a comunidad internacional debe, según proceda, alentar y ayudar a los Estados a ejercer esa responsabilidad y ayudar a las Naciones Unidas a establecer una capacidad de alerta temprana”. Además, destacaron la necesidad de que la Asamblea General siguiera examinando la

¹³⁶ Véanse las resoluciones 2597 (XXIV), 2675 (XXV), 2676 (XXV), 2852 (XXVI), 2853 (XXVI), 3032 (XXVIII), 3102 (XXVIII), 3319 (XXIX), 3500 (XXX), 31/19 y 32/44.

¹³⁷ Resolución 55/2 de la Asamblea General.

responsabilidad de proteger a las poblaciones del genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, así como sus consecuencias, teniendo en cuenta los principios de la Carta y el derecho internacional. Asimismo, reafirmaron su compromiso de ayudar a los Estados a crear capacidad para proteger a su población del genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, y prestar asistencia a los que se encuentren en situaciones de tensión antes de que estallen las crisis y los conflictos¹³⁸.

Si bien la Asamblea General como órgano no aplica medidas de protección ni impone directamente su cumplimiento, su creación de normas, principios y directrices es fundamental para la protección efectiva de los derechos de la persona. Por otra parte, sus resoluciones suelen representar la *opinio iuris* de los Estados sobre una cuestión determinada, que con el tiempo puede consolidarse a través de la práctica de los Estados como norma de derecho consuetudinario vinculante para todos los Estados. Por ejemplo, hay un amplio consenso en el sentido de que muchos de los derechos contenidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos se han cristalizado con el tiempo en normas de derecho internacional consuetudinario. De ahí la gran importancia de la participación permanente de la Asamblea General en el desarrollo de normas y principios internacionales de derechos humanos.

B. EL CONSEJO DE SEGURIDAD

En el Documento Final de la Cumbre Mundial 2005, los Estados Miembros reconocieron claramente que “[l]a comunidad internacional, por medio de las Naciones Unidas, tiene también la responsabilidad de utilizar los medios diplomáticos, humanitarios y otros medios pacíficos apropiados, de conformidad con los Capítulos VI y VIII de la Carta, para ayudar a proteger a las poblaciones del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad. En este contexto, [están] dispuestos a adoptar medidas colectivas, de manera oportuna y decisiva, por medio del Consejo de Seguridad, de conformidad con la Carta, incluido su Capítulo VII, en cada caso concreto y en colaboración

¹³⁸ Resolución 60/1 de la Asamblea General, párrs. 138 y 139.

con las organizaciones regionales pertinentes cuando proceda, si los medios pacíficos resultan inadecuados y es evidente que las autoridades nacionales no protegen a su población del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad" (párr. 139).

De hecho, el Consejo de Seguridad tiene una práctica de larga data de aprobar resoluciones en respuesta a situaciones concretas de países determinados en que se ponen en peligro la paz y la seguridad internacionales y, frecuentemente, allí donde se ha iniciado o es inminente un conflicto armado. En repetidas ocasiones ha solicitado a las partes en un conflicto armado que respeten los derechos humanos y las obligaciones derivadas del derecho humanitario. Ya en 1967, consideró que "los derechos humanos esenciales e inalienables deben respetarse incluso durante las vicisitudes de la guerra"¹³⁹.

Desde la década de 1990 el Consejo de Seguridad ha venido desarrollando además su práctica de incluir consideraciones de derechos humanos en sus resoluciones sobre situaciones de conflicto armado. Con respecto a Sierra Leona, por ejemplo, exigió que "todas las facciones y fuerzas [...] respeten los derechos humanos y acaten las normas aplicables del derecho internacional humanitario"¹⁴⁰. En relación con la República Democrática del Congo, reafirmó que "todas las partes congoleñas están obligadas a respetar los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y la seguridad y el bienestar de la población civil"¹⁴¹. De manera análoga, instó a que "se respeten plenamente los derechos humanos y el derecho internacional humanitario en todo el Afganistán"¹⁴².

El Consejo de Seguridad también ha condenado en varias ocasiones las violaciones de los derechos humanos y del derecho humanitario en los conflictos armados y ha instado a la rendición de cuentas¹⁴³. Por ejemplo,

¹³⁹ Resolución 237 (1967).

¹⁴⁰ Resolución 1181 (1998).

¹⁴¹ Resolución 1493 (2003).

¹⁴² Resolución 1746 (2007).

¹⁴³ Cabe señalar que, desde el decenio de 1990, el Consejo de Seguridad ha considerado que los derechos humanos y las obligaciones del derecho humanitario deben respetarse en los conflictos armados. Por ejemplo, en su resolución 1019 (1995) sobre

condenó “todas y cualesquiera violaciones de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, exhortó a todas las partes en Somalia a que respeten plenamente sus obligaciones a este respecto y pidió que se lleve ante la justicia a los responsables de dichas violaciones en Somalia”¹⁴⁴. Asimismo, instó al Sudán a que pusiera “término al clima de impunidad que reina en Darfur, identificando y poniendo a disposición de la justicia a todos los responsables [...] de los abusos generalizados de los derechos humanos y las transgresiones del derecho internacional humanitario”¹⁴⁵.

El Consejo de Seguridad ha desarrollado la práctica de aprobar resoluciones periódicas y temáticas relativas a la protección de determinadas categorías de personas, como los civiles, los niños y las mujeres, durante los conflictos armados. Por ejemplo, en su resolución 1265 (1999), instó a las partes a que cumplieran estrictamente las obligaciones que les incumbían en virtud del derecho internacional humanitario, y el relativo a los derechos humanos y los refugiados. Más recientemente, en su resolución 1894 (2009), exigió que “las partes en los conflictos armados cumplan estrictamente las obligaciones que les incumben en virtud del derecho internacional humanitario, las normas de derechos humanos y el derecho de los refugiados”. El Consejo de Seguridad ha utilizado un lenguaje similar en sus *aide-mémoires*¹⁴⁶. En todos estos instrumentos, el Consejo de Seguridad exige cada vez más a las Naciones Unidas que adopten medidas para aplicar y proteger el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

Además, en su resolución 1612 (2005), el Consejo de Seguridad pidió al Secretario General que pusiera en marcha un mecanismo de supervisión y presentación de informes en relación con los niños y los conflictos

las violaciones cometidas en la ex Yugoslavia, “conden[ó] enérgicamente todas las violaciones del derecho internacional humanitario en el territorio de la ex Yugoslavia y exigi[ó] que todos los interesados cumpl[ieran] cabalmente con sus obligaciones a es[e] respecto”. Véase también su resolución 1034 (1995).

¹⁴⁴ Resolución 1814 (2008).

¹⁴⁵ Resolución 1564 (2004).

