



- **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 CONCURRENTES 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.