

ASPECTOS DESTACADOS EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y DE LOS DERECHOS HUMANOS *

JOAQUÍN CÁCERES BRUN **

I. INTRODUCCIÓN

La mayoría de los conflictos armados actuales vienen precedidos de graves violaciones de los derechos humanos de los individuos y de los grupos. Dichos antecedentes de fractura social en el seno de una comunidad aumentan el riesgo de incumplimiento de las normas aplicables a los conflictos armados y la dificultad de reconciliar a las partes una vez concluidas las hostilidades ¹. Además, ponen de manifiesto la compleja relación entre el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, así como entre éste y el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, lo que ha llevado a la Organización de las Naciones Unidas a adoptar diversas iniciativas de carácter preventivo, de control y de represión de las violaciones de los derechos humanos ².

¹ SASSÒLI, Marco - BOUVIER, Antoine A., *How Does Law Protect in War?*, Comité Internacional de la Cruz Roja, Geneva, 1999, ps. 259/260.

² Véase, por ejemplo, el art. 55, Carta de las Naciones Unidas; la res. XXIII (1968), del 12 de mayo, adoptada por la Conferencia Internacional de Derechos Humanos (Teherán); la res. 37/16 (1982), del 16 de noviembre, de la Asamblea General; la Declaración y Programa de Acción de Viena, de la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos (Doc. A/CONF/157/23, del 12 de julio de 1993); el Informe del Secretario General sobre la Prevención de Conflictos Armados (Doc. A/55/985-S/2001/574, del 7 de junio de 2001); la res. 1366 (2001), del 30 de agosto, del Consejo de Seguridad.

* Basado en parte en “El sistema de eficacia del derecho internacional humanitario” y “El derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos”, publicados por el autor en RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis (coord.), *Derecho internacional humanitario*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.

** Licenciado en Derecho por la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”, República de Paraguay. Ha realizado estudios de posgrado en la Universidad de Navarra y en la Universidad Complutense de Madrid. Es miembro del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española y Profesor de Derecho Internacional del Colegio Universitario de Segovia, España.

Tanto el derecho internacional humanitario, que tiene por objeto la protección de las víctimas de los conflictos armados y la regulación de los métodos y medios de combate ³, como el derecho internacional de los derechos humanos, cuyo objetivo es garantizar el goce y ejercicio de los derechos y libertades fundamentales del ser humano, tienen un propósito común: la protección de la persona humana. Por ello ambos sistemas protectores están estrechamente relacionados entre sí, compartiendo semejanzas, diferencias y complementariedad en la aplicación de sus normas.

En efecto, existen claros puntos de coincidencia en relación con los principios comunes de inviolabilidad, no discriminación y seguridad que constituyen el núcleo fundamental de derechos del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos ⁴. Dichos principios reciben la consideración de normas de *jus cogens* o normas imperativas de derecho internacional, que debido a su trascendental importancia y a la universalidad de los valores humanitarios que representan, no son susceptibles de renuncia ⁵.

Por otra parte, sin embargo, históricamente se trata de dos ramas distintas. Las normas más antiguas sobre la protección del ser humano en el derecho internacional se encuentran en el derecho internacional humanitario. En efecto, desde las primeras referencias contenidas en textos de las grandes religiones y civilizaciones de la antigüedad, dichas normas se desarrollaron a partir de la práctica y de la costumbre de los Estados beligerantes que las recogieron luego en acuerdos bilaterales y reglamentos militares (el Código Lieber de 1863, por ejemplo). Sin embargo, durante mucho tiempo la aplicación de estas normas tuvo un alcance limitado al territorio de los Estados beligerantes y a la duración de los conflictos y, además, su contenido estaba sujeto a factores tan cambiantes como los valores morales y éticos aplicables en las distintas épocas y civilizaciones. Por ello se considera que las bases del derecho internacional humanitario moderno se sientan con el Convenio de Ginebra de 1864 ⁶, el primer

³ La clásica distinción entre el “Derecho de Ginebra” y el “Derecho de La Haya” ha sido abandonada desde que ambas ramas han confluido en los Protocolos Adicionales de 1977. Véase BUGNION, François, “Droit de Geneva et Droit de La Haye”, *Revue Internationale de la Croix-Rouge (RICR)*, nro. 844, diciembre 2001, ps. 901/922.

⁴ PICTET, Jean, *Desarrollo y principios del derecho internacional humanitario*, Instituto Henry Dunant, Ginebra, 1986, ps. 76/79.

⁵ Véanse art. 53. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) y la opinión consultiva relativa a la licitud sobre la utilización de las armas nucleares por un Estado en un conflicto armado, *ICJ Reports*, 1996, párr. 79. En su proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de las Naciones Unidas sostiene que las normas básicas de derecho internacional humanitario deben considerarse como obligaciones que emanan de normas imperativas de derecho internacional general (Informe de la CDI a la Asamblea General sobre la labor desarrollada en su 53 período de sesiones, Doc. A/56/10/Corr. 2, ps. 306/307). Arts. 7. I, II, III, y 8, IV, CG.

⁶ Convenio de Ginebra para el Mejoramiento de la Suerte que Corren los Militares Heridos en los Ejércitos en Campaña, del 22 de agosto de 1864.

instrumento multilateral en la materia. Dicho acuerdo está destinado a proteger sin distinción a los militares heridos y enfermos y a garantizar el respeto e identificación (mediante el emblema de la cruz roja sobre fondo blanco) del personal, material y equipamiento sanitarios. Esta transición supuso, además, el paso de unas relaciones que hasta entonces habían sido de carácter exclusivamente interestatal a otras enderezadas a conceder derechos e imponer obligaciones al individuo también, con el fin de asegurar mejor la protección de los derechos de la persona humana ante el Estado y los grupos armados no estatales.

El derecho internacional humanitario se basa en los principios de humanidad ⁷, necesidad ⁸, proporcionalidad (que en los supuestos de prohibiciones no absolutas pretende equilibrar los principios de humanidad y necesidad) ⁹, distinción ¹⁰, prohibición de causar daños superfluos o innecesarios e indiscriminados ¹¹, objetivo legítimo ¹² y distinción entre el *jus ad bellum* y el *jus in bello* ¹³. Dichos principios han sido desarrollados en una amplísima y creciente normativa convencional ¹⁴ cuyos principales instrumentos son: los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y sus Protocolos Adicionales del 8 de junio de 1977 ¹⁵. La mayoría de las disposiciones contenidas en estos acuerdos gozan actualmente de aceptación casi universal ¹⁶ y al mismo tiempo forman parte del derecho consuetudinario.

⁷ Véanse los Principios Fundamentales de Humanidad e Imparcialidad aprobados por la XX Conferencia Internacional de la Cruz Roja (Viena, 1965). Además, el asunto relativo a las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua, *ICJ Reports*, 1986, párr. 242, y la res. 46/182 (1991), del 19 de diciembre, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, entre otras.

⁸ Arts. 52.2 y 57.3, Protocolo I, cit., *infra*, nota 16.

⁹ Véase la opinión consultiva relativa a la licitud sobre la utilización..., cit., *supra* nota 5, párr. 43.

¹⁰ Art. 57.2(b), Protocolo I, cit., *infra* nota 15.

¹¹ Arts. 35 y 51.4 y 5, Protocolo I, cit., *infra* nota 15.

¹² Declaración de San Petersburgo (1868), preámbulo.

¹³ Este principio supone, por una parte, que el *jus in bello* es aplicable a todo conflicto armado, con independencia de su conformidad con el *jus ad bellum* (o, más bien, el *jus contra bellum*, enunciado en el principio de prohibición de la amenaza o uso de la fuerza en las relaciones internacionales) y, por otra, que la aplicación del *jus in bello* no debe impedir el ejercicio de las excepciones previstas en el *jus ad bellum* (legítima defensa, acción autorizada por las Naciones Unidas y el derecho a la libre determinación de los pueblos). Además, Protocolo Adicional I, preámbulo, párr. 5.