¹⁴⁶ Véase, por ejemplo, el *aide-mémoire* que figura como anexo de la Declaración de la Presidencia del Consejo de Seguridad (S/PRST/2002/6, actualizada en 2003).

armados y estableció un grupo de trabajo para examinar los informes del mecanismo. El mecanismo vigila en particular seis infracciones graves, a saber: a) el asesinato o la mutilación de niños; b) el reclutamiento y la utilización de niños soldados; c) los ataques contra escuelas y hospitales; d) la violación de niños y su sometimiento a otros actos graves de violencia sexual; e) el secuestro de niños; y f) la denegación de acceso a la asistencia humanitaria para los niños. El grupo de trabajo hace recomendaciones al Consejo de Seguridad sobre posibles medidas para promover la protección de los niños afectados por un conflicto armado y dirige solicitudes a otros órganos del sistema de las Naciones Unidas para que tomen medidas en apoyo de la aplicación de la resolución del Consejo de Seguridad¹⁴⁷.

No existen grupos de trabajo similares del Consejo de Seguridad relativos a la población civil y las mujeres en los conflictos armados. Sin embargo, en su resolución 1888 (2009), sobre la mujer, la paz y la seguridad, el Consejo de Seguridad pidió al Secretario General que “preparase con urgencia, y preferiblemente en un plazo de tres meses, propuestas concretas sobre modos de vigilar de manera más eficaz y eficiente dentro del sistema actual de las Naciones Unidas la protección de las mujeres y los niños de la violación y otros tipos de violencia sexual en situaciones de conflicto armado y situaciones posteriores a un conflicto y sobre modos de informar al respecto, aprovechando la pericia del sistema de las Naciones Unidas y las contribuciones de gobiernos, organizaciones regionales, organizaciones no gubernamentales a título consultivo y diversos integrantes de la sociedad civil, con objeto de proporcionar información oportuna, objetiva, precisa y fidedigna sobre las deficiencias en la respuesta de las entidades de las Naciones Unidas, a fin de tenerla en cuenta en la adopción de las medidas que procedan”. En la resolución 1894 (2009), sobre los civiles en los conflictos armados, el Consejo de Seguridad consideró “la posibilidad de utilizar [...] la Comisión Internacional de Encuesta establecida en virtud del artículo 90 del Protocolo Adicional I de los Convenios de Ginebra” para reunir

¹⁴⁷ Para más información sobre el mecanismo, véase el plan de acción presentado por el Secretario General (A/59/695-S/2005/72). Véase también www.un.org/children/conflict/english/index.html (consultado el 30 de junio de 2011).

información sobre las presuntas infracciones del derecho internacional aplicable en relación con la protección de los civiles.

En su resolución 1674 (2006), el Consejo de Seguridad reconoció que el desarrollo, la paz y la seguridad y los derechos humanos están interrelacionados y se refuerzan mutuamente y señaló que “las violaciones sistemáticas, flagrantes y generalizadas del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos en situaciones de conflicto armado pueden constituir una amenaza para la paz y la seguridad internacionales”. Además, en su resolución 1894 (2009) observó que “los ataques dirigidos deliberada y específicamente contra civiles y otras personas protegidas y la comisión de infracciones sistemáticas, manifiestas y generalizadas de las disposiciones aplicables del derecho internacional humanitario y las normas de derechos humanos en situaciones de conflicto armado pueden constituir una amenaza para la paz y la seguridad internacionales”, y reafirmó que estaba “dispuesto a examinar esas situaciones y, cuando sea necesario, adoptar las medidas apropiadas”.

Con la adopción del Estatuto de Roma, también se ha dado al Consejo de Seguridad un papel activo en la lucha contra la impunidad en relación con el genocidio, los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y el delito de agresión. El Estatuto de Roma prevé que el Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta, puede remitir a la Corte Penal Internacional toda situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes. En el ejercicio de esta facultad, el Consejo de Seguridad, en su resolución 1593 (2005), determinó que la situación en el Sudán constituía una amenaza a la paz y la seguridad internacionales y remitió al Fiscal la situación de Darfur. El Fiscal señaló al respecto que, “[a] aprobar la resolución 1593 (2005), el Consejo ha afirmado que la justicia y la rendición de cuentas son fundamentales para el logro de una paz y seguridad duraderas en Darfur” (S/PV.5459).

Es evidente que la función del Consejo de Seguridad en su condición de órgano ejecutivo de la Organización con facultades para imponer el cumplimiento de las decisiones le otorga una responsabilidad central en el logro de los principios fundamentales de las Naciones Unidas, en

particular cuando existe una amenaza a la paz, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión. Mediante la adopción y aplicación de medidas coercitivas convenidas en un plano multilateral, el Consejo de Seguridad contribuye a hacer cumplir las normas de derechos humanos e insta a los Estados a que respeten los principios del derecho internacional humanitario. Por otra parte, una oportuna intervención del Consejo de Seguridad puede ser un mecanismo eficaz para garantizar que la comunidad internacional y, en particular, los Estados de que se trate cumplan sus obligaciones de proteger a la población civil y prevenir violaciones graves de los derechos humanos que constituyan genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra.

C. EL SECRETARIO GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS

Como se indicó anteriormente, el Secretario General ha presentado a la Asamblea General varios informes sobre el respeto de los derechos humanos en los conflictos armados. En su informe de 1969, el Secretario General recordó que “en las disposiciones de la Carta relativas a los derechos humanos no se distingue entre su aplicación en tiempo de paz y tiempos de guerra”. Señaló, además, que “la redacción de la Carta es aplicable en su generalidad tanto al personal civil como al militar, y en particular a las personas que viven bajo la jurisdicción de sus propias autoridades nacionales y a las que viven en territorios ocupados por beligerantes”. También indicó que la “Declaración Universal de Derechos Humanos no hace en ninguna de sus disposiciones una distinción específica entre tiempos de paz y tiempos de conflicto armado. Establece que los derechos y libertades que proclama corresponden a ‘todos’ y a ‘toda persona’, y formula prohibiciones expresando que ‘nadie’ será sometido a actos reprobados por la Declaración”. Por último, el Secretario General recordó que “la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio confirma lo que parece ser la posición de las Naciones Unidas de que la protección de los derechos humanos por medio de instrumentos preparados bajo los auspicios de la Organización se aplicará tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra”¹⁴⁸.

¹⁴⁸ A/7720, párrs. 23 y 24, y 30.