¹⁴ <http://www.icrc.org/icrcspa.nsf/22615d8045206c9b41256559002f7de4/012df8e8c33dfe3c412566a30038c0f3?OpenDocument>.

¹⁵ El Convenio de Ginebra para Mejorar la Suerte de los Heridos y Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña (I, CG), el Convenio de Ginebra para Mejorar la Suerte de los Heridos, Enfermos y Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar (II, CG), el Convenio de Ginebra relativo al Trato de los Prisioneros de Guerra (III, CG) y el Convenio de Ginebra relativo a la Protección de Personas Civiles en Tiempo de Guerra (IV, CG), el Protocolo Adicional I relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I) y el Protocolo Adicional II relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional (Protocolo II).

¹⁶ A 12 de diciembre de 2002, las Convenciones de Ginebra, el Protocolo Adicional I y el Protocolo Adicional II contaban con 190, 160 y 154 Estados Parte, respectivamente.

El derecho internacional de los derechos humanos, en cambio, tuvo su origen en el ordenamiento interno de los Estados. Dicho proceso histórico se inició con la concesión de algunos privilegios a ciertos estamentos sociales por el poder (por ejemplo, la Carta Magna de 1215) que luego daría lugar al reconocimiento de derechos ciudadanos (en la Declaración de Filadelfia de 1774, la Declaración de Virginia [*Bill of Rights*] de 1776 y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789). Esta evolución se destacó después con hitos como la prohibición de las prácticas odiosas (por ejemplo, la esclavitud), la protección diplomática y el derecho de asilo, los derechos de las minorías (abanderados por la Sociedad de Naciones) y alcanzó su punto culminante con la adopción de instrumentos internacionales universales y regionales de derechos humanos adoptados a partir de la segunda mitad del siglo XX. Desde la perspectiva de los principios de igualdad y no discriminación ¹⁷, las normas de derechos humanos han sido objeto de desarrollo, en el ámbito universal, en la Carta Internacional de los Derechos Humanos: por una parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDDHH) (1948), y, por otra, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PDCP) (1966), completado por el Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y el Protocolo Facultativo Segundo destinado a abolir la pena de muerte (1989), y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PESC) (1966) ¹⁸. Además, en el ámbito de las Naciones Unidas, varias decenas de instrumentos específicos regulan y desarrollan en detalle aspectos particulares de los derechos humanos ¹⁹. Por otra parte y a diferencia de lo que ocurre en el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos también se ha desarrollado mediante normas regionales como el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CE) (1950), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CA) (1969), y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP) (1981).

Finalmente, desde el punto de vista práctico, cabe destacar las diferencias que separan al derecho internacional humanitario del derecho internacional de los derechos humanos en cuanto a las personas y derechos protegidos, los destinatarios de la normativa, las circunstancias de aplicación y los mecanismos y órganos de protección.

¹⁷ Art. 1, Declaración Universal de Derechos Humanos.

¹⁸ Estos cuatro últimos acuerdos contaban, a 10 de enero de 2003, con 149, 104, 49 y 146 Estados Parte respectivamente.

¹⁹ http://www.unhchr.ch/spanish/html/intlinst_sp.htm.

II. PERSONA Y DERECHOS PROTEGIDOS

El derecho internacional de los derechos humanos aspira a proteger a toda persona sin distinción y, al mismo tiempo, establece una protección especial para las personas y grupos de personas especialmente vulnerables, tales como los refugiados, los desplazados internos, las mujeres y los niños ²⁰. Desde la perspectiva del derecho a la libertad individual y al bienestar social, la normativa de derechos humanos aspira a la protección amplia e integral de los derechos de la persona, buscando su plena realización en el ejercicio de sus derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos ²¹. En este sentido, la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce cinco grandes grupos de derechos sobre: (a) la existencia misma, (b) la protección y la seguridad, (c) la vida política, (d) cuestiones económicas y sociales, y (e) la vida social y jurídica ²².

El derecho internacional humanitario, en cambio, con base en los principios de (a) la normalidad de la vida de las personas protegidas, (b) la neutralidad (la asistencia humanitaria no constituye injerencia en el conflicto) y (c) la protección nacional e internacional de las personas en poder del Estado, se propone la protección de los derechos esenciales de la persona humana, es decir, como señalan Sassòli y Bouvier, sólo algunos de los derechos protegidos por el derecho internacional de los derechos humanos (tales como el derecho a la vida de los combatientes que han quedado fuera de combate, el derecho a la salud de los habitantes de los territorios ocupados, el derecho a un medio ambiente saludable). En efecto, los derechos objeto de protección por el derecho internacional humanitario son los que están en especial peligro en caso de conflicto armado (en este sentido, el derecho a la integridad física de las víctimas de la guerra tiene mayor importancia que su derecho a la libertad de expresión) y en la medida en que su ejercicio no sea incompatible con la propia naturaleza de los conflictos armados (como es caso del derecho a la paz). Como advierten estos autores, dicha protección no sólo supone una adecuación del derecho internacional de los derechos humanos a las necesidades de los conflictos armados (como las precauciones que se deben adoptar en las operaciones militares equivalen al derecho a la vida y a la integridad física de las personas civiles) sino que, además, va más allá al reglamentar ciertas situaciones propias de los con-

²⁰ Véanse la Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados (1951) y su Protocolo (1967), los Principios Rectores sobre los Desplazados Internos (1998), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (1979), la Convención sobre los Derechos del Niño (1989).

²¹ Además, los “derechos humanos de tercera generación” (el derecho a la paz, al desarrollo, a un medio ambiente sano, etc.) aspiran a ampliar dicho catálogo de derechos. Véanse la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 41/128 (1986), del 4 de diciembre, y la labor de seguimiento que desde 1998 realiza un grupo de trabajo establecido por la Comisión de Derechos Humanos.

²² Véanse, respectivamente, arts. 1, 3, 6 y 7; 3, 5 y 8 a 12; 18 a 21; 22 a 27; y 13 a 15.

flictos armados a las que, naturalmente, no se refieren las normas de derechos humanos (en este sentido, las normas sobre el estatuto de combatiente tienen por objeto regular la cuestión relativa a quiénes tienen derecho a hacer uso de la fuerza) ²³.

Por otra parte, las normas del derecho internacional humanitario amparan principalmente a ciertas categorías de personas, las denominadas “personas protegidas”, las víctimas de los conflictos armados (heridos, enfermos, náufragos, población civil, prisioneros de guerra, etc.). Además de esta protección general, los grupos especialmente vulnerables como los niños, mujeres, refugiados, desplazados internos, periodistas y el personal de las Naciones Unidas y de organizaciones humanitarias también reciben una protección especial mediante normas e incluso acuerdos especiales ²⁴. Sin embargo, las víctimas de los conflictos armados que no son “personas protegidas” también son objeto de cierto nivel de protección, ya que en toda circunstancia deberán ser tratadas con humanidad y se beneficiarán de una protección sin distinción alguna ²⁵.

III. DESTINATARIOS DE LA NORMATIVA

El derecho internacional humanitario impone obligaciones a los Estados, a los grupos armados sin carácter estatal, a las organizaciones internacionales y a los individuos. Si bien sólo los Estados pueden ser parte en la normativa convencional de los conflictos armados, cuyas disposiciones deben cumplir y a hacer cumplir mediante la adopción de diversas medidas en el ámbito interno ²⁶, está claro que también los grupos armados no gubernamentales están obligados a respetar el derecho internacional humanitario ²⁷. El mismo deber incumbe a las organizaciones intergubernamentales, como las Naciones Unidas, y especialmente a las de cooperación militar, por lo que, por ejemplo, su

²³ SASSÒLI, Marco - BOUVIER, Antoine A., *How Does...?*, cit., ps. 266/268.