En su informe de 1970, el Secretario General examinó la protección ofrecida por los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en los conflictos armados. Entre otras cosas, señaló que “había casos en que la protección autónoma garantizada por los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas era más eficaz y de mayor alcance que la derivada de las normas de los Convenios de Ginebra y otros instrumentos del ámbito humanitario orientados a los conflictos armados”. El Secretario General recordó asimismo que, “por consiguiente, en la medida en que los Convenios de Ginebra hacen que la protección de ciertos derechos dependa del carácter del conflicto armado de que se tratara, la protección derivada de los instrumentos de las Naciones Unidas con respecto a los derechos en cuestión es más amplia”. Indicó asimismo que, “en algunos casos, los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas, y en particular el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, van más allá de los Convenios de Ginebra en cuanto a la sustancia de la protección concedida”. Observó que el Pacto “contiene algunas disposiciones sustantivas que protegen algunos derechos fundamentales de todas las personas en todo tipo de conflicto armado, disposiciones que o bien no tienen ninguna disposición homóloga en los Convenios de Ginebra o están incluidas en algunos de los convenios únicamente con relación a los conflictos armados internacionales”¹⁴⁹.

En tiempos recientes, el Consejo de Seguridad ha pedido con frecuencia a la Secretaría de las Naciones Unidas, por conducto del Secretario General, que adopte medidas de respuesta en relación con conflictos armados, como investigar las violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho humanitario. Por ejemplo, en su resolución 1564 (2004), el Consejo de Seguridad pide al Secretario General que “establezca rápidamente una comisión internacional de investigación para que investigue de inmediato todas las denuncias de transgresiones del derecho internacional humanitario y las normas de derechos humanos cometidas en Darfur por todas las partes, constate también si se han producido o no actos de genocidio e identifique a los autores de tales

¹⁴⁹ A/8052, párrs. 24, 25 y 27. El Secretario General enumera a continuación algunos ejemplos: la prohibición de aplicar la pena de muerte a menores de edad y a mujeres embarazadas, la prohibición de la esclavitud, el principio de irretroactividad de la ley penal, el derecho a la libertad de pensamiento, etc.

transgresiones a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos [...]”. El Secretario General también pidió a la Alta Comisionada para los Derechos Humanos que supervisara el establecimiento de la Comisión y le proporcionara un apoyo adecuado.

Además, en su informe de 2005 al Consejo de Seguridad sobre la protección de los civiles en los conflictos armados, el Secretario General señaló que “el cumplimiento por todas las partes interesadas del derecho internacional humanitario, el derecho relativo a los derechos humanos y a los refugiados y el derecho penal internacional ofrecen la base más sólida para garantizar el respeto de la seguridad de la población civil¹⁵⁰”. En su informe de 2007 sobre el mismo tema, señaló que “[c]omo práctica habitual, el Consejo de Seguridad debería hacer todo lo posible por exhortar a las partes en conflicto, y a las fuerzas multinacionales que haya autorizado, a que cumplan las obligaciones que les incumben de conformidad con el derecho internacional humanitario y los derechos humanos”¹⁵¹.

Por otra parte, el Secretario General ha publicado varios informes que dan cuenta de los progresos recientes en materia del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho humanitario, gracias a los cuales cada vez es mayor el conjunto de normas que pueden considerarse normas fundamentales de humanidad¹⁵².

D. EL CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS

La Comisión de Derechos Humanos y su sucesor, el Consejo de Derechos Humanos, han sido los foros históricos en que sus miembros han analizado y debatido las situaciones y problemas de derechos humanos. El mandato otorgado al Consejo de Derechos Humanos le permite consolidar la labor realizada por la Comisión desde 1947. En efecto, al adoptar la resolución 60/251, por la que se creó el Consejo de Derechos Humanos, la Asamblea General decidió confiarle dos responsabilidades fundamentales: a) promover el respeto universal por la protección de

¹⁵⁰ S/2005/740, párr. 12.

¹⁵¹ S/2007/643, párr. 25.

¹⁵² Véase, por ejemplo, A/HRC/8/14.

todos los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas, sin distinción de ningún tipo y de una manera justa y equitativa; y b) ocuparse de las situaciones en que se violen los derechos humanos, incluidas las violaciones graves y sistemáticas, y hacer recomendaciones para solucionarlas.

Tanto la Comisión como el Consejo han considerado siempre que las violaciones del derecho internacional humanitario caen dentro del ámbito de sus mandatos. El Consejo ha decidido además que “dada la naturaleza complementaria y de mutua relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, el examen [periódico universal] tendrá en cuenta el derecho internacional humanitario aplicable”¹⁵³. Los Estados miembros han pedido reiteradamente que los Estados y las Naciones Unidas adopten medidas para hacer frente a tales violaciones. Por ejemplo, en 1994, la Comisión analizó la situación de los derechos humanos en Rwanda y promulgó una resolución en la que “condena con la máxima energía todas las infracciones del derecho humanitario internacional y todas las infracciones y violaciones de los derechos humanos en Rwanda [...] y exhorta a todas las partes implicadas a que pongan fin inmediatamente a esas infracciones y violaciones y adopten todas las medidas necesarias para que los derechos humanos y las libertades fundamentales y el derecho humanitario sean plenamente respetados”¹⁵⁴. La Comisión también adoptó varias resoluciones que se referían a infracciones tanto del derecho internacional de los derechos humanos como del derecho internacional humanitario en el contexto de conflictos armados en el Afganistán, Burundi, Colombia, el territorio palestino ocupado y Uganda, entre otros.

Más recientemente, la Comisión de Derechos Humanos reconoció que “la normativa de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario son complementarios y se refuerzan mutuamente” y consideró que “la protección brindada por la normativa de los derechos humanos sigue vigente en las situaciones de conflicto armado, teniendo en cuenta las situaciones en que el derecho internacional humanitario se aplica como *lex specialis*”. La Comisión hizo hincapié en que “toda conducta que viole

¹⁵³ Resolución 5/1, anexo.

¹⁵⁴ Resolución S-3/1.

el derecho internacional humanitario, en particular las infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 o de su Protocolo Adicional de 8 de junio de 1977 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), puede constituir también una violación manifiesta de los derechos humanos". La Comisión instó luego a "todas las partes en conflicto armado a que cumplan sus obligaciones dimanantes del derecho internacional humanitario, en particular a que garanticen el respeto y la protección de la población civil, e insta también a todos los Estados a que en ese contexto cumplan sus obligaciones relacionadas con los derechos humanos"¹⁵⁵. Esta resolución puede ser considerada la piedra angular de la labor del Consejo de Derechos Humanos sobre la protección de los derechos humanos en situaciones de conflicto.

El Consejo de Derechos Humanos ha seguido el mismo criterio. También reiteró que "se deben adoptar medidas eficaces para garantizar y vigilar la aplicación de los derechos humanos de la población civil en las situaciones de conflicto armado, en particular los pueblos sometidos a ocupación extranjera, y que se le debe garantizar una protección eficaz contra la violación de sus derechos humanos, de conformidad con la normativa de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario aplicable"¹⁵⁶.