²⁴ Véanse, respectivamente, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la participación de niños en los conflictos armados (2000) y art. 77, Protocolo I; art. 76, Protocolo I; IV, CG y Protocolo I; art. 3, común, CG y Protocolo II; art. 79, Protocolo I; la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado (1994); la res. 57/155 (2002), del 16 de noviembre, de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

²⁵ Art. 75, Protocolo I.

²⁶ Art. 1, común CG.

²⁷ En los conflictos armados internacionales, los movimientos de liberación nacional pueden obligarse por los Convenios de Ginebra (arts. 1.4 y 96.3, Protocolo I), mientras que en los conflictos armados internos, a los grupos disidentes les resulta aplicable el art. 3, común, CG o el Protocolo Adicional II y, en cualquier caso, el derecho interno del Estado. Véase, especialmente, los arts. 6 a 8 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Además, College of Europe, “The Impact of International Humanitarian Law on Current Security Policy Trends”, Proceedings of the Bruges Colloquium, 26 y 27 de octubre de 2001, Special Edition, nro. 25, Summer 2002, y la res. 1261 (1999), del 30 de agosto, del Consejo de Seguridad.

incumplimiento por el personal de una operación de paz haría incurrir en responsabilidad internacional a la organización internacional bajo cuyo mando y control se hallara la misma ²⁸. Finalmente, la consolidación de la legitimación pasiva internacional del individuo se ha traducido en el reconocimiento de que las violaciones graves del derecho internacional humanitario, como los crímenes de lesa humanidad o los crímenes de guerra, pueden tener lugar en todo tipo de conflicto y no solamente en conflictos armados internacionales ²⁹.

Por su parte, el derecho internacional de los derechos humanos impone obligaciones a los Estados e individuos ³⁰ en el ámbito nacional (a través del derecho interno del Estados) e internacional (mediante los acuerdos regionales y multilaterales mencionados y el derecho consuetudinario). Dichas obligaciones son exigibles también a los grupos no estatales organizados que sean capaces de ejercer funciones cuasigubernamentales ³¹.

IV. CIRCUNSTANCIAS DE APLICACIÓN

El derecho internacional humanitario se aplica solamente a los conflictos armados, internacionales o internos. En los conflictos armados internacionales (los que tienen lugar en el territorio de dos o más Estados o implican la ocupación total o parcial del territorio de un Estado o se caracterizan por la lucha de pueblos contra la dominación colonial, la ocupación extranjera o regímenes racistas en el ejercicio de su derecho a la libre determinación) ³², resultan aplicables los Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional I.

²⁸ Véanse “Observancia del derecho internacional humanitario por las fuerzas de las Naciones Unidas” (ST/SGB/1999/13), *Boletín del Secretario General de las Naciones Unidas*, 6 de agosto de 1999 y la res. 1327 (2000), del 13 de noviembre, del Consejo de Seguridad. Además, en general, SHRAGA, Daphna, “UN Peacekeeping Operations: Applicability of International Humanitarian Law and Responsibility for Operations-Related Damage”, *American Journal of International Law (AJIL)*, vol. 94, nro. 2, abril 2000, ps. 406-412.

²⁹ Véanse, por ejemplo, los arts. 5, Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia y 8.2(c) y (e) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Además, “El Fiscal v. Tadić”, sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, asunto nro. IT/94/1 ART2, sentencia del 2 de octubre de 1995 relativa a la apelación por la defensa de una decisión interlocutoria relativa a la competencia, párrs. 137 y 141.

³⁰ Véase el Informe sobre Derechos Humanos y Responsabilidades de la Persona (doc. E/CN.4/2002/107, del 19 de marzo de 2002). Además, “Taking Duties Seriously: Individual Duties”, en *International Human Rights Law-A Commentary*, International Council on Human Rights Policy (ICHRP). Geneva, 1999.

³¹ Véase el Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos (doc. E/CN.4/Sub.2/1999/27, del 7 de junio de 1999), párrs. 44 a 46. Además, “Ends & Means, Human Rights Approaches to Armed Groups”, ICHRP. Ginebra, 2000 y la resolución de Berlín (1999) del Instituto de Derecho Internacional relativa a la aplicación del derecho internacional humanitario y los derechos humanos fundamentales en conflictos armados en los que son parte entes no estatales.

³² Arts. 2, común, CG y 1.4, Protocolo I, respectivamente.

En cambio, el régimen de los conflictos armados internos (los que carecen de carácter internacional y tienen lugar en el territorio de un único Estado) se desdobra en dos según su grado de intensidad. En efecto, en los conflictos de alta intensidad (los que se desarrollan entre las fuerzas armadas del Estado territorial y fuerzas armadas disidentes que, bajo la dirección de un mando responsable, ejercen un control parcial de dicho territorio que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas, con arreglo al art. 1.1, Protocolo II) se aplica al Estado y a las fuerzas disidentes el art. 3, común de los Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional II. En los conflictos de baja intensidad, en cambio, sólo resulta aplicable el art. 3, común de los Convenios de Ginebra. En todo tipo de conflicto se aplican, además, el derecho interno del Estado de que se trata y los derechos humanos no sujetos a derogación³³.

La aplicación del derecho internacional humanitario guarda una relación directamente proporcional a la intensidad del conflicto: a mayor intensidad del conflicto, mayor aplicación. La del derecho internacional de los derechos humanos, en cambio, es inversamente proporcional a la intensidad del conflicto: a mayor intensidad del conflicto, menor aplicación, hasta alcanzar el núcleo inderogable de derechos.

En efecto, aunque el derecho internacional de los derechos humanos ha sido elaborado para tiempos de paz, su aplicación se extiende también a las situaciones de violencia interna o de conflicto armado. El ordenamiento interno del Estado y las normas de derechos humanos resultan aplicables en toda circunstancia, incluso en "...situaciones de tensiones internas o disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos de violencia y otros actos análogos"³⁴, en las que la aplicación del derecho internacional humanitario está expresamente excluida. En estas situaciones la aplicación de la normativa de derechos humanos puede ser limitada ya que el derecho internacional admite que, en situaciones de emergencia, cuando la vida de la nación esté amenazada, el Estado pueda suspender de forma no discriminatoria el ejercicio de la mayoría de los derechos humanos relativos o sujetos a derogación, en la medida en que tal suspensión sea compatible con sus otras obligaciones internacionales, entre ellas las del derecho internacional humanitario³⁵. Sin embargo, dicha suspensión nunca puede afectar al denominado núcleo de derechos y principios inderogables o absolutos, de naturaleza consuetudinaria³⁶: (a) el de-

³³ El derecho internacional humanitario se aplica también a los denominados "conflictos armados nuevos": (a) los desestructurados, es decir, los caracterizados por el debilitamiento o desaparición de las estructuras estatales y de la cadena de mando en los grupos armados que pretenden hacerse con el poder; y (b) los de identidad o étnicos, en los que tienen lugar desplazamientos o el exterminio de la población con fines de "limpieza o depuración étnica".

³⁴ Art. 1.2, Protocolo II.

³⁵ Arts. 4.1, PDCP, 15.1, CE y 27.1, CA.

³⁶ Arts. 4.1, PDCP, 15.2, CE y 27.2, CA.

recho a la vida, a no ser sometido a tortura ni a penas ni tratos crueles, inhumanos o degradantes y a no sufrir esclavitud o servidumbre; y (b) los principios de legalidad y de irretroactividad de la ley penal. Este núcleo de derechos humanos absolutos coincide con el núcleo de derechos inderogables del art. 3, común de los Convenios de Ginebra aplicable a todo conflicto armado. Tal coincidencia garantiza que la violación del núcleo común de derechos inderogables sea ilegal en cualquier situación, más allá de una eventual discrepancia entre el Estado y los grupos disidentes sobre la calificación de una situación como “tensión interna”, “disturbio interior” o como “conflicto armado interno”.