Por último, desde 1989, la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, como se le conocía entonces, también ha venido insistiendo en la necesidad de respetar en los conflictos armados las obligaciones que imponen el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. En su resolución 1989/24, deploró la frecuente falta de respeto durante los conflictos armados de las disposiciones pertinentes del derecho internacional humanitario y de las normas de derechos humanos. Además, en 2005 publicó un documento de trabajo sobre la relación entre las normas de derechos humanos y el derecho internacional humanitario, en particular desde la perspectiva de su aplicación dual o concurrente teniendo presente

¹⁵⁵ Resolución 2005/63.

¹⁵⁶ Resolución 9/9.

la jurisprudencia de los procedimientos especiales y de los órganos de tratados de derechos humanos¹⁵⁷.

E. LA OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (ACNUDH)

Las actividades sobre el terreno del ACNUDH ilustran la forma en que la Oficina se ocupa de las obligaciones derivadas del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario en situaciones de conflicto específicas. Por ejemplo, en el Acuerdo celebrado entre el ACNUDH y el Gobierno de Nepal sobre el establecimiento de una oficina del ACNUDH en Nepal, firmado en abril de 2005, se dispone que la oficina “vigilará la observancia de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario [...] con miras a asesorar a las autoridades de Nepal sobre [...] políticas, programas y medidas para la promoción y protección de los derechos humanos”. El Acuerdo también indica que la oficina “colaborará con todos los actores pertinentes, incluidos los no estatales, para garantizar el respeto de las normas internacionales de derechos humanos y de derecho humanitario”. El Acuerdo relativo al establecimiento de una oficina del ACNUDH en Uganda, firmado el 9 de enero de 2006, contiene disposiciones similares y prevé actividades similares para la oficina. De manera análoga, el Acuerdo relativo al establecimiento de una oficina del ACNUDH en el Togo, firmado el 10 de julio de 2006, establece que su mandato es supervisar el cumplimiento de las normas y principios de derechos humanos y el respeto de las obligaciones derivadas del derecho internacional humanitario.

Por otra parte, el Acuerdo relativo al establecimiento de una oficina del ACNUDH en Colombia, firmado el 29 de noviembre de 1996, establece que la oficina recibirá quejas “sobre violaciones a los derechos humanos y otros abusos, incluidas las infracciones a las normas humanitarias aplicables en los conflictos armados”¹⁵⁸. La oficina da seguimiento a las denuncias de violaciones cometidas por actores estatales y no estatales e informa al respecto.

¹⁵⁷ E/CN.4/Sub.2/2005/14.

¹⁵⁸ E/CN.4/1997/11, anexo.

Por último, en el acuerdo entre el ACNUDH y México, firmado el 6 de febrero de 2008, se establece que la oficina tendrá libertad de circulación en todo el país y trabajará de forma complementaria con otros organismos internacionales que se ocupan de cuestiones relativas al derecho internacional de los derechos humanos y al derecho humanitario.

La Alta Comisionada también publica informes periódicos sobre violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho humanitario cometidas por las partes en conflicto. Por ejemplo, en su informe de 2008 sobre las violaciones de los derechos humanos resultantes de los ataques e incursiones militares israelíes en el territorio palestino ocupado, recordó que “tanto Israel como la Autoridad Palestina, así como Hamas en Gaza, deben respetar las obligaciones dimanantes del derecho internacional humanitario y las normas internacionales de derechos humanos en relación con la población civil, tanto de Israel como del territorio palestino ocupado”¹⁵⁹. En relación con la situación en el Sudán, la Alta Comisionada pidió a todas las partes en el conflicto que “respeten las obligaciones contraídas en virtud de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario y cumplan las obligaciones dimanantes de todas las resoluciones pertinentes del Consejo de Seguridad y los acuerdos de cesación del fuego”¹⁶⁰. De manera análoga, “hace un llamamiento público a ambas partes para que no se repitan las graves violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario que se han producido en etapas anteriores del conflicto”¹⁶¹. En cuanto a Colombia, instó “al Gobierno, a los grupos armados ilegales y a la sociedad civil en su totalidad a dar prioridad al respeto pleno de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario”¹⁶².

¹⁵⁹ A/HRC/8/17, párr. 4.

¹⁶⁰ “Ninth periodic report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the situation of human rights in the Sudan”, 20 de marzo de 2008. Puede consultarse en www.ohchr.org/EN/Countries/AfricaRegion/Pages/SDPeriodicReports.aspx (consultado el 30 de junio de 2011).

¹⁶¹ E/CN.4/2006/107, párr. 18.

¹⁶² A/HRC/10/32, párr. 98.

F. LOS ÓRGANOS DE TRATADOS Y LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

Los expertos independientes en cuestiones de derechos humanos que trabajan con las Naciones Unidas en los órganos de tratados o como titulares de mandatos temáticos relativos a países o a procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos se refieren regularmente a las obligaciones derivadas del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho humanitario que deben cumplirse en los conflictos armados. Sus informes y recomendaciones son útiles para determinar y, a veces prevenir, las infracciones en los conflictos armados. Sus conclusiones y observaciones se han mencionado en las decisiones de la Corte Internacional de Justicia. Por ejemplo, en su fallo en la causa Actividades armadas en el territorio del Congo, la Corte examinó el informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos en la República Democrática del Congo en el marco de sus conclusiones sobre las violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. En su opinión consultiva sobre la causa Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, la Corte reiteró la interpretación del Comité de Derechos Humanos de que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos era vinculante para la Potencia ocupante en relación con la población del territorio ocupado. También hay casos en que tribunales nacionales se han remitido a las posturas adoptadas por los órganos de tratados, como las expresadas en sus observaciones generales y finales.

Los ejemplos siguientes ilustran cómo los órganos de tratados y los procedimientos especiales tratan la complementariedad de los principios y disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

1. Los órganos de tratados

El Comité de Derechos Humanos, en sus Observaciones generales N° 29 (2001) y N° 31 (2004), examinó la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en los conflictos armados, y recordó que las obligaciones del Pacto en materia de derechos humanos se aplican

también en situaciones de conflicto armado a las que son aplicables las normas del derecho internacional humanitario (véase cap. II, secc. D).

El Comité de Derechos Humanos recordó también en sus observaciones finales sobre un informe de Israel que “la aplicabilidad de las normas del derecho internacional humanitario durante un conflicto armado no impide de por sí la aplicación del Pacto” y que “las disposiciones del Pacto se aplican a beneficio de la población de los Territorios Ocupados, para cualquier conducta de sus autoridades o agentes en estos territorios que afectan el goce de los derechos consagrados en el Pacto y entran en el ámbito de la responsabilidad estatal de Israel de acuerdo con los principios del derecho internacional público”¹⁶³. El Comité de Derechos Humanos también señaló, en sus observaciones finales sobre un informe presentado por los Estados Unidos de América, que “el Estado parte debería en particular [...] aceptar la aplicabilidad del Pacto respecto de los individuos que se hallan bajo su jurisdicción pero fuera de su territorio, así como en tiempo de guerra”. También consideró que el Estado en cuestión debería “permitir el pronto acceso del Comité Internacional de la Cruz Roja a toda persona detenida en relación con un conflicto armado. El Estado parte debería también garantizar que los detenidos, independientemente del lugar de detención, gocen siempre de la plena protección de la ley”¹⁶⁴. En sus observaciones finales sobre un informe de Alemania, el Comité de Derechos Humanos reiteró que “la aplicabilidad del régimen del derecho internacional humanitario no excluye la rendición de cuentas de los Estados Partes en virtud del párrafo 1 del artículo 2 del Pacto por las acciones cometidas por sus agentes fuera de sus propios territorios”¹⁶⁵.

El Comité de los Derechos del Niño, por su parte, recomendó que el Estado parte en cuestión, “en relación con el derecho humanitario internacional, [...] que observase cabalmente las normas de distinción entre civiles y combatientes y de proporcionalidad en los ataques que puedan causar daños excesivos a los civiles”¹⁶⁶. Por otra parte, en relación

¹⁶³ CCPR/CO/78/ISR, párr. 11.

¹⁶⁴ CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1, párrs. 10 y 12.

¹⁶⁵ CCPR/CO/80/DEU, párr. 11.

¹⁶⁶ CRC/C/15/Add.195, párr. 51.

con la aplicación del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, el Comité ha determinado, por ejemplo, que “de acuerdo con la responsabilidad del Estado en virtud del derecho internacional y dadas las circunstancias imperantes, las disposiciones de la Convención y de los Protocolos facultativos se aplican en beneficio de los niños del territorio palestino ocupado, en particular en relación con cualquier conducta de las autoridades o agentes del Estado parte que afecten al disfrute de los derechos consagrados en la Convención”. El Comité destaca “la aplicación concurrente de las normas de derechos humanos y del derecho humanitario, según lo establecido por la Corte Internacional de Justicia en su Opinión Consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado”, y recuerda “las referencias explícitas al derecho humanitario en el Protocolo facultativo”¹⁶⁷.

El Comité contra la Tortura, en sus observaciones finales sobre un informe de los Estados Unidos de América, examinó el argumento según el cual el derecho internacional humanitario podía considerarse *lex specialis*. Señaló que “el Estado Parte debe admitir que la Convención [contra la Tortura] se aplica en tiempo de paz, guerra o conflicto armado en cualquier territorio bajo su jurisdicción y que el cumplimiento de sus disposiciones no obsta al cumplimiento de las de los otros instrumentos internacionales”¹⁶⁸. Por otra parte, en sus observaciones finales sobre un informe presentado por Indonesia, el Comité expresó su preocupación por “las denuncias sobre la elevada incidencia de violaciones cometidas por efectivos militares en las zonas de conflicto, como forma de tortura y de maltrato, y porque no se investigue, enjuicie ni condene a los autores”. También expresó su preocupación “por la situación de los refugiados y de los desplazados internos de resultas de los conflictos armados, incluidos los niños que viven en los campamentos de refugiados” y recomendó al Estado parte que adoptara “medidas eficaces para impedir la violencia contra los refugiados y los desplazados internos, especialmente los niños,

¹⁶⁷ CRC/C/OPAC/ISR/CO/1, párr. 4

¹⁶⁸ CAT/C/USA/CO/2, párr. 14.

cuyo nacimiento debe inscribirse y a quienes no debe usarse en los conflictos armados”¹⁶⁹.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha reafirmado en sus observaciones finales sobre un informe de Israel que “las obligaciones que incumben al Estado Parte en virtud del Pacto se aplican a todos los territorios y poblaciones bajo su control efectivo”. Reiteró su posición de que, incluso en una situación de conflicto armado, debían respetarse los derechos humanos fundamentales, y que los derechos económicos, sociales y culturales básicos, como parte de las normas mínimas de protección de los derechos humanos, estaban garantizados por el derecho internacional consuetudinario y reconocidos por el derecho internacional humanitario. El Comité recordó además, que “la aplicabilidad de las normas del derecho humanitario no es óbice para la aplicación del Pacto ni exime al Estado de la obligación, en virtud del párrafo 1 del artículo 2, de rendir cuenta de la actuación de sus autoridades”¹⁷⁰.

2. Los procedimientos especiales

Los titulares de mandatos de procedimientos especiales de derechos humanos han contribuido también, a través de sus informes, a aclarar aún más la relación entre las obligaciones derivadas del derecho internacional de los derechos humanos y las derivadas del derecho internacional humanitario, en particular la aplicación continua de las normas de derechos humanos en las situaciones de conflicto armado. Por ejemplo, el Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, en su análisis de la legalidad del homicidio en el conflicto armado, se ha remitido sistemáticamente a ambos conjuntos normativos¹⁷¹. En cuanto a la cuestión de si el derecho internacional humanitario se inscribe en su mandato, el Relator Especial señaló que este “se enmarca plenamente

¹⁶⁹ CAT/C/IDN/CO/2, párrs. 16 y 18.

¹⁷⁰ E/C.12/1/Add.90, párr. 31.

¹⁷¹ En particular en los informes anuales presentados desde, por lo menos, 1992, en que se ha tratado el derecho a la vida en el contexto de los conflictos armados internacionales y no internacionales, por ejemplo, E/CN.4/1993/46, párrs. 60 y 61, y A/HRC/4/20. Véase también el informe del Relator Especial a la Asamblea General (A/62/265, párr. 29).

en el mandato. Todas las resoluciones importantes pertinentes de los últimos años han remitido explícitamente a ese cuerpo normativo¹⁷². La Asamblea General, refiriéndose al mandato del Relator Especial, instó a los gobiernos a que adoptaran “todas las medidas necesarias y posibles, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario [...] para impedir la pérdida de vidas [...] durante [...] conflictos armados”¹⁷³.

En 2006, cuatro relatores especiales publicaron un informe sobre sus misiones al Líbano y a Israel. Recordaron que “[l]as normas de derechos humanos no dejan de aplicarse en tiempo de guerra, salvo de conformidad con las disposiciones concretas de suspensión que se refieren a las situaciones de emergencia”. En cuanto a los derechos económicos, sociales y culturales, indicaron que “el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no contempla explícitamente la suspensión en situaciones de emergencia pública, pero las garantías del Pacto podrán, en tiempo de conflicto armado, limitarse de conformidad con sus artículos 4 y 5 y en razón de la posible escasez de los recursos disponibles en el sentido del párrafo 1 del artículo 2”. Señalaron, asimismo, que “[l]as normas de derechos humanos y el derecho internacional humanitario no son mutuamente excluyentes, sino que durante un conflicto armado coexisten de manera complementaria, y un análisis jurídico completo requiere examinar ambos regímenes de derecho. Para determinados derechos humanos, las normas más concretas del derecho internacional humanitario pueden resultar pertinentes a efectos de su interpretación”. Por último, concluyeron que “[e]l régimen internacional de derechos humanos, integrado por toda la gama de derechos económicos, sociales y culturales (como los relativos al más alto nivel posible de salud física y mental y a una vivienda adecuada), y los derechos civiles y políticos se aplica, por lo tanto, al análisis de este conflicto”¹⁷⁴.