V. MECANISMOS Y ÓRGANOS DE PROTECCIÓN

Si bien los sistemas de eficacia del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos han sido tradicionalmente distintos, en las últimas décadas se produjo un creciente acercamiento entre sus respectivos mecanismos y órganos de aplicación, lo que ha supuesto la adopción, por el derecho internacional humanitario, de procedimientos propios de la normativa de derechos humanos y viceversa, e incluso la recíproca aplicación o, al menos, referencia a sus respectivos principios y normas por parte de sus respectivos sistemas de eficacia, a tal punto que, gradualmente, éstos están dejando de ser uno de los elementos que los distinguen³⁷. En este sentido, por ejemplo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que:

“In addition, while its specific mandate is to secure the observance of international human rights protections in the Hemisphere, this Commission has in the past looked to and applied definitional standards and relevant rules of international humanitarian law in interpreting the American Declaration and other Inter-American human rights instruments in situations of armed conflict.

”In taking this approach, the Commission has drawn upon certain basic principles that inform the interrelationship between international human rights and humanitarian law. It is well-recognized that international human rights law applies at all times, in peacetime and in situations of armed conflict. In contrast, international humanitarian law generally does not apply in peacetime and its principal purpose is to place restraints on the conduct of warfare in order to limit or contain the damaging effects of hostilities and to protect the victims of armed conflict, including civilians and combatants who have laid down their

³⁷ Este fenómeno refleja la gradual tipificación penal internacional de que han sido objeto las violaciones graves y sistemáticas de las normas de derechos humanos y el reconocimiento de que pueden tener lugar también en tiempos de paz (art. 18 sobre los crímenes de lesa humanidad del proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad). Véanse O'DONNELL, Daniel, “Trends in the Application of International Humanitarian Law by United Nations Human Rights Mechanisms”, *International Review of the Red Cross* (IRRC), nro. 324, septiembre 1998, ps. 481/503 y DUGARD, John, “Bridging the Gap Between Human Rights and Humanitarian Law: The Punishment of Offenders”, IRRC, nro. 324, septiembre 1998, ps. 445/453.

arms or have been placed hors de combat. Further, in situations of armed conflict, the protections under international human rights and humanitarian law may complement and reinforce one another, sharing as they do a common nucleus of non-derogable rights and a common purpose of promoting human life and dignity. In certain circumstances, however, the test for evaluating the observance of a particular right, such as the right to liberty, in a situation of armed conflict may be distinct from that applicable in time of peace. In such situations, international law, including the jurisprudence of this Commission, dictates that it may be necessary to deduce the applicable standard by reference to international humanitarian law as the applicable *lex specialis*”³⁸.

La inexistencia de instancias penales internacionales ha obligado tradicionalmente al derecho internacional humanitario a hacer hincapié en los mecanismos de prevención y control, por lo que los procedimientos de represión no han empezado a cobrar protagonismo hasta la creación de los tribunales penales internacionales *ad hoc* en los años noventa. En la aplicación interna e internacional de sus mecanismos de prevención, control y represión intervienen con distinto grado de participación: el Estado, las organizaciones internacionales (principalmente las Naciones Unidas, pero también los organismos de carácter regional mediante mecanismos convencionales o extraconvencionales)³⁹, el Movimiento Internacional de la Cruz Roja (MICR), especialmente el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), y los tribunales penales internacionales. Además, en las fases de prevención y control, vale la pena destacar el creciente papel de las organizaciones no gubernamentales, la opinión pública y los medios de comunicación⁴⁰.

³⁸ Véase la decisión del 12 de marzo de 2002 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en relación con las personas detenidas por los EE.UU. en Guantánamo, en <http://www.humanrightsnow.org>. El caso ha sido analizado por Manuel Pérez González y José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, “El caso de los detenidos de Guantánamo ante el derecho internacional humanitario y de los derechos humanos”, revista española de *Derecho Internacional*, vol. LIV, nro. 1, 2002, ps. 11/40. De la misma manera, la competencia de los tribunales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia (art. 5) y para Ruanda (art. 3), y de la Corte Penal Internacional (art. 5), comprende los crímenes de lesa humanidad, que pueden ser equiparados a violaciones graves de los derechos humanos.

³⁹ Véanse MARTIN, Fanny, “The Application of International Humanitarian Law by the Inter-American Court of Human Rights”, IRRC, nro. 844, diciembre 2001, ps. 1037/66 y ZEGVELD, Liesbeth, “The Inter-American Commission on Human Rights and International Humanitarian Law: A comment on the La Tablada Case”, IRRC, nro. 324, septiembre 1998, ps. 505/511. Respecto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, véase su decisión del 12 de marzo de 2002.... cit., *supra* nota 38 y su Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.116, doc. 5, rev. 1 corr., 22 de octubre de 2002.

⁴⁰ Véase, respectivamente, BRETT, Rachel, “Non-governmental Human Rights Organizations and International Humanitarian Law”, IRRC, nro. 324, septiembre 1998, ps. 531/536; CARON, David D., “War and International Adjudication: Reflections on the 1899 Peace Conference”, AJIL, vol. 94, nro. 1, ps. 4/30; GOWING, Nik, “Media in Conflict: The New Reality not yet Understood”, FORUM, CICR, abril 2002, ps. 58/63 y Journalism, “Media and the Challenge of Human Rights Reporting-Main Report”, ICHRP, Geneva, 2002.

La prevención de las violaciones del derecho internacional humanitario tiene lugar a través del Estado que, entre otros deberes, está obligado a promover, a difundir, a traducir sus normas, a incorporarlas en su derecho interno y a entrenar a personal cualificado en las mismas ⁴¹. El CICR, por su parte, promueve, difunde y desarrolla el conocimiento del derecho internacional humanitario y coopera con los Estados en el cumplimiento de sus obligaciones ⁴². En el control del cumplimiento del derecho internacional humanitario intervienen: (a) las potencias protectoras o su sustituto mediante la comunicación entre las partes en conflicto, el auxilio de las víctimas, control de la normativa y las misiones de buenos oficios ⁴³; (b) la Comisión Internacional de Encuesta actúa investigando las denuncias de incumplimiento grave, facilitando el retorno al respeto del derecho internacional humanitario y redactando un informe con recomendaciones y conclusiones ⁴⁴; y (c) el CICR mediante la ayuda y la protección a las víctimas de los conflictos armados y disturbios interiores ⁴⁵. La represión de las violaciones se realiza en el plano internacional en caso de incumplimiento por parte de Estados, organizaciones intergubernamentales e individuos mientras que en el plano nacional los Estados están obligados a hacer efectiva la responsabilidad individual con base en el principio *aut dedere aut judicare* ⁴⁶.

En el plano internacional tanto los Estados como las organizaciones intergubernamentales pueden incurrir en responsabilidad por la violación de su obligación de cumplir y hacer cumplir el derecho internacional humanitario, es decir, por ser responsables de un hecho internacionalmente ilícito. Por ello, desde el derecho internacional y el derecho internacional humanitario se han dispuesto mecanismos para hacer efectivas las consecuencias que se derivan de tal incumplimiento.

Así, en el derecho internacional general, además de la obligación de cesar dichos hechos, el Estado responsable está obligado a repararlos, generalmente mediante una indemnización. Estas consecuencias se pueden hacer efectivas, además, a través de las medidas de autoayuda o de autotutela, de carácter uni-

⁴¹ Véanse arts. 48 y 49, I, 45, 49 y 50, II, 128 y 129, III y 145 y 149, común CG, 6 y 82, Protocolo I.

⁴² Art. 5.2(g). Estatutos del MICR.

⁴³ Arts. 8 y 9, I/III/III, CG, 9 y 10, IV, CG y 5, Protocolo I.

⁴⁴ Arts. 52, I, 53, II, 132, III y 149, IV, CG, y 90, Protocolo I.