En el mismo año, otros titulares de mandatos de procedimientos especiales publicaron un informe conjunto sobre la situación de los detenidos en la bahía de Guantánamo, en que evaluaron el marco jurídico aplicable

¹⁷² E/CN.4/2005/7, párr. 45.

¹⁷³ Resolución 59/197, párr. 8 b).

¹⁷⁴ A/HRC/2/7, párrs. 15 a 17.

a dichos detenidos, incluida la noción de detención arbitraria, en dos situaciones, a saber, los detenidos capturados en el curso de un conflicto armado y los detenidos capturados en ausencia de conflicto armado¹⁷⁵.

El Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, en su informe anual de 2005, también observó que “considera que su mandato consiste en tratar las comunicaciones originadas en una situación de conflicto armado internacional en tanto se niegue a los detenidos la protección de los Convenios de Ginebra III y IV [...]”. El Grupo de Trabajo señaló, por ejemplo, que “[l]os conflictos armados internos implican la plena aplicabilidad de las disposiciones pertinentes del derecho internacional humanitario y de las normas de derechos humanos, con excepción de las garantías restringidas, a condición de que el Estado afectado, Parte en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, haya declarado esas restricciones, con arreglo al artículo 4”¹⁷⁶.

Otros titulares de mandatos de procedimientos especiales, como el Relator Especial sobre una vivienda adecuada, el Relator Especial sobre los efectos nocivos para el goce de los derechos humanos del traslado y vertimientos ilícitos de productos y desechos tóxicos y peligrosos, el Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, el Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, el Relator Especial sobre la venta de niños, el Relator Especial sobre el derecho a la educación, el Relator Especial sobre la cuestión de la tortura, y el Representante del Secretario General sobre los derechos humanos de los desplazados internos, han publicado informes temáticos relacionados con la aplicación de las normas de derechos humanos en los conflictos armados¹⁷⁷. Además, el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos en el Sudán señaló, por ejemplo, que “todas las partes [en el

¹⁷⁵ E/CN.4/2006/120.

¹⁷⁶ E/CN.4/2006/7, párrs. 75 y 71 b).

¹⁷⁷ Véanse, por ejemplo, E/CN.4/2001/51, E/CN.4/2002/59, E/CN.4/2004/48, E/CN.4/2005/48, E/CN.4/2006/41, A/HRC/7/16, A/HRC/5/5, A/60/321, E/CN.4/2006/52, A/63/271, E/CN.4/Sub.2/2004/40, E/CN.4/2006/98, A/HRC/6/17, A/63/223, E/CN.4/2006/67, A/HRC/8/10, E/CN.4/2006/6, A/HRC/6/19, A/HRC/10/13/Add.2 y A/HRC/8/6/Add.4.

conflicto] deberían respetar el derecho internacional humanitario y las normas derechos humanos”¹⁷⁸.

G. LOS COMPONENTES DE DERECHOS HUMANOS DE LAS MISIONES DE MANTENIMIENTO DE LA PAZ DE LAS NACIONES UNIDAS

Las Naciones Unidas incluyen de forma sistemática componentes de derechos humanos en sus misiones de mantenimiento de la paz establecidas por el Consejo de Seguridad. Estos componentes, que son parte integral de la misión pero que están también subordinados al ACNUDH, tienen la obligación de enfrentar los problemas relacionados con el derecho internacional de los derechos humanos así como con el derecho internacional humanitario.

Por ejemplo, la Misión de las Naciones Unidas en la República Democrática del Congo (MONUC), recibió el mandato de “ayudar [al Gobierno] a promover y proteger los derechos humanos, [...] investigar las violaciones de los derechos humanos [...] y [...] seguir cooperando en las acciones para garantizar que los responsables de violaciones graves de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario sean llevados ante la justicia”¹⁷⁹.

El componente de derechos humanos de la Misión de las Naciones Unidas en el Sudán (UNMIS) fue establecido para “[a]segurar que haya capacidad, pericia y un componente adecuado en materia de derechos humanos a fin de llevar a cabo actividades de promoción, protección y supervisión de esos derechos”¹⁸⁰. La Misión de las Naciones Unidas en el Sudán y el ACNUDH publican periódicamente informes sobre su vigilancia del respeto del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario y sobre las investigaciones realizadas al respecto, particularmente en la región de Darfur. Por ejemplo, en 2008 recomendaron al Gobierno del Sudán que “lleve a cabo una investigación imparcial, transparente y oportuna sobre los

¹⁷⁸ E/CN.4/2006/111, párr. 81.

¹⁷⁹ Resolución 1565 (2004) del Consejo de Seguridad.

¹⁸⁰ Véase la resolución 1590 (2005) del Consejo de Seguridad, párr. 4 a) ix), ampliada por la resolución 1706 (2006).

ataques contra aldeas y ciudades en el corredor norte y haga comparecer ante la justicia a quienes estén involucrados en violaciones graves de los derechos humanos o en delitos contemplados en el derecho internacional humanitario”¹⁸¹.

Se han establecido componentes de derechos humanos con mandatos similares en la Misión de Asistencia de las Naciones Unidas en el Afganistán (UNAMA) y en la Misión de Asistencia de las Naciones Unidas para el Iraq (UNAMI), y en sus respectivos informes se han mencionado el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario¹⁸². En su informe anual de 2008 sobre la protección de los civiles en los conflictos armados, la UNAMA recordó que, una vez que un insurgente haya quedado fuera de combate son aplicables las normas internacionales de derechos humanos de los instrumentos en los que sea parte el Estado o que estén contempladas en el derecho internacional consuetudinario. Recordó asimismo que los miembros de las fuerzas armadas progubernamentales son también responsables de las violaciones del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos¹⁸³. En 2007 la UNAMI señaló que “los grupos armados de todas las partes siguen atacando a la población civil, y en sus acciones frecuentemente violan la santidad de los lugares de culto religioso —como las mezquitas— para almacenar armas y municiones, ocupan edificios civiles —como las escuelas— y hacen caso omiso de la condición protegida de las instalaciones de salud y de los profesionales de la salud, en violación de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario”¹⁸⁴.

¹⁸¹ “Ninth periodic report”.

¹⁸² Véase, por ejemplo, UNAMI, “Human Rights Report: 1 January to 31 March 2007”. Puede consultarse en www.ohchr.org/Documents/Countries/jan-to-march2007_engl.pdf (consultado el 30 de junio de 2011).

¹⁸³ Puede consultarse en http://unama.unmissions.org/Portals/UNAMA/human%20rights/UNAMA_09february-Annual%20Report_PoC%202008_FINAL_11Feb09.pdf (consultado el 30 de junio de 2011).

¹⁸⁴ “Human Rights Report”, 1° de enero a 31 de marzo de 2007.

H. LAS COMISIONES DE INVESTIGACIÓN Y LAS MISIONES DE DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS

Uno de los mecanismos a que han recurrido el Consejo de Seguridad y el Consejo de Derechos Humanos para investigar las violaciones graves de los derechos humanos y las infracciones graves del derecho internacional humanitario son las misiones de determinación de los hechos y las comisiones de investigación. Con frecuencia se pide a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos que ayude a establecerlas y proporcione personal especializado para trabajar en ellas.

El Secretario General ha señalado que las comisiones internacionales de investigación y las misiones de determinación de los hechos pueden “ayudar a los órganos intergubernamentales de las Naciones Unidas, en particular la Comisión de Derechos Humanos y el Consejo de Seguridad, en sus procesos de adopción de decisiones sobre las medidas necesarias cuando se producen graves violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario”¹⁸⁵. Asimismo, la Alta Comisionada para los Derechos Humanos ha afirmado que una de las medidas más importantes adoptadas por el Consejo de Seguridad para la protección de los civiles es el establecimiento de comisiones de investigación¹⁸⁶.

Las Naciones Unidas han establecido comisiones de investigación o misiones de determinación de los hechos, que han sido apoyadas por el ACNUDH, para ayudar a los Estados a investigar violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho humanitario cometidas en Timor-Leste, llamado entonces Timor Oriental¹⁸⁷ (1999), en el Togo¹⁸⁸ (2000), en el territorio palestino ocupado¹⁸⁹ (2000), en la

¹⁸⁵ E/CN.4/2006/89.

¹⁸⁶ Declaración ante el Consejo de Seguridad formulada durante el debate abierto sobre la protección de los civiles en los conflictos armados, celebrado el 7 de julio de 2010.

¹⁸⁷ Resolución 1999/S-4/1 de la Comisión de Derechos Humanos.

¹⁸⁸ Establecida bajo los auspicios de las Naciones Unidas y la Organización de Unidad Africana (OUA), a petición del Gobierno del Togo.

¹⁸⁹ Resolución S-5/1 de la Comisión de Derechos Humanos.

región de Darfur en el Sudán¹⁹⁰ (2004-2005), en el Líbano¹⁹¹ (2006), en relación con los acontecimientos ocurridos en Beit Hanún, en el territorio palestino ocupado (noviembre de 2006)¹⁹², respecto de los problemas de derechos humanos surgidos en Darfur¹⁹³ (diciembre 2006), y en relación con las operaciones militares israelíes en Gaza¹⁹⁴ (2009).

Por ejemplo, la Comisión Internacional de investigación para Darfur fue establecida en septiembre de 2004 por el Consejo de Seguridad mediante la resolución 1564 (2004), adoptada en virtud del Capítulo VII de la Carta, para que “investigue de inmediato todas las denuncias de transgresiones del derecho internacional humanitario y las normas de derechos humanos cometidas en Darfur por todas las partes”, “constate también si se habían producido o no actos de genocidio” e “identifique a los autores de tales transgresiones a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos”.

En su informe, la Comisión indicó que “[l]os principales conjuntos de leyes aplicables al Sudán en el conflicto de Darfur son dos: el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. Los dos son complementarios. Por ejemplo, ambos tienen por objeto proteger la vida y la dignidad humana, prohibir la discriminación por motivos diversos, y proteger a las personas contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. Ambos tienen por objeto garantizar salvaguardias para las personas sujetas a procedimientos penales y asegurar el disfrute de derechos fundamentales, especialmente los relativos a la salud, la alimentación y la vivienda. Ambos contienen disposiciones para la protección de las mujeres y grupos vulnerables, como los niños y las personas desplazadas”. La Comisión añadió que “[e]n virtud de las normas internacionales de derechos humanos, corresponde a los Estados garantizar la protección y la conservación de los derechos humanos y las libertades fundamentales en todo momento, tanto en tiempo de guerra como de paz. Son inherentes a este principio

¹⁹⁰ Resolución 1564 (2004) del Consejo de Seguridad.

¹⁹¹ Resolución S-2/1 del Consejo de Derechos Humanos.

¹⁹² Resolución S-3/1 del Consejo de Derechos Humanos.

¹⁹³ Resolución S-4/101 del Consejo de Derechos Humanos.

¹⁹⁴ Resolución S-9/1 del Consejo de Derechos Humanos.

la obligación del Estado de abstenerse de todo tipo de conducta que viole los derechos humanos y el deber de proteger a quienes viven dentro de su jurisdicción. El Protocolo Adicional II de los Convenios de Ginebra evoca la protección de las normas de derechos humanos para la persona humana. En virtud del mismo, el deber de protección del Estado también es aplicable a situaciones de conflicto armado. Por consiguiente, las normas internacionales de derechos humanos y el derecho humanitario se refuerzan y superponen mutuamente en situaciones de conflicto armado¹⁹⁵. A raíz del informe de la Comisión, el Consejo de Seguridad remitió la situación de Darfur a la Corte Penal Internacional¹⁹⁶, cuyo Fiscal abrió posteriormente una investigación.

De manera análoga, la Comisión de Investigación sobre el Líbano, en su informe de 2006 al Consejo de Derechos Humanos, indicó que “[s]i bien la conducción de un conflicto armado y ocupación militar está sujeta al derecho internacional humanitario, la legislación sobre derechos humanos es de aplicación en todo momento, inclusive durante las declaraciones de estado de emergencia o de conflicto armado. Los dos conjuntos de leyes se complementan y refuerzan mutuamente”¹⁹⁷.

La Misión investigadora de alto nivel a Beit Hanún señaló que “[e]n calidad de fuerza de ocupación, Israel tiene obligaciones para con la población en Gaza en virtud tanto de la normativa internacional de derechos humanos como del derecho internacional humanitario, que tienen pertinencia una y otro para el bombardeo de Beit Hanún. [...] La posición de los órganos de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas desde hace mucho estriba en que, como Estado parte en instrumentos internacionales de derechos humanos, Israel sigue siendo responsable de cumplir sus obligaciones en virtud de los tratados de derechos humanos en el territorio palestino ocupado en la medida en que ejerce el control efectivo. Esa postura tiene el respaldo de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia que, en sus opiniones consultivas sobre [la causa *Situación jurídica internacional del*] *África sudoccidental* y [la causa] *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio*

¹⁹⁵ S/2005/60, párrs. 143 y 144.