⁴⁵ En situaciones de conflicto, tensiones interiores y disturbios internos y en tiempos de paz, el CICR actúa mediante el derecho de iniciativa cuyo ejercicio está sometido al consentimiento del Estado (arts. 5.3. Estatutos del MICR y 3.2, común CG). En los conflictos armados internacionales dispone, además, del derecho de acceso, que ejerce sin necesidad de contar con el consentimiento del Estado (art. 126, III, CG). El CICR desempeña su labor con arreglo a un particular *modus operandi*: la confidencialidad en lugar de la publicidad, la cooperación y no el enfrentamiento y el acceso a las víctimas en vez de la investigación de violaciones del derecho internacional humanitario. Véase SASSÒLI, Marco - BOUVIER, Antoine A., *How Does...?*, cit., ps. 291/293. En general, véase "Human Rights and the ICRC", *International Humanitarian Law*, CICR, Geneva, 1993.

⁴⁶ Arts. 49, I, 50, II, 129, III y 149, IV, CG, 85 y 88, Protocolo I.

lateral o colectivo, como las de retorsión o las represalias previstas en el derecho internacional ⁴⁷ o mediante el recurso a instancias judiciales internacionales. Conforme al régimen sobre la responsabilidad de los Estados, las violaciones graves del derecho internacional humanitario, en tanto que violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas de derecho internacional general, convertirían a todos los Estados en Estados lesionados y, por tanto, en titulares de la acción contra el Estado responsable al que cabría imponer consecuencias adicionales a las previstas para los hechos internacionalmente ilícitos ⁴⁸.

Las infracciones del derecho internacional humanitario hacen incurrir al Estado en responsabilidad internacional y en la obligación de indemnizar al ser considerado responsable “de todos los actos cometidos por las personas que formen parte de sus fuerzas armadas” y, en caso de violaciones graves, los Estados “se comprometen a actuar, conjunta o separadamente, en cooperación con las Naciones Unidas y en conformidad con la Carta de las Naciones Unidas” ⁴⁹. A pesar de que su papel no está expresamente definido en la normativa de derecho internacional humanitario ni en la Carta de las Naciones Unidas, la Organización ha empezado a desempeñar, en los últimos años, un papel tan *sui generis* como decisivo en la aplicación del derecho de los conflictos armados con base en: la interacción entre los derechos humanos y el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, la acción humanitaria, las operaciones de paz (que a partir de Onusal en 1990 han incluido un componente de derechos humanos para fortalecer las capacidades de alerta temprana, de respuesta y de reconstrucción posterior a los conflictos), las sanciones económicas, etc., es decir, en palabras de Sassòli y Bouvier, como codificadora, ejecutora y sujeto del derecho internacional humanitario ⁵⁰. En efecto, a través de la Asamblea General, particularmente activa en la materia a partir de su histórica res. 2444 (XXIII) (1968) sobre el respeto del derechos humanos en los conflictos armados; el Consejo de Seguridad, que ha establecido los tribunales penales internacionales de la ex Yugoslavia y de Ruanda; y el secretario general quien, en nombre de las Naciones Unidas, ha celebrado un acuerdo con Sierra Leona para el establecimiento del Tribunal Especial para Sierra Leona ⁵¹. Asimismo, vale

⁴⁷ Véanse arts. 1, 29 a 31, 34, 49 y 50, proyecto de artículos de la CDI, cit., *supra* nota 5, ps. 21, 29, 30 y 35.

⁴⁸ Véanse arts. 40 a 42 y 48, proyecto de artículos de la CDI, cit., ps. 32 a 35. Además, SASSÒLI, Marco. “State Responsibility for Violations of International Humanitarian Law”, IRRC, nro. 846, junio 2002, ps. 401/434.

⁴⁹ Respectivamente, arts. 91 y 89. Protocolo I.

⁵⁰ SASSÒLI, Marco - BOUVIER, Antoine A., *How Does Law...?*, cit., p. 237.

⁵¹ Véanse, respectivamente, la res. 2444 (XXIII) (1968), del 19 de diciembre; 827 (1993.) del 25 de mayo y 955 (1994), del 8 de noviembre; 1315 (2000) del 14 de agosto y el Informe del Secretario General sobre el Establecimiento de un Tribunal Especial para Sierra Leona (Doc. S/2000/915, del 4 de octubre de 2000), entre otras actuaciones de dichos órganos.

la pena destacar la labor de la Corte Internacional de Justicia, que ya se había referido al derecho internacional humanitario en su sentencia en el asunto de las actividades militares y paramilitares en y en contra de Nicaragua (“Nicaragua v. Estados Unidos de América”, 1986) y en su opinión consultiva relativa a la licitud sobre la utilización de las armas nucleares por un Estado en un conflicto armado (1996) y ante la que se han interpuesto diversas demandas, la mayoría de ellas *sub judice*, por presuntas violaciones del derecho internacional humanitario ⁵².

Finalmente, y a pesar de que seguimos asistiendo a lo que se podría percibir como un ejercicio selectivo de la justicia internacional a la hora de enjuiciar a las personas presuntamente responsables de violaciones del derecho internacional humanitario, vale la pena destacar que en la actualidad el individuo puede responder por tales delitos mediante cinco mecanismos de sanción: (a) los tribunales internos de los Estados; (b) los tribunales *ad hoc* (el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda); (c) los tribunales mixtos con la participación de personal nacional y extranjero (el Tribunal Especial para Sierra Leona); (d) la asistencia jurídica internacional a los Estados cuyas estructuras de administración de justicia han sido gravemente dañadas o han desaparecido como consecuencia de situaciones de conflicto (por ejemplo, las operaciones de paz en Kosovo, la Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo-UNMIK, y en Timor Oriental, la Administración de Transición de las Naciones Unidas para Timor Oriental-UNTAET, sustituida luego por la Misión de Apoyo de las Naciones Unidas en Timor Oriental-UNMISSET); (e) las salas especiales creadas en los tribunales internos de algunos Estados (en Camboya, por ejemplo, con el fin de juzgar a los jemeres rojos); y (f) la Corte Penal Internacional ⁵³.

La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos, en cambio, ha tenido lugar casi siempre *a posteriori* debido a que, como recuerda Escobar Hernández, su objetivo no es tanto condenar al Estado infractor sino asegurar el ejercicio de los derechos protegidos ⁵⁴, lo que no ha impedido que

⁵² Véanse, el asunto relativo a la aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (1993) y el asunto relativo a la revisión de la sentencia del 11 de julio de 1996 en el asunto relativo a la aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (2001); el asunto relativo a las actividades armadas en el territorio del Congo (1999); el asunto relativo a la aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (1999); el asunto relativo a la legalidad del uso de la fuerza (1999); el asunto relativo a la orden de arresto del 11 de abril de 2000 (2000); y el asunto relativo a las actividades armadas en el territorio del Congo (2002). El 9 de diciembre de 2002 la República del Congo demandó a Francia ante la CIJ en relación con la orden de arresto dictada por un juez francés contra, entre otros, el ministro de Interior congolés por crímenes de lesa humanidad y tortura y por haber citado al presidente congolés como testigo en dicho caso. Véase <http://www.icj-cij.org>.

⁵³ MUNDIS, Daryl A., “New Mechanisms for the Enforcement of International Humanitarian Law”, AJIL, vol. 95, nro. 4, octubre 2001, ps. 934/952.

⁵⁴ ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción, “La protección internacional de los derechos humanos”.

de manera progresiva las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales hayan incorporado mecanismos de prevención y control mediante monitores y relatores especiales destacados por los comités y comisiones encargados de velar por el cumplimiento de los distintos acuerdos. Así, el sistema de eficacia nacional e internacional (en los ámbitos universal y regional) de los derechos humanos, cuya responsabilidad primordial incumbe a los Estados, tiene lugar mediante procedimientos de prevención, control y sanción.