¹⁹⁶ Resolución 1593 (2005).

¹⁹⁷ A/HRC/3/2, párr. 64.

palestino ocupado, sostuvo que la Potencia ocupante sigue teniendo la responsabilidad de cumplir sus obligaciones con arreglo a los tratados de derechos humanos relevantes en el territorio ocupado¹⁹⁸.

Por último, la Misión de Investigación de las Naciones Unidas sobre el Conflicto en Gaza observó que “[e]l mandato de la Misión abarca todas las violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario que pudieren haberse perpetrado en cualquier momento en el contexto de las operaciones militares que se ejecutaron en Gaza durante el período del 27 de diciembre de 2008 al 18 de enero de 2009, ya fuere antes, durante o después de él. En consecuencia, la Misión desempeñó su labor en el marco del derecho internacional general, en particular las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario”. La Misión señaló además que “[e]n la actualidad se acepta ampliamente que los tratados relacionados con los derechos humanos se siguen aplicando en situaciones de conflicto armado¹⁹⁹.

¹⁹⁸ A/HRC/9/26, párr. 12.

¹⁹⁹ A/HRC/12/48, párrs. 268 y 295.

CONCLUSIÓN

Como se ha indicado a lo largo de este estudio, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario son conjuntos normativos que están en permanente evolución. Dado que la guerra es un fenómeno que cambia de manera constante, es necesario ajustar continuamente el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario para subsanar las deficiencias en cuanto a la protección que ofrecen. Los cambios en la legislación se originan esencialmente en la práctica de los diferentes órganos que supervisan el cumplimiento del sistema. La jurisprudencia de los órganos judiciales, así como la de los órganos de tratados, es una importante fuente de interpretación y es fundamental para el desarrollo del sistema. Ahora bien, para aplicar correctamente las normas y, lo que es más importante, ofrecer una protección adecuada a las poblaciones en situación de riesgo, se requiere un conocimiento profundo de cómo estas normas diversas interactúan y de qué forma se completan y complementan entre sí para garantizar el más alto nivel de protección posible.

El debate sobre la interacción entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario forma parte de otro debate jurídico más amplio sobre la cuestión de la fragmentación y la unidad del derecho internacional. Por consiguiente, los últimos debates jurídicos se han centrado en el establecimiento de mecanismos para garantizar la máxima protección posible de la persona. Por ejemplo, en varios casos, un conjunto normativo exige una remisión a otro corpus legal, como, por ejemplo, el artículo 3, común a los Convenios de Ginebra, que utiliza conceptos desarrollados en mayor detalle en instrumentos de derechos humanos, como la Declaración Universal de Derechos Humanos. De manera análoga, en ciertas ocasiones las normas de derechos humanos deben interpretarse en el contexto del derecho internacional humanitario, como lo hizo la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*.

En cuanto a la complementariedad entre las normas de derechos humanos y el derecho internacional humanitario, existe una influencia recíproca en varios aspectos. En el contexto de los debates celebrados al respecto en el Consejo de Derechos Humanos, diferentes expertos han puesto de relieve que en ciertas situaciones complejas puede ser necesario realizar algún tipo de prueba para determinar cuál es el marco jurídico más adecuado que debe aplicarse en una situación particular.

A raíz de los esfuerzos realizados para garantizar la protección efectiva de los derechos de todas las personas en situaciones de conflicto armado, diversos órganos, organismos y mecanismos especiales de derechos humanos de las Naciones Unidas, así como diversos tribunales internacionales y regionales, han incorporado cada vez más en la práctica las obligaciones derivadas del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, de forma que se complementen y refuercen mutuamente.

Sea como fuere, cabe recordar que, como ha señalado la Alta Comisionada para los Derechos Humanos, "las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario comparten el objetivo común de respetar la dignidad y humanidad de todos. A lo largo de los años, la Asamblea General, la Comisión de Derechos Humanos y, más recientemente, el Consejo de Derechos Humanos han considerado que, en las situaciones de conflicto armado, las partes en el conflicto tienen obligaciones jurídicamente vinculantes en relación con los derechos de las personas afectadas por el conflicto"²⁰⁰.

En este sentido, tanto el derecho internacional de los derechos humanos como el derecho internacional humanitario ofrecen salvaguardias y garantías amplias en relación con los derechos de las personas que no participan activamente en las hostilidades o han dejado de hacerlo, en particular los civiles. La aplicación de ambos conjuntos normativos debe hacerse de tal manera que se complementen y refuercen mutuamente. Al hacerlo, se previenen las deficiencias en materia de protección y, posiblemente, se facilita el diálogo con las partes en conflicto

²⁰⁰ Declaración inaugural de la Alta Comisionada en la Consulta de expertos sobre la protección de los derechos humanos de la población civil en los conflictos armados, Ginebra, 15 de abril de 2009.

sobre el alcance de sus obligaciones legales. Además, la aplicación complementaria de ambos conjuntos normativos permitirá contar con los elementos necesarios para activar los mecanismos de rendición de cuentas nacionales o internacionales por las violaciones cometidas en el conflicto. Por último, ambos regímenes jurídicos también proporcionan los mecanismos necesarios para garantizar que las víctimas puedan ejercer su derecho a interponer recursos y obtener reparaciones.

Como se ha demostrado en esta publicación, la interacción entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario pone de relieve las complejidades de una comprensión adecuada del régimen jurídico aplicable a los conflictos armados. Ahora bien, a pesar de estas complejidades, la práctica constante de los tribunales internacionales, los tribunales regionales de derechos humanos, los órganos de tratados y los procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos demuestra claramente que el carácter complementario de ambos conjuntos normativos y el hecho de que se refuercen mutuamente han contribuido a la creación de un sólido conjunto de obligaciones legales que protegen ampliamente los derechos de todas las personas afectadas por los conflictos armados. Si bien los conflictos entre las normas son inevitables —de ahí la importancia del principio de *lex specialis*—, estos son la excepción y no la regla. La evolución futura en la materia podría incluir decisiones de la Corte Internacional de Justicia, que cada vez más se ocupa de la aplicación de los tratados de derechos humanos, así como nuevas decisiones de tribunales regionales de derechos humanos, resoluciones del Consejo de Seguridad y del Consejo de Derechos Humanos y la labor de los relatores especiales y los órganos de tratados. Todos los aspectos de esta evolución deben verse como un todo y entenderse como un esfuerzo de la comunidad internacional por reforzar la protección de todas las personas en situaciones de conflicto armado.

Designed and printed by the Publishing Service, United Nations, Geneva
GE.11.45281 — August 2012 — 1,725 — HR/PUB/11/1

United Nations publication
Sales No. S.11.XIV.3.
USD 17
ISBN 978-92-1-354125-8