La prevención de las violaciones se realiza con la definición y codificación de normas (una labor que las Naciones Unidas estima casi concluida), su incorporación al derecho interno de los Estados y la ratificación de los instrumentos internacionales que las recogen, la determinación de los problemas relativos a su aplicación y la elaboración de mecanismos para mejorar la misma, la educación, cooperación técnica y capacitación (en la administración de la justicia, por ejemplo) que organizaciones intergubernamentales como la Organización de las Naciones Unidas (en el marco de su Programa de Derechos Humanos y en línea con la inclusión a partir de 1997 de los derechos humanos en todas las actividades de la Organización) prestan al Estado para facilitarle el cumplimiento de sus obligaciones en la materia, y la labor de sensibilización y formación que realizan las ONGs y las sociedades nacionales.

El control del cumplimiento de la normativa de derechos humanos tiene lugar, en el ámbito nacional, a través del derecho interno del Estado y, en el ámbito internacional, mediante diversos órganos no judiciales de las organizaciones intergubernamentales (en las Naciones Unidas, la Comisión de Derechos Humanos, el Comité del PDCP, el Comité contra la Tortura, etc.; en el ámbito regional, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Africana de Derechos Humanos). El mecanismo se pone en marcha a partir de (i) denuncias interestatales o de los individuos afectados (previo reconocimiento de la jurisdicción del órgano ante quien se presenta la denuncia por parte del Estado objeto de la misma) y (ii) informes de los propios Estados. Se trata de procedimientos contradictorios, públicos en su mayoría, incluyendo la designación de monitores y relatores especiales (temáticos o por países) con el fin de realizar evaluaciones *in situ*, al cabo de los cuales el órgano de que se trata emite una decisión o recomendación. Por otra parte, los informes anuales y denuncias puntuales de organizaciones no gubernamentales especializadas como Amnistía Internacional, la Federación Internacional de los Derechos Humanos, Human Rights Watch, etc., se han erigido en efectivos cauces de control del derecho internacional de los derechos humanos fuera del marco institucional.

en DÍEZ DE VELASCO, Manuel, *Instituciones de derecho internacional público*, 12ª ed., Tecnos, Madrid, 1999, p. 537.

La sanción de las violaciones de los derechos humanos se produce, en el ámbito nacional, mediante los tribunales internos del Estado y, en el ámbito internacional, a través de tribunales regionales: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (el único que admite denuncias individuales)⁵⁵, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Africano de Derechos Humanos. Además, debido a la incapacidad o la falta de voluntad de algunos Estados para perseguir a los presuntos responsables de violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario cometidas en su territorio y/o por algunos de sus nacionales y a la inexistencia de instancias judiciales internacionales para procesarlos, con base en el principio de la jurisdicción universal, han empezado a entablarse reclamaciones ante tribunales de Estados extranjeros. Éste es el caso de las demandas interpuestas, por ejemplo, contra el ex presidente Pinochet de Chile (España, 1998), contra el ex presidente Habré de Chad (Senegal y Bélgica, 2000), contra el primer ministro Oba de la República del Congo (Francia, 2001)⁵⁶.

VI. DIFICULTADES Y POSIBLES SOLUCIONES

La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario presenta dos grandes problemas: los relativos a sus respectivos sistemas de eficacia (dificultades comunes como el incumplimiento de sus normas y, en el caso del derecho internacional humanitario, los distintos grados de protección entre los conflictos armados internacionales e internos) y los asociados a su puesta en práctica en ciertas situaciones que podrían dar lugar a posibles lagunas de protección⁵⁷.

1. El sistema de eficacia

En el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos se considera como concluida prácticamente la labor de su codificación universal excepto, quizá, los derechos de tercera generación. Por ello, a partir de la Conferencia de Viena (1993) y a la vista del gravísimo problema que supone el dramático

⁵⁵ Véase REIDY, Aisling, "The Approach of the European Commission and Court of Human Rights to International Humanitarian Law", IRRC, nro. 324, septiembre 1998, ps. 513/529.

⁵⁶ Véanse <http://www.a-i.es/camps/cat/impuni03.htm> y <http://www.hrw.org/justice/about.php>. Además, asunto relativo a la orden de arresto del 11 de abril de 2000 (2000), *supra* nota 52. Vale la pena recordar que la jurisdicción universal está contemplada para las violaciones de las Convenciones de Ginebra, sus Protocolos Adicionales y la Convención contra la Tortura y, en el ámbito consuetudinario, para el crimen de genocidio y el crimen de lesa humanidad.

⁵⁷ Algunas de estas cuestiones serán objeto de análisis en el estudio sobre normas consuetudinarias que el CICR tiene previsto publicar a finales de 2003. Véase HENCKAERTS, Jean-Marie, "Study on Customary Rules of International Humanitarian Law: Purpose, Coverage and Methodology", IRRC, nro. 835, septiembre 1999, ps. 660/668.

aumento de la pobreza en el mundo, en el contexto de la creación de una verdadera cultura mundial de los derechos humanos, las Naciones Unidas centran ahora su atención en redoblar los esfuerzos para mejorar la aplicación de los derechos humanos, en particular, los derechos económicos, sociales y culturales y el derecho al desarrollo. En el aspecto de la prevención de las violaciones se insiste en la necesidad de que los Estados ratifiquen los diversos instrumentos internacionales en la materia e insistan en la labor de educación en derechos humanos, mientras que a partir de 1997 las Naciones Unidas se han propuesto que el derecho internacional de los derechos humanos impregne toda la labor de la Organización. Por lo que al control del cumplimiento de esta normativa se refiere, las Naciones Unidas han reforzado sus diversos mecanismos de vigilancia encargando a varios órganos políticos y a las operaciones de paz tareas de supervisión del respeto de los derechos humanos⁵⁸. Así, por ejemplo, los informes presentados por los relatores especiales y representantes de las Naciones Unidas en la ex Yugoslavia y en Ruanda sirvieron de base para la creación de los correspondientes tribunales penales internacionales *ad hoc*. En cuanto a la represión de las violaciones, teniendo en cuenta que la responsabilidad de su cumplimiento recae en primer lugar sobre el Estado y que la justicia internacional debe ser considerada como un mecanismo subsidiario del derecho interno, las Naciones Unidas han decidido fortalecer los mecanismos de cooperación en materia de administración de la justicia nacional aunque sin perder de vista la consolidación de su homóloga internacional con la creación de los tribunales internacionales ya mencionados que de manera creciente se están ocupando de las violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos.

La falta de cumplimiento de sus normas es, sin lugar a dudas, el problema más grave al que se enfrenta el derecho internacional humanitario. Entre las razones que explican dichas violaciones deben apuntarse el *stress*, la violencia y la ruptura del régimen social y jurídico internacional, característicos en todo conflicto armado, así como el desconocimiento y la no aceptación de las normas de derecho internacional humanitario, los casos de falta de disciplina y organización y de obediencia ciega y, naturalmente, la impunidad⁵⁹. Esta situación ha puesto de manifiesto la necesidad de fortalecer los mecanismos de eficacia del derecho internacional humanitario.

⁵⁸ Véase KATAYANAGI, Mari, *Human Rights Functions of United Nations Peacekeeping Operations*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2002.

⁵⁹ SASSÒLI, Marco - BOUVIER, Antoine A., *How Does...?*, cit., ps. 256/259. Según estos autores el cumplimiento del derecho internacional humanitario se basa, entre otros elementos, en la rutina y la difusión de sus normas, el interés y la eficiencia militares, la presión de la opinión pública, los imperativos culturales, éticos y religiosos y la reciprocidad. ps. 259/260, además, SCHABAS, William A., "Enforcing International Humanitarian Law: Catching the Accomplices", IRRC, nro. 842, junio 2001, ps. 439/459.

En la fase de prevención cabría instar a los Estados a adherirse a los protocolos adicionales, a aceptar la competencia de la Comisión Internacional de Encuesta ⁶⁰, a redoblar los esfuerzos para incorporar la normativa de derecho internacional humanitario a los ordenamientos internos, a promover y difundir el derecho internacional humanitario entre la población civil, a adoptar las medidas prácticas de prevención y a crear comisiones nacionales interministeriales de aplicación del derecho internacional humanitario ⁶¹. En el control del cumplimiento del derecho internacional humanitario, el mecanismo de las potencias protectoras parece estar condenado a la inoperancia por las dificultades que, a pesar de todo, supone su designación. En cambio, la Comisión Internacional de Encuesta, a pesar de no haberse estrenado, puede erigirse en el mecanismo ideal de control del cumplimiento del derecho internacional humanitario. Esta situación hace que cobre protagonismo la acción del CICR como intermediario neutral y en ejercicio del derecho de iniciativa en todo tipo de conflicto armado. La fase de represión de las infracciones del derecho internacional humanitario en el ámbito internacional ha experimentado grandes progresos con el establecimiento de diversos tribunales internacionales y, sobre todo, con la reciente entrada en vigor del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, si bien son conocidos los múltiples obstáculos que dificultarán la labor de este tribunal en el que tantas esperanzas ha depositado la comunidad internacional.

En segundo lugar, el derecho internacional humanitario establece grados distintos de protección entre los conflictos armados internacionales y los conflictos armados internos e incluso, según su intensidad, entre estos últimos. En efecto, la protección prevista para los conflictos armados internacionales es más completa (contiene normas sobre los métodos y medios de combate, la protección de la población civil y la represión de las infracciones) que para los conflictos armados internos ⁶². Además, en los conflictos armados sin carácter internacional de alta intensidad la protección es más completa (en cuanto al personal, las unidades y el transporte sanitarios, el uso del distintivo de la Cruz Roja y la Media Luna Roja) y mayor (contempla garantías a favor de los no combatientes, heridos, enfermos y náufragos) que en los de baja intensidad ⁶³,

⁶⁰ Véase CONDORELLI, Luigi, "The International Humanitarian Fact-Finding Commission: An Obsolete Tool or a Useful Measure to Implement International Humanitarian Law?", IRRC, nro. 842, junio 2001, ps. 393/406.

⁶¹ Véase el informe del Secretario General sobre el estado de los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949, relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados (A/55/173 y Add. 1 y Corr. 1 y 2), el Plan de Acción para los años 2000 a 2003, 27ª Conferencia Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja, párr. 36, y la Declaración del Milenio, res. 55/2 de la Asamblea General del 8 de septiembre de 2000.

⁶² Arts. 35 a 42, 48 a 79 y 85 a 91, Protocolo I.

⁶³ Arts. 4 a 6 y 8 a 12, Protocolo II.

a tal punto que el propio art. 3, común a los Convenios, insta a los Estados a extender la protección mediante acuerdos especiales. Por ello, se ha sugerido la eliminación de la distinción entre conflictos armados internacionales e internos con el fin de conceder la misma protección a las víctimas de todos los conflictos. En este sentido, la sala de Apelaciones del Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia se preguntaba: ¿por qué proteger a los civiles de la violencia de la guerra, o prohibir la violación, la tortura o la destrucción injustificada de hospitales, edificios de culto, museos o bienes privados así como prohibir las armas que causan sufrimientos inútiles cuando dos Estados soberanos están en guerra y, al mismo tiempo, abstenerse de decretar las mismas prohibiciones o de ofrecer la misma protección cuando la violencia armada estalla “únicamente” en el territorio de un Estado soberano? Si el derecho internacional a la vez que salvaguarda, naturalmente, los intereses legítimos de los Estados, debe asegurar progresivamente la protección de los seres humanos, la desaparición progresiva de la dicotomía antes mencionada sería perfectamente natural ⁶⁴.

2. Las posibles lagunas de protección

Finalmente, por el efecto conjunto de la inaplicación del derecho internacional humanitario y de la derogación de las normas de derechos humanos para hacer frente a situaciones de violencia interna que no constituyen conflictos armados, se pueden producir lagunas de protección en circunstancias en las que sólo resulta aplicable el núcleo inderogable de derechos humanos (en situaciones de tensiones interiores y disturbios internos o cuando el Estado no reconoce la existencia de un conflicto armado), como consecuencia de: (a) la existencia de un numeroso grupo de Estados que no ha ratificado el PDCP, dificultando así la aplicación de los derechos humanos relativos o sujetos a derogación; (b) la falta de coincidencia respecto del catálogo de derechos absolutos o no sujetos a derogación; (c) la inadecuación, debido a que han sido concebidas para tiempos de paz, de las normas de derechos humanos a situaciones de conflicto como las de violencia interna (al carecer, por ejemplo, de disposiciones relativas a la protección y asistencia de heridos, la prohibición de las deportaciones, las limitaciones al uso de la fuerza por las fuerzas de seguridad, las garantías judiciales, etc.); (d) las dudas sobre la aplicabilidad de las normas de derechos humanos a los grupos armados disidentes; y (e) la dificultad de determinar las circunstancias en que la normativa convencional relativa a los conflictos armados internos resulta aplicable, tanto en cuanto al umbral como a la extensión de su aplicabilidad a los grupos no estatales.

⁶⁴ “El Fiscal v. Tadić”, cit., *supra* nota 29, párr. 97. En este sentido, por ejemplo, “Observancia del derecho internacional humanitario por las fuerzas de las Naciones Unidas”, cit., *supra* nota 28 y el derecho interno español (arts. 608 a 614, CPen. y 69 a 78, Código Penal Militar), que no distinguen entre conflictos armados internacionales y conflictos armados internos.

Por ello, se ha sugerido la aplicación de normas consuetudinarias de derecho internacional humanitario, cuyo valor ha sido reconocido en la denominada “cláusula Martens”, conforme a la cual “[...] en los casos no previstos por el derecho vigente, la persona humana queda bajo la salvaguardia de los principios de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública [...]”⁶⁵. Sin embargo, la dificultad consiste en precisar el contenido de la cláusula Martens en relación, sobre todo, con su posible aplicación a la prohibición del recurso a ciertos medios (algunas armas) y métodos de combate (ataques indiscriminados) en los conflictos armados internacionales⁶⁶, que no se extiende a los conflictos armados internos y que, como ya ha quedado apuntado, se traduce en un menor nivel de protección para las víctimas de éstos. Estas diferencias de protección se extienden también a ciertos métodos de combate (desplazamientos forzados, el hambre) prohibidos solamente en los conflictos internos de alta intensidad⁶⁷. En relación con el valor actual de la cláusula Martens, Meron ha sostenido que:

[...] ”It is generally agreed that the clause means, at the very least, that the adoption of a treaty regulating particular aspects of the law of war does not deprive the affected persons of the protection of those norms of customary humanitarian law that were not included in the codification. The clause thus safeguards customary law and supports the argument that what is not prohibited by treaty may not necessarily be lawful [...]. It argues for interpreting international humanitarian law, in case of doubt, consistently with the principles of humanity and dictates of public conscience. As a customary norm whose applicability to the use of certain types of weapons, the prohibition of unnecessary suffering, and other fundamental principles of international humanitarian law has been recognized by the International Court of Justice, the Martens clause should be taken into consideration in evaluating the legality of weapons and methods of war. In appropriate circumstances, it provides additional argument against a finding of non liquet. It reinforces a trend, which is already strong in international institutions and tribunals, towards basing the existence of customary law primarily on *opinio juris* (principles of humanity and dictates of public conscience) rather than actual battlefield practice. It also reinforces the homocentric focus of international humanitarian law, at the same time reducing the traditional interstate emphasis of the law of war and the weight of reciprocity. It serves as a powerful vehicle for governments and especially NGOs to

⁶⁵ Véase preámbulo Protocolo II y formulaciones similares en los arts. 63, I, 62, II, 142, III, 158, IV, CG y 1.2, Protocolo I. Además, TICEHURST, Rupert, “The Martens Clause and the Laws of Armed Conflict”, IRRC, nro. 317, abril 1997, ps. 125/134, y CASSESE, Antonio, “The Martens Clause: Half a Loaf or Simply a Pie in the Sky?”, *European Journal of International Law*, vol. 11, nro. 1, 2000, ps. 187/216.

⁶⁶ Arts. 35-6 y 51.4, y 5, Protocolo I.

⁶⁷ Arts. 49, IV, CG, 17, Protocolo II y 54, Protocolo I.

push the law ever more to reflect human rights concerns. Where there already is some legal basis for adopting a more humanitarian position, the Martens clause enables decision makers to take the extra step forward [...]. Nevertheless, the Martens clause does not allow one to build castles in the sand. Except in extreme cases, its references to principles of humanity and dictates of public conscience cannot, alone, delegitimize weapons and methods of war, especially in contested cases [...]. Governments are not yet ready to transform broad principles of humanity and dictates of public conscience into binding law ⁶⁸”.

Por otra parte, se ha propuesto la adopción de “normas básicas de humanidad” aplicables a todo tipo de conflicto, con independencia de su intensidad o calificación y no sujetas a derogación. Como ha señalado Pérez González, dichas normas ofrecerían una protección equiparable a la del art. 3, común a los Convenios de Ginebra, mediante la aplicación del núcleo inderogable de normas de derechos humanos y de disposiciones *ad hoc* adecuadas a los conflictos armados (sobre cuestiones no previstas por el derecho internacional de los derechos humanos) ⁶⁹. En este sentido, el secretario general de las Naciones Unidas ha sostenido que:

[...]”la necesidad de definir unas normas básicas de humanidad se plantea por el reconocimiento de que, con frecuencia, existen situaciones de violencia interna que entrañan una gran amenaza para la dignidad y la libertad humanas. El punto a que esas situaciones han de llegar para dar lugar a la aplicación del derecho internacional humanitario no está siempre claro. Al mismo tiempo, la eficacia de la protección que ofrece la legislación en materia de derechos humanos ha sido limitada hasta la fecha, por ejemplo, los estados de emergencia en que los gobiernos pueden suspender la aplicación de sus obligaciones internacionales referentes a los derechos humanos. Además, la mayor parte de los conflictos armados tiene en la actualidad un carácter interno más que internacional. Las reglas del derecho internacional humanitario aplicable pueden ser distintas según la naturaleza y la intensidad del conflicto armado. Así pues, el proceso de definir normas básicas de humanidad parte del reconocimiento de la necesidad de una declaración de principios, derivados de los derechos humanos y de la legislación humanitaria, que ha de ser de aplicación a cada persona en todas las situaciones ⁷⁰”.

⁶⁸ MERON, Theodor, “The Martens Clause. Principles of Humanity, and Dictates of Public Conscience”, AJIL, vol. 94, nro. 1, enero 2001, ps. 87/88.

⁶⁹ PÉREZ GONZÁLEZ, Manuel, “Las relaciones entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario”, en *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Centro Internacional Bancaja para la Paz y el Desarrollo, Aranzadi, Castellón, 1997, ps. 357/358.

⁷⁰ Informe del Secretario General sobre normas básicas de humanidad, párr. 4 (Doc. E/CN.4/2001/91, del 12 de enero de 2001). Véase, además, VIGNY, Jean-Daniel - THOMPSON, Cecilia “Standards fondamentaux d’humanité: quel avenir?”, RICR, nro. 840, diciembre 2001, ps. 917/939.

VII. CONCLUSIONES

El estudio de la relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario revela que, a pesar del acercamiento y el mejoramiento experimentado por sus respectivos sistemas de eficacia, subsisten una serie de dificultades que afectan a la imprescindible complementariedad en la aplicación que debería caracterizar a ambos sistemas normativos.

En efecto, dicha complementariedad no es completa ya que, cuando el derecho internacional humanitario no es aplicable, se revelan las carencias del núcleo inderogable de derechos humanos para hacer frente a situaciones de disturbios internos o tensiones interiores o, peor aún, a conflictos armados internos cuya existencia no ha sido reconocida por el Estado. Además, subsisten los problemas relativos al umbral de aplicación y al alcance de la aplicación de las normas humanitarias a los grupos armados no estatales. Para hacer frente a estas lagunas de protección se ha sugerido la posibilidad de recurrir a la protección de la cláusula Martens y a la posible adopción de “Normas Básicas de Humanidad”, aplicables a toda persona, en toda situación y no sujetas a derogación.

A estos problemas cabe añadir los relativos al incumplimiento de las normas del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario y a los distintos niveles de protección entre conflictos armados internacionales y conflictos armados internos, por una parte, y entre conflictos armados de distinta intensidad, por otra. Estas situaciones han puesto de manifiesto la necesidad de fortalecer los mecanismos de prevención, control y represión en la aplicación de ambos regímenes y de unificar la protección de la víctimas de los conflictos en torno a los niveles vigentes en los conflictos armados internacionales, eliminando así la intolerable distinción entre las víctimas de unos y otros tipos de conflicto.

Está claro que los mecanismos de eficacia del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos aquí examinados no son, ni mucho menos, perfectos pero alientan la idea de que, algún día, a través de su plena aplicación por todas las partes interesadas el largo camino hacia el fin de la impunidad o, en el mejor de los casos, hacia la disuasión, se hará más corto. Alcanzar este objetivo, merece la pena insistir en ello, está principalmente en manos de los Estados porque, en gran medida, no se trata de una cuestión de normas inexistentes o inadecuadas sino, más bien, de la voluntad de aplicarlas. En este sentido, a la luz de la creciente convergencia entre ambos sistemas de aplicación, parece oportuno recordar las recientes palabras de Kellenberger:

“El CICR opina que en términos generales, el derecho internacional humanitario afronta adecuadamente los retos planteados por los conflictos modernos. [...] Por supuesto, siempre es posible esclarecer o desarrollar el marco

jurídico con miras a adaptarlo a la realidad y las necesidades en evolución [...]. A un nivel más general, se plantea la pregunta de si el derecho internacional en general, y el derecho internacional humanitario en particular, son herramientas adecuadas para afrontar la realidad posterior al 11 de septiembre. Mi respuesta es que el derecho internacional, si se aplica correctamente, es una de las herramientas más fuertes de que dispone la comunidad de naciones en el esfuerzo de restablecer el orden y la estabilidad internacionales [...]. Los más de los expertos que analizan los conflictos actuales opinan que, en los principales tratados de derecho internacional humanitario, las normas relativas a la conducción de hostilidades y a la protección de las personas satisfacen las necesidades básicas de los individuos y de los pueblos atrapados en el torbellino de las guerras actuales. Creemos que estas normas también serán pertinentes en las guerras de mañana, puesto que los valores fundamentales que han de salvaguardarse son intemporales [...]. La convicción del CICR de que sigue siendo válido el derecho existente no debe interpretarse en el sentido de que el derecho internacional humanitario es perfecto, puesto que no hay rama de derecho alguna respecto de la cual se pueda reivindicar la perfección, y tampoco quiere decir que no nos planteemos preguntas. Sin embargo, cualquier tentativa de reevaluar su pertinencia sólo puede hacerse tras haber determinado que se trata de una carencia de derecho, y no de voluntad política de aplicarlo [...]. Sin descuidar la posibilidad y la necesidad de hacer mejoras al derecho, pienso que el gran reto, en que el CICR, y también el conjunto de la comunidad internacional, debe emplear sus energías es el de garantizar un mayor respeto de las normas vigentes. Si no se respetan las normas existentes, también serían muy limitados la credibilidad y el valor protector de las nuevas normas ⁷¹".

⁷¹ Declaración del presidente del CICR, Sr. Jakob Kellenberger, 4 de noviembre de 2002. El derecho internacional humanitario al comienzo del siglo XXI. XXVI Mesa Redonda de San Remo sobre los problemas actuales en el ámbito del derecho internacional humanitario: "Los dos Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra: 25 años después, retos y perspectivas" (<http://www.cicr.org/spa>).